



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

---

**FACULTAD DE DERECHO**

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA  
Y SUS CONSECUENCIAS LEGALES

**TESIS**

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

**DOCTORA EN DERECHO**

PRESENTA:

**LIC. MARGARITA MARIA GUERRA Y TEJADA**



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.

Dedico este trabajo a mi querida Universidad Nacional Autónoma de México y muy especialmente a la Facultad de Derecho, a su cuerpo docente y a sus alumnos.

# EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SUS CONSECUENCIAS LEGALES

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>I</b>
---------------------	----------

## **CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO.**

1.1	Antecedentes.	1
1.1.1	Evolución Constitucional y legal del concepto de Presunción de Inocencia.	14
1.2	Concepto y Naturaleza Jurídica de la Presunción de Inocencia.	17
1.2.1.	Concepto.	17
1.2.2.	Naturaleza jurídica	21
1.3	Estado de Derecho y Estado Democrático de Derecho.	36
1.4	Principios generales de derecho.	46
1.5	Libertad personal.	48
1.6	Arraigo.	52

## **CAPÍTULO II. TRATADOS INTERNACIONALES.**

2.1	Principios Generales de Derecho Internacional.	55
2.2	Declaración Universal de Derechos Humanos.	61
2.3	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	65
2.4	Convención Americana sobre Derechos Humanos.	69
2.5	Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre.	71

## **CAPÍTULO III. MARCO JURÍDICO.**

3.1	Principios generales de Derecho.	77
3.2	Jerarquía de normas en el Derecho Mexicano.	84
3.3	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	90
3.4	Jurisprudencia.	96

3.5	La Presunción de inocencia en la Reforma Penal Constitucional.	105
3.6	Legislación Penal Sustantiva (federal y local).	126
3.7	Legislación Penal Adjetiva (federal y local).	132

## **CAPÍTULO IV. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO.**

4.1	El derecho a la libertad personal y el derecho estatal a su restricción.	143
4.2	Fines de la pena.	153
4.3	Detención, Retención y Arraigo.	170
	4.3.1 Detención.	170
	4.3.2 Arraigo.	179
4.4	Delito flagrante y sus modalidades.	193
4.5	Incidentes de Libertad.	199
4.6	La Prisión Preventiva.	208

### **APENDICE.**

#### **CASOS PRACTICOS.** 224

Caso 1.	Robo Agravado	224
Caso 2.	Violación	242
Caso 3.	Corrupción de menores.	256

#### **ESTADISTICAS.** 278

#### **CONSIDERACIONES PERSONALES.** 280

#### **CONCLUSIONES.** 283

#### **BIBLIOGRAFÍA** 286

## **INTRODUCCIÓN.**

El ciudadano común, ajeno a la operatividad de la reacción estatal ante la conducta delictiva, desconoce los vericuetos del papel de la autoridad en la investigación, procesamiento, juicio y ejecución. Al involucrarse, de forma voluntaria o no, en el contexto del Sistema de Justicia penal, su perspectiva puede cambiar radicalmente. Esta función estatal es de gran importancia para la sociedad, pues precisamente a través de ella es que el Estado asume y ejerce su facultad sancionadora; es decir, restringe los derechos y las prerrogativas del ciudadano con la finalidad de combatir el fenómeno del delito y resarcir a la víctima del daño que le fue ocasionado.

Durante el desarrollo de mi quehacer profesional, he tenido la oportunidad de conocer a fondo la problemática de nuestro sistema de justicia penal, en el que es innegable la existencia de inequidad hacia quienes son señalados como probables responsables de la comisión de un delito.

Conozco la visión del litigante, del impartidor de justicia en el ámbito local, desde las ópticas de la primera y segunda instancias. De igual forma conozco el trámite de la averiguación previa y los aspectos fundamentales de la apreciación y aplicación de los instrumentos internacionales, particularmente en las materias de Derechos Humanos y el Sistema de Justicia Penal Mexicano, sin dejar a un lado la enriquecedora visión académica, que es la que ahora me ocupa.

En fin, este devenir ha despertado en mí múltiples inquietudes por analizar, constatar y criticar la Política Criminal del Estado Mexicano, que asumo no es del todo congruente con los fines de la justicia.

Es por ello que en este trabajo me propongo analizar la operatividad del sistema de justicia penal Mexicano, advertir sus deficiencias estructurales y normativas, la impracticidad de la prisión preventiva y los abusos del poder estatal.

En defensa de la prisión preventiva encontramos un sinnúmero de razones que el propio Estado se encarga de difundir y son bien recibidos por la sociedad en tanto argumenta que todos los sujetos que caen bajo la simple "sospecha" de haber cometido un hecho ilícito que la propia ley ha catalogado como "grave", deben estar "a buen recaudo", pues representan un "peligro social".

Pero, ¿Qué sucede cuando después de un procedimiento penal se determina que una persona no cometió delito alguno? Si bien va a obtener su libertad, ¿quién va a devolverle su tiempo, su dignidad, su trabajo, al igual que todo aquello que además hubiera perdido?

De ahí la importancia del principio de "presunción de inocencia" y la razón por la que me he propuesto en esta investigación el estudio de sus orígenes y en su caso verificar si en nuestro país tiene verdadera aplicación este principio con todas sus consecuencias legales.

La presunción de inocencia significa que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Al analizarlo, se advierte

que la intención de este principio radica en que es el propio Estado el que debe demostrar la responsabilidad de los gobernados sujetos al Sistema de Justicia Penal –por tanto opera incluso en la averiguación previa-. Lo anterior se explica al concebir al Estado como el garante de la seguridad pública. Sin embargo, en los últimos tiempos, esa carga de la prueba se ha revertido para los que son señalados procesalmente como inculpados; la práctica evidencia que son éstos quienes habrán de demostrar a la autoridad que son inocentes. Obviamente en este plano material jurídico, no tiene vigencia el principio de presunción de inocencia.

Han pasado más de doscientos años desde el forjamiento del principio de presunción de inocencia. En este sentido, vale cuestionar: México, ¿cuánto ha avanzado en su desarrollo de modelo de justicia? La realidad muestra que este principio no se ha consolidado en el panorama doctrinal ni en la práctica jurídico-penal. De ahí que de cualquier forma al hablarse de “probable responsable”, se acarrea una carga emotiva que se ha traspelado al plano social y subyuga la naturaleza misma del concepto de presunción de inocencia; las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia asumen que este esquema procesal-material se impone como principio jurídico de presunción de culpabilidad, lo que no es así, ya que la probable responsabilidad es elemento perteneciente a un nivel del procedimiento penal, denominación jurídica que se da a quienes se les ha demostrado probatoria y provisionalmente, su intervención en un hecho delictivo. Este concepto es contrario a la presunción de inocencia, que acompaña al sujeto antes, durante y después de concluido el procedimiento penal.



En el primer Capítulo de este trabajo me propuse plasmar los antecedentes históricos del principio de presunción de inocencia, su concepto y naturaleza jurídica al igual que su aplicación, para estar en posibilidad con estos elementos, de diferenciar al Estado de Derecho o Estado Constitucional, del Estado Democrático de Derecho y verificar si puede aseverarse o no, que vivimos, como se afirma, dentro de este último.

Es indudable que los principios generales de derecho, a los cuales también me refiero, deben imperar en cualquier Estado que se autodenomine Democrático de Derecho, por lo que considero importante mencionarlos, al igual que conceptos tan importantes como la libertad personal, valor imponderable del ser humano que el Estado tiene la obligación de respetar en tanto no acredite plenamente la necesidad ineludible de restringirla. Es imprescindible entonces tratar la figura del "arraigo" y su uso irrestricto, como la mayor contradicción de este principio fundamental que ampara al ser humano.

En el segundo capítulo, recuerdo los principios de Derecho Internacional y la obligación del cumplimiento de los Tratados Internacionales por parte de los Estados suscriptores de los mismos. Se hace igualmente un recuento de aquellos que obligan al reconocimiento del principio de presunción de inocencia y fueron suscritos por México, para estar en posibilidad, más adelante, de verificar si nuestro país ha cumplido con sus compromisos internacionales.

Los principios generales de derecho y la jerarquía de las normas en el Derecho Mexicano son analizados en el Capítulo III, en el que

recordamos la historia de nuestra actual Constitución Política y analizo después las reformas que precisamente en materia penal fueron hechas a nuestra Carta Magna y que fueron publicadas recientemente, el 18 de junio del año pasado. Debo decir a este respecto, que en el transcurso de la elaboración de este trabajo y con anterioridad a la publicación de esta reforma, se anunció reiteradamente que entre sus mayores virtudes estaba el reconocimiento expreso en ella del principio de presunción de inocencia, lo que por un momento me hizo pensar que mi trabajo se quedaba sin materia. Sin embargo, una vez hecho el análisis de las mencionadas reformas que aquí se incluyen, tuve aún mayores razones para su culminación.

Llevo a cabo también un somero análisis de nuestra Legislación Penal, esto en razón de que en la propia reforma Constitucional, se ordena su adecuación a ésta en un término máximo de tres años, por lo que tendremos que esperar entonces y estar atentos a estas reformas en los Códigos Sustantivos y Adjetivos correspondientes, aunque de antemano puedo vaticinar, desafortunadamente, reformas que vendrán a apoyar las graves violaciones de derechos elementales ya establecidas en la Carta Magna.

Por último, en este capítulo se plasma la Jurisprudencia relacionada con este principio, anterior a su inclusión en la Carta Magna, y se hace la crítica correspondiente.

Toda vez que de acuerdo con las propias reformas analizadas, la prisión preventiva y figuras como la detención y el arraigo serán imperantes, en el Capítulo IV realizo un enfoque al análisis del derecho a

la libertad de las personas y el derecho estatal a su restricción, para recordar igualmente que la reforma citada, inexplicablemente, elimina del capítulo de garantías individuales el derecho a la libertad provisional bajo caución. En consecuencia, trato de analizar la realidad de la prisión preventiva en nuestro país al igual que sus consecuencias, habiendo recordado también cuáles son los fines de la pena y si de ésta se obtienen los resultados que nos permitan esperar una mejoría de la sociedad en la que vivimos.

En el Apéndice expongo varios casos reales, en los que los “presuntos responsables” permanecieron en prisión durante el curso de su proceso e inclusive el del recurso de apelación, para finalmente ser absueltos de toda acusación y ordenarse su “inmediata y absoluta libertad”.

En seguida se incluyen estadísticas relativas a las personas recluidas tanto en prisión preventiva como en cumplimiento de sentencia ejecutoriada, en las que puede observarse el mayor número de las primeras y los delitos por los que se encuentran en prisión.

Por todo lo anterior afirmamos que es indispensable la inclusión en todo nuestro sistema jurídico del principio de presunción de inocencia en su más amplio significado y no como un mero elemento para afirmar que nuestro país cumple con sus compromisos internacionales.

## **CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO.**

### **1.1 Antecedentes históricos.**

Los acontecimientos y los hechos dignos de memoria que consigna la historia de la humanidad, pueden por sí mismos mostrarnos su naturaleza o, por lo menos, constituir un punto de partida para acceder a su comprensión.

Por lo que respecta a las instituciones jurídicas, éstas no son la excepción; generalmente cuentan con antecedentes que se remontan hasta los mismos orígenes de la civilización humana. Gracias a la historia es que en la actualidad es posible comprender y aplicar diversos conceptos, procedimientos e instituciones que permiten el avance del ser humano y de la sociedad.

Es importante en primer término hacer una breve explicación de los antecedentes históricos del Principio de Presunción de Inocencia, tema central de esta investigación.

Para iniciar la búsqueda de los antecedentes de la presunción de inocencia comenzaremos por Roma, cuna y fundamento de nuestro sistema jurídico.

En efecto, el propio Ulpiano expuso: "nadie debe ser condenado por sospechas, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente"<sup>1</sup>. Es evidente que desde la antigüedad se tenía la conciencia del valor de establecer sin lugar a dudas la culpabilidad de una persona para sancionarla, como un valor esencial de la justicia.

---

<sup>1</sup> Montañés Pardo, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia*, Aranzandi, Pamplona, 1999, p. 29

Sin embargo, esta idea fue debilitándose en la edad media con la presencia de la Inquisición y sus crueles procedimientos, en los que bastaba un débil indicio o una mera sospecha provocados en la mayoría de los casos por denuncias anónimas, que eran no sólo aceptadas sino solicitadas, (¿no sucede lo mismo ahora, con la agravante de ofrecer recompensas?) para considerar la culpabilidad del acusado y aplicar la pena correspondiente, no sin antes haber aplicado terribles torturas para obtener una "confesión". En efecto, en estos procesos inquisitorios, se utilizaba el tormento como método de obtención de la prueba confesional, misma que era considerada como "Regina probationum" (reina de la pruebas).

En este oscuro período de la humanidad, no cabía la posibilidad de considerar a una persona inocente, debido a que la mínima prueba que existiera en su contra era suficiente para considerarlo culpable aún después de una sentencia absolutoria. En vez de hablar de presunción de inocencia, se puede decir que lo que imperaba era una presunción de culpabilidad y era el procesado quien debía probar su inocencia, lo cual era casi imposible.

La prisión preventiva al igual que la "presunción de culpabilidad" fueron constantes, tanto así que toda denuncia, incluso anónima, era válida. Se recibía y se abría de inmediato una investigación secreta que, al revelar algún indicio por débil que fuera, conducía al "apoderamiento" de la persona indiciada y al aseguramiento de sus bienes.

Sin embargo debemos recordar que en Inglaterra, desde principios del Siglo XIII, su nobleza se rebeló en contra de los excesos de la Monarquía y los varones rebeldes huyeron a Francia, en donde redactaron, en la abadía de Pontigny, la "Magna Carta Liberatum, en 63 artículos redactados en latín y en relación con la

libertad de las personas se estableció: "Ningún hombre libre será detenido o encarcelado como no sea en virtud de un juicio legal de sus pares o de la ley de su país."<sup>2</sup> En este mandato podemos observar que la presunción de inocencia surge ya como un principio que debía respetarse mientras una persona no hubiera sido legalmente juzgada.

Sólo al comienzo de la edad moderna, nos dice Luigi Ferrajoli refiriéndose a la presunción de inocencia, dicho principio se vio reafirmado con decisión: "no entiendo", escribe Hobbes, cómo puede haber un delito para el que no hay sentencia ni cómo puede infligirse una pena sin sentencia previa."<sup>3</sup>

El propio Hobbes, en el *Leviatán* que escribe en 1651, afirma: "el mal infligido por la autoridad pública sin pública condena precedente, no puede señalarse con el nombre de pena, sino de acto hostil, puesto que el hecho en virtud del cual un hombre es castigado debe ser primeramente juzgado por la autoridad pública, para ser una transgresión a la ley."<sup>4</sup>

Por otra parte aparece en Italia, aún antes de la independencia de las colonias inglesas y de la propia Revolución Francesa, el tratado "De los Delitos y las Penas" de Césare Bonesana Beccaria (1764), mientras en París se desarrollaba toda una escuela de pensamiento representado por Montesquieu, Rousseau y Voltaire, quienes indudablemente influyeron en su pensamiento. En efecto, cuando habla Beccaria de la educación como el medio más seguro para prevenir los delitos, nos dice: "Un gran hombre (Rousseau) que ilumina a la humanidad que lo persigue" (en esos años Rousseau fue

---

<sup>2</sup> Cárdenas Rioseco, Raúl, *La presunción de Inocencia*, Porrúa, México, 2006, p. 6

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1989, p.550.

<sup>4</sup> Hobbes, Thomas *Leviatan, La Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, Sánchez Sato, Traducción, 13 Ed.,FCE, México, 2004, p.255.

perseguido por la publicación de *Émile*) ha hecho ver en detalle cuáles son las principales máximas de educación verdaderamente útiles a los hombres....impulsar la virtud por la fácil vía del sentimiento.”<sup>5</sup>

También se refiere Beccaria a Montesquieu, cuando señala: “Toda pena que no deriva de la necesidad absoluta, dice el gran Montesquieu, es tiránica”<sup>6</sup>

Habla Beccaria igualmente de la importancia de la prevención de los delitos: “Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Éste es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de la felicidad o al mínimo de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de los bienes y los males de la vida. Pero los medios empleados hasta ahora son en su mayoría falsos y opuestos al fin propuesto.”<sup>7</sup>

Después de leer lo anterior, nos preguntamos qué se ha hecho en más de doscientos años, para encontrarnos ahora afirmando al igual que Beccaria, que es necesaria la prevención y que hasta hoy no son adecuados los medios empleados para “prevenir” los delitos.

En relación con las penas agrega:

“muy pocos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales... y sin embargo los gemidos de los débiles, sacrificados a la cruel ignorancia y a la rica indolencia, los bárbaros tormentos multiplicados con pródiga e inútil severidad por delitos no probados o quiméricos, la escualidez y los horrores de una cárcel, aumentados por el más cruel verdugo de los desdichados, la incertidumbre, debían

---

<sup>5</sup> Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas*. Editorial Losada, Buenos Aires, 2002, p. 126

<sup>6</sup> *Ibidem*. p. 34

<sup>7</sup> *Ibidem*. p. 119

sacudir a esa especie de magistrados que guían las opiniones de las mentes humanas.”<sup>8</sup>

En la misma obra agrega Beccaria con toda claridad el principio de presunción de inocencia y la obligación de su observancia: “un hombre no puede ser llamado rehén antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida.”<sup>9</sup>

La influencia de la obra de Beccaria en el derecho penal es incuestionable e incidió en las reformas de sistemas penales de la época. Catalina II de Rusia y María Teresa de Austria ordenaron reformas penales y Luis XVI suprimió la tortura.

Es indudable que con la obra del Marqués de Beccaria comienza a desarrollarse una concepción diferente del desarrollo del procedimiento penal y de quien se ve involucrado en él, así como de la idea connatural al hombre de expresar que no es correcto catalogar a una persona como culpable o inclusive criminal, cuando aún no se ha emitido una resolución definitiva en su contra.

Voltaire también manifestó su preocupación y desacuerdo con el trato que recibían las personas sujetas a un procedimiento penal y sometidos a tortura, cuando expresa:

“La ley no los ha condenado aún y se da, en la incertidumbre en que se está de su crimen, un suplicio mucho más terrible que el de la muerte, a la que no se condenaba sino cuando se tenía la seguridad de que la merecen. ¡Cómo! ¡Ignoro aún si eres culpable y te atormentaré para saberlo; y si eres inocente, no expiará las mil muertes que te he hecho sufrir, en lugar de una sola que te preparaba!”<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Ibidem. P. 30

<sup>9</sup> Ibidem. P. 32

<sup>10</sup> Citado por Ferrajoli, Luigi. Op. Cit. p.552



Las condiciones que privaban hasta ese momento cambiarían con un acontecimiento que se considera un parte aguas en la historia de la humanidad: La Revolución Francesa, movimiento que marcó el fin de una etapa en la concepción de la vida y de la sociedad y el comienzo del desarrollo del ser humano y sus relaciones con su entorno. Fue un despertar ideológico, político y artístico y precisamente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano es el producto del pensamiento que se desarrolló a fines del siglo XVIII.

En Francia, el 26 de agosto de 1789, en la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" ya se establece el principio de presunción de inocencia. Por su trascendencia y actualidad en el ámbito del Derecho Penal, he considerado importante transcribirla:

"Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, al poder cotejarse a cada instante con la finalidad de la institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundadas en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.

En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios, los siguientes sagrados Derechos del Hombre Y del Ciudadano:

Art. 1º. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Art. 2º. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescindibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Art. 3º. El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella.

Art. 4º. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro, por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.

Art. 5º. La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.

Art. 6º. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos.

Art. 7º. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia.

Art. 8º. La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.

Art. 9º. Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

Art. 10. Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley.

Art. 11. La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre, en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

Art. 12. La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública; por lo tanto, esta fuerza ha sido instituida en beneficio de todos, y no para el provecho particular de quienes ha sido encomendada.

Art. 13. Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración resulta indispensable una contribución común; ésta debe repartirse equitativamente entre los ciudadanos proporcionalmente a su capacidad.

Art. 14. Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración.

Art. 15. La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público.

Art. 16. Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

Art. 17. Siendo la propiedad un derecho inalienable, inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización."<sup>11</sup>

En los Estados Unidos de América, después de la rebelión de las Trece colonias inglesas, se estableció en la Constitución de Virginia que "nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de

---

<sup>11</sup> Cfr. Márquez Rábago, Sergio R. *Evolución Constitucional Mexicana*, Porrúa, México, 2002. Pp. 29-31

la ley del país o por juicio de sus iguales”<sup>12</sup> (1791). Puede percibirse en este mandato un rasgo de la presunción de inocencia, con lo que ellos denominaron el derecho a todo ciudadano al “due process of law”, (debido proceso legal) interpretado por el Tribunal Supremo de ese país como la presencia del principio de presunción de inocencia.<sup>13</sup>

Para los países de este sistema jurídico la certeza para establecer una sentencia condenatoria es un elemento indispensable e insalvable. De ahí que se prefiera dar prioridad a la libertad antes que cometer una injusticia.

Pero la conciencia de la presunción de inocencia no es idea exclusiva de un país o de un pensador, es algo inherente al ser humano, su esencia es comprender que se tiene que dar un trato digno a la persona que se encuentra involucrada en un procedimiento jurídico y con mayor razón en el caso penal.

A partir de ese momento se comienza el replanteamiento de los principios, fundamentos y orientaciones en que versará el derecho penal, tanto en el ámbito sustantivo como adjetivo. Dentro del debate sostenido por las escuelas penales también es posible identificar el reconocimiento que se hace de la presunción de inocencia, como una forma de establecer un límite al Ius Puniendi del Estado, del cual se había abusado en la Edad Media.

De acuerdo con la Escuela Clásica, que surge en el siglo XIX como una reacción contra la arbitrariedad judicial y la aplicación incontrolada de las penas, se trata de frenar la arbitrariedad del Estado y tutelar la libertad del individuo. Se puede asegurar que el procedimiento penal tiene dos objetivos principales: el castigo a la

---

<sup>12</sup> Cárdenas Rioseco, Raúl, Op. Cit., p. 6

<sup>13</sup> Cfr. Montañés Pardo, Miguel Angel, Op. Cit. p. 30

persona que comete un delito y la protección del inocente. Conforme a uno de estos fines atribuidos a esta corriente doctrinaria, Carmignani expresa: "puesto que el fin de los juicios públicos es descubrir no sólo los delitos sino también la inocencia, conviene que el legislador, al establecer los métodos, no conceda más a la represión del delito que a la protección de la inocencia"<sup>14</sup>

Carrara nos dice: "...la protección de los inocentes frente a la actuación punitiva estatal aparece como finalidad propia y específica del proceso penal."<sup>15</sup>

En efecto, Francisco Carrara, uno de los máximos representantes de la escuela clásica, afirmaba que el derecho a castigar se fundamenta en la justicia; que el derecho penal ya no es un puro acto represivo y debe existir una tutela, no dirigida contra todo el mundo sino contra los enemigos del orden social, y no ejercitada por el individuo sino por la sociedad. En relación con la presunción de inocencia, afirma: "protejo a este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo mientras no hayáis probado su culpabilidad; y esta culpabilidad debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos."<sup>16</sup>

Al respecto, nos dice Giuseppe Bettioli:

"el valor supremo es el individuo que el ordenamiento jurídico liberal debe proteger de toda arbitraria intervención estatal: El estado puede operar sólo dentro de los límites de la más estricta legalidad, como corresponde a un Estado de Derecho que se encuentra limitado por exigencias de

---

<sup>14</sup> Vega Torres, Jaime. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Procedimiento Penal*. La Ley. Madrid, 1993, p. 20.

<sup>15</sup> Ibidem. p.22

<sup>16</sup> Ibidem. p.23

derecho natural, racional o se autolimita sabedor de su alta responsabilidad."<sup>17</sup>

En franca oposición a la Escuela Clásica, la Escuela Positiva criticó duramente la presunción de inocencia. Para esta corriente no tiene sentido la presunción de inocencia cuando uno de sus postulados es considerar al hombre un delincuente natural el cual se desarrolla conforme al medio que lo rodea, por lo que su destino es inevitable. Para dejar asentados los criterios de la Escuela Positiva, nada más ilustrativo que las citas de Luigi Ferrajoli:

"R. Garófalo, en "La Scuola Positiva", manifiesta:

"A los que repiten la consabida, vacía y absurda frase de la presunción de inocencia hasta la sentencia definitiva, respondo que muchas veces el juicio se anticipa y la condena se pronuncia por el Tribunal de la opinión pública." En coherencia con esta premisa, Garófalo recomienda una extensión amplísima de la prisión preventiva y una máxima restricción de la libertad provisional, que él querría además siempre condicionada al pago de fianzas muy elevadas conforme al principio sobre entendido de que la peligrosidad decrece con el crecimiento del patrimonio."<sup>18</sup>

Enrico Ferri, a su vez, después de admitir en la presunción de inocencia un "fondo de verdad", la juzga "ilógica" cuando sea "absoluta e indiscriminada", esto es, aplicada también a los reincidentes y en general a los que

"los indicios orgánicos y psíquicos ofrecidos por la antropología y la estadística criminal, los hagan aparecer como culpables". "Los mismos delincuentes, interrogados por mí a estos fines", añade Ferri, reclamando tal vez una acomodación de la ciencia penal a las subculturas criminales "reconocen la racionalidad de la presunción contraria: "me han condenado sin pruebas, sólo por mi capacidad de delinquir (me decía un ladrón habitual) y han hecho bien; jamás condenan al que no ha robado nunca; y si en alguna

---

<sup>17</sup> Bettiol, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 37.

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi, Op. Cit. p. 627

ocasión no se es culpable, vaya por las otras veces en que siéndolo no nos descubren.”<sup>19</sup>

Por otro lado y como integrante de la corriente técnico jurídica, Manzini expresa que bajo ningún supuesto es correcto pensar que uno de los objetivos del procedimiento penal sea la protección de un inocente, por lo que es errónea la postura de la escuela clásica. El objetivo que se busca en el procedimiento es comprobar si es factible o no castigar a una persona por haber cometido un delito.<sup>20</sup>

Después de la Segunda Guerra Mundial, en Europa surge el fenómeno de la constitucionalización de los derechos del hombre y en consecuencia, la presunción de inocencia y otros derechos fundamentales quedaron plasmados en las leyes de los países de ese continente.

Actualmente y de acuerdo con el autor Jaime Vega Torres, los antecedentes del Derecho de Presunción de Inocencia se pueden agrupar en las siguientes fuentes:

- a. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
- b. Los textos internacionales sobre los Derechos del Hombre, entre los que encontramos los documentos emitidos por la Organización de las Naciones Unidas y los creados por el Consejo de Europa.
- c. Los Tratados Internacionales.<sup>21</sup>

La mayoría de los países que reconocen este principio comparten estas fuentes, aunque existen regiones que cuentan con un mayor desarrollo respecto del tema, como es Europa, a diferencia

---

<sup>19</sup> Idem

<sup>20</sup> Cfr. Vega Torres, Jaime, Op. Cit.. p.27.

<sup>21</sup> Cfr. Ibidem. pp. 13-35

de nuestro Continente y en especial México, debido a que no se ha terminado de comprender la importancia y trascendencia de este tema y sólo se ha tomado como un estandarte político o una frase para dar publicidad y legitimidad a las recientes reformas constitucionales.

### **1.1.1 Evolución Constitucional y legal del concepto de Presunción de Inocencia.**

En nuestro país, el principio de presunción de inocencia se establece por primera vez en el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, de 22 de octubre de 1814, en el que en su artículo 30 expresaba "que todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpable". En su artículo 31 establece claramente, como consecuencia de lo anterior: "Ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente."<sup>22</sup>

De igual manera, al referirse a los acusados de la comisión de delito, en el Decreto se establece:

"Art. 22.- Debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados."

"Art. 23.- La ley solo debe decretar penas muy necesarias, proporcionadas a los delitos y útiles a la sociedad."<sup>23</sup>

Este decreto no llegó a ser aplicado y en las constituciones que se promulgaron a lo largo de nuestra historia no se hizo el reconocimiento expreso del principio de presunción de inocencia. Por

---

<sup>22</sup> Cárdenas Rioseco, Raúl, Op.Cit. p. 9

<sup>23</sup> Márquez Rábago, Sergio, Op. Cit .pp.97-98.



el contrario, eran mínimos los requisitos para privar de la libertad a una persona.

En efecto, en la Constitución federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso Federal Constituyente el 4 de octubre de 1824, en su sección 7ª.-, se encuentran plasmadas las "Reglas generales a que se sujetará en todos los estados y territorios de la federación la administración de justicia", en cuyo artículo 150 se establece: "Nadie podrá ser detenido, sin que haya semiplena prueba ó indicio de que es delincuente".

La Primera de Las Siete Leyes Constitucionales (1835-1836), que contiene, en su artículo 2º. "Los derechos del mexicano", refiere únicamente en su fracción II: "No poder ser detenido más de tres días por autoridad ninguna política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni por ésta más de diez días, sin proveer el auto motivado de prisión....."

En las Bases Orgánicas de la República Mexicana, de 1843, en su artículo 9º. se establecen los "Derechos de los habitantes de la República" y en su fracción VII se dice: "Ninguno será detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder más de cinco días sin declararlo bien preso...."

En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, se aprecia un avance en el reconocimiento de los derechos de las personas a las que se imputara la comisión de un delito y en su Título I, "De los derechos del hombre", aparecen figuras que se plasman de nueva cuenta en la Constitución de 1917, misma que más adelante analizaremos, como la irretroactividad de la ley en perjuicio de las personas, la necesidad de mandamiento escrito

debidamente fundado y motivado para que una persona pueda ser molestada, su familia, domicilio, etc. Pero de la misma manera se establece en su artículo 18, (como hasta ahora) que "sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal".<sup>24</sup>

En nuestra actual constitución, antes de la última reforma, no se había hecho el reconocimiento expreso del principio de presunción de inocencia y aún cuando el 15 de agosto de 2002 la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace un pronunciamiento del tema mediante la Tesis XXXV/2002 del Pleno, en la que se determina que la presunción de inocencia se contiene de manera implícita en la Constitución Federal, esto es del todo discutible, como más adelante habremos de argumentar.

Es cierto que la presunción de inocencia aparece finalmente plasmada en la Reforma Constitucional 2007-2008 publicada el 18 de junio de este año, pero esto será analizado y cuestionado en posteriores capítulos.

## **1.2 Concepto y Naturaleza Jurídica de la presunción de inocencia.**

### **1.2.1. Concepto.**

En el ámbito del Derecho Penal, la presunción de inocencia se define como: "Derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser considerada y tratada como inocente, en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad"<sup>25</sup>

La presunción de inocencia se convierte en una garantía de libertad personal que evita la arbitrariedad de los poderes públicos y

---

<sup>24</sup> Cfr. Máquez Rábago, Sergio, Op. Cit. Pp. 158, 174, 178, 199, 208, 209, 257, 338.

<sup>25</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo P-Z, Instituto de Investigaciones Jurídicas, séptima ed., UNAM-Porrúa, México, 1994, p.2518

la reacción de venganza de la víctima. Esta garantía debe beneficiar a cualquier delincuente, sea primario o reincidente<sup>26</sup>

Las consecuencias que se derivan de esta presunción son:

- a. No existe obligación por parte de la persona acusada a probar su inocencia; es la parte acusadora (Ministerio Público) la que se encuentra obligada a probar la culpabilidad de esa persona.
- b. No existe la obligación del acusado de confesar en su contra, existiendo la prohibición expresa de utilizar cualquier tipo de coacción, presión o amenaza.
- c. En caso de duda se debe absolver al procesado.
- d. La persona que es puesta en libertad por falta de elementos para procesarlo, debe mantenerse en ese estado a pesar de existir un recurso o impugnación a esa resolución judicial.

Para lograr una definición íntegra de la presunción de inocencia, es necesario establecer en primer término el significado de la palabra presunción.

La palabra presunción proviene del latín *praesumptio*, -ōnis, acción y efecto de presumir. Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado. Presumir. Del latín *praesumere*, sospechar, juzgar o conjeturar algo por tener indicios o señales para ello.<sup>27</sup>

En la Enciclopedia del Idioma, encontramos que “presunción” es la que por orden legal se refuta verdadera, en tanto no exista prueba en contrario.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Ibidem, pp.2518-2519

<sup>27</sup> <http://buscon.rae.es/draeI/> 18 junio 08, 18:53

<sup>28</sup> Alonso, Martín. *Enciclopedia del Idioma*, Aguilar, México, 1998. p 339l

Para Esteban Romero, presunción "alude a algo que puede ser cierto pero que no está probado que lo sea, pues la presunción se refiere a la actividad de la valoración que realiza el hombre cuando debe decidirse entre dos o mas proposiciones sin que pueda tener la certeza absoluta de que eligió la proposición cierta y no la falsa"<sup>29</sup>

En un primer intento, se puede decir que existen varias opciones, por lo menos dos, entre las que se puede elegir sin establecer categóricamente lo asertivo de esa elección y que se hace por medio de una presunción, es decir algo que nos mueve a dicha elección.

La palabra inocencia proviene del latín *innocentia*, estado del alma limpia de culpa, exención de culpa en un delito o en una mala acción.<sup>30</sup>

Hagamos un paréntesis en este punto para recordar precisamente los orígenes de la palabra "alma", lo que ayudará a establecer la importancia de comprender el mas elemental significado de la presunción de inocencia. Del lat. *Anima*. "Principio que da forma y organiza el dinamismo vegetativo, sensitivo e intelectual de la vida. En algunas religiones y culturas, sustancia espiritual e inmortal de los seres humanos, viveza, espíritu, energía. Hablar, representar con alma, aquello que da espíritu, aliento y fuerza a algo".<sup>31</sup>

En filosofía, el alma ha sido objeto de estudio desde la época de la filosofía griega. Siempre ha existido por parte del hombre la inquietud de establecer claramente las fuerzas o elementos que

---

<sup>29</sup> Romero Arias, Esteban, *La presunción de inocencia*, Aranzadi, Pamplona, 1985. p 39

<sup>30</sup> <http://buscon.rae.es/draeI/> 18 junio 08, 18:53

<sup>31</sup> [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=alma](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=alma) 7 jul 08, 20:46

componen al hombre. Queda claro que uno de esos elementos es material, tangible, por lo mismo controlable, pero también se reconoce la existencia de una parte incorpórea que corresponde a lo espiritual o psíquico, la cual es difícil de comprender y mucho menos controlar.

Platón tenía la conciencia de esta división. Para él, el alma es un estado intermedio entre lo material y lo inmaterial y puede ser concebida de dos formas:

- a. Como un principio de vida, perteneciente al mundo del deber ser, parte del mundo ideal, asiento del saber y guía para la actividad virtuosa.
- b. Como la que existe en el mundo condicionada por dos elementos irracionales: la voluntad y los apetitos.

Una es ordenada, la otra desordenada. Deseable es la primera, nos invita a la prudencia, a la templanza, a la justicia, a la valentía y a la piedad, es buena y por ello conduce a la felicidad, todo lo contrario a la segunda.

“El alma ordenada es aquella cuyas partes cumplen cada una con su función esencial y, merced a tal cumplimiento, realizan su virtud específica. A la razón corresponde la sabiduría; a la voluntad, el valor; a los apetitos, la templanza. El acuerdo de todas ellas forman el contenido de la cuarta virtud, que es la justicia. Esta última consiste en la armonización de las partes del alma y sus correspondientes potencias”<sup>32</sup>

De acuerdo con lo anterior y en relación con la inocencia, es posible preguntar, ¿cuál de las dos formas predomina para presumir la inocencia de una persona?, los partidarios de la verdadera presunción de inocencia reforzados con el significado de la misma,

---

<sup>32</sup> García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, Novena ed. Porrúa, México, 1997. pp. 52-53

estarían actuando en el plano del "alma ideal", la ordenada, la que nos mueve al mundo del deber ser, y sobre todo al ejercicio de la virtud de la justicia, ejerciendo la sabiduría, el valor y la templanza. En consecuencia, no sería posible tratar a una persona como un delincuente hasta que no se comprobara plenamente su culpabilidad; sólo existiendo esa plena convicción se actuaría con justicia.

Para los que no aceptan o no comprenden la presunción de inocencia, atienden al "alma desordenada", la que se condiciona por la voluntad, los apetitos, es decir la venganza, el miedo, la imprudencia, la voluntad personal, incluso el mismo imputado no podría argumentar su inocencia; su "alma" no estaría limpia. No podría ostentarse como inocente, "pues su actuar estaría condicionado a sus apetitos".

Como se ha visto a lo largo de la historia, siempre se ha tenido conciencia de la presunción de inocencia, pero ha sido difícil su conceptualización y materialización. Aunque no es exclusiva del ámbito jurídico y tampoco del área penal, es precisamente en ésta en la que su vulneración provoca mayores y terribles consecuencias.

### **1.2.2. Naturaleza Jurídica.**

Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, a la presunción generalmente se le ubica dentro del aspecto procesal y con referencia al período probatorio, por lo que se ha desarrollado un debate al respecto, destacando dos teorías: quienes sostienen que se trata de un medio de prueba, y los que se pronuncian en el sentido de que es un principio fundamental de derecho:

1. La Presunción como medio de prueba: El Maestro Carlos Arellano expone:

“Hemos definido prueba como ‘el conjunto de elementos de conocimiento que se aportan en el proceso y que tienden a la demostración de los hechos o derechos aducidos por las partes, con sujeción a las normas jurídicas vigentes’, si ello entendemos por prueba, las presunciones sí constituyen medios de prueba. . . la presunción parte de un dato conocido que se ha acreditado en el proceso. Este elemento de la presunción es pletórico de certidumbre y a él se ha llegado por otros medios de prueba diferentes a la presuncional. De tal dato conocido se llega al desconocido en virtud de un enlace lógico (presunción humana), o de un enlace legal (presunción legal). . . en las presunciones las partes se ocupan de proporcionar al juez la certeza de los datos conocidos con el objetivo final de que ellos lleguen a los datos desconocidos mediante la lógica o mediante el enlace establecido por el legislador”<sup>33</sup>

Rafael de Pina se ubica en una postura diferente al decir, “Presunción judicial. Consecuencia que el juez, según su prudente arbitrio, deduce de un hecho conocido para afirmar la existencia de otro desconocido”<sup>34</sup>

2. Por otra parte, tenemos a quienes no consideran a la presunción como medio de prueba. “En lugar de atribuirle a la presunción el carácter de un medio probatorio, le señala la categoría de un acto racional subjetivo del juez, quien obtiene una convicción mediante el aprovechamiento de la presunción”<sup>35</sup>. Para este sector de la doctrina, la presunción se constriñe al proceso mental que realiza quien formula la presunción, la cual se alimenta de diversos elementos que fortalecen ese razonamiento.

En materia penal, el tratamiento para las presunciones también se considera dentro del tema de las pruebas:

---

<sup>33</sup> Arellano García, Carlos, *Derecho Procesal Civil*, 9ª. Ed., Porrúa, México, 2003, P. 401

<sup>34</sup> Citado por Arellano García, Carlos, Op. Cit. P. 398

<sup>35</sup> Idem

El Maestro Julio Hernández Pliego nos dice "la presunción . . . consiste en enlazar causalmente los indicios existentes , de una manera lógica y natural. Esa vinculación de indicios será la verdad conocida y a partir de ella, mediante una inferencia de carácter lógico, arribaremos a la verdad que se busca"<sup>36</sup>

El Doctor Hernández Silva expresa: ". . .las presunciones se alimentan de indicios, que es un hecho conocido para buscar el desconocido, para ello se tiende un puente que se llama presunción."

37

Conforme a las definiciones anteriores, es más evidente la diferencia entre medio de prueba y proceso mental; aquí encontramos otro elemento necesario para la formulación de la presunción: el indicio, lo que alimenta a la presunción, permitiendo por medio de ésta llegar a una conclusión que es determinante en el procedimiento penal, pues dependiendo de la cantidad y calidad de indicios de que se alimente la presunción, ésta adquirirá su fortaleza.

Si recordamos que el fin último del procedimiento penal es el de encontrar la verdad histórica de un hecho y la responsabilidad de una persona para estar en posibilidad de aplicarle una sanción, es necesario que el juzgador se encuentre plenamente seguro de su resolución o por lo menos existan pruebas indubitables que le permitan arribar a ella, por lo que las presunciones juegan un papel primordial en el desarrollo y solución de este procedimiento. En tanto estas presunciones en su conjunto no conduzcan al juez a la plena certeza de la responsabilidad de un procesado, la única presunción que debe prevalecer, evidentemente, es la presunción de inocencia

---

<sup>36</sup> Hernández Pliego Julio A. *Programa de derecho procesal penal*, 15ª. Ed., Porrúa, México, 2007, P. 290

<sup>37</sup> Hernández Silva, Pedro, *Procedimientos Penales en el Derecho Mexicano*, Porrúa, México, 2006, p. 149



de aquella persona indiciada, con todos los derechos que en esa calidad le corresponden.

En nuestros Códigos Adjetivos Penales, las presunciones se ubican en el ámbito de las pruebas:

Artículo 286. Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena.<sup>38</sup>

Artículo 245. Las presunciones o indicios son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados.<sup>39</sup>

En ambas leyes adjetivas, se observa la comprensión de la presunción como un proceso mental del cual se obtiene un resultado denominado presunción; el manejo que realiza el código federal contiene una mejor técnica jurídica, al evitar la confusión de términos y establecer claramente la diferencia entre la presunción y el indicio, contrario a lo que sucede en la legislación adjetiva local.

Podríamos preguntarnos: ¿que relación tiene el concepto de presunción en el terreno de las pruebas y el principio de presunción de inocencia?

Debido a la ubicación y a la comprensión que se tiene de la presunción en el ámbito jurídico, se ha llegado a aceptar por algunos autores que la presunción de inocencia no representa verdaderamente una "presunción",

---

<sup>38</sup> Código Federal de Procedimientos Penales.

<sup>39</sup> Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

“pues a través de ella no se prueba nada, no es por tanto un medio de prueba, no surge de un hecho reconocido como cierto; al contrario, surge y tiene vigor mientras no se practicó la prueba, o bien, cuando una vez practicada la prueba, el resultado de la misma no convenza al juzgador de la certeza de lo que se pretende imputar al sujeto pasivo del proceso. En todo caso, la presunción de inocencia es un derecho fundamental que vincula a los legisladores, a los juzgadores y a los ciudadanos.”<sup>40</sup>

Es clara la postura de dar a la presunción el carácter de medio de prueba, pero en realidad, sea considerado de esa forma o no, se parte del mismo principio. En ninguno de los casos existe la seguridad de que lo que se está manifestando es totalmente verdadero. Si se trata de la inocencia, solo existen “indicios” que permiten suponer que ésta existe, si se trata de hechos u objetos que son medios de prueba, éstos servirán para llegar a una resolución que resuelva un procedimiento, pero no dejan de ser situaciones con probabilidades de ser. No es necesario que sea probada la presunción, solo requiere de su existencia para su reconocimiento. Por otra parte, el que cumpla o no con el papel de medio de prueba, no limita a la presunción para ser considerada un derecho del procesado dentro de la tramitación de un procedimiento penal.

Podemos concluir entonces, que de la naturaleza de las palabras que integran la expresión “Presunción de Inocencia”, es posible asegurar que sí se trata de una presunción y no debe limitarse su comprensión al ámbito de las pruebas. Implica suponer que una persona es inocente porque dentro del procedimiento penal no se ha demostrado fehacientemente su responsabilidad. Se trata de un ser humano y las autoridades tienen la obligación de darle un trato digno. Recordemos que la vida y la libertad del ser humano son sus máximos valores y por ello merecen un trato preferencial, por encima de cualquier otra circunstancia.

---

<sup>40</sup> Romero Arias, Esteban, Op. Cit. p. 41

“La presunción de inocencia puede entenderse como la actividad valorativa que realiza el hombre cuando debe decidirse entre dos proposiciones (ser culpable o ser inocente) y se decide por una de ellas (ser inocente) sin que pueda llegar a tener la certeza absoluta de que se decidió por la proposición cierta.”<sup>41</sup>

El Maestro Romero Arias reconoce en su obra que no se puede hacer una afirmación categórica con relación a que la presunción de inocencia pertenece únicamente al ámbito procesal, debido a que se encuentra contemplada en la parte dogmática de la mayoría de las constituciones modernas, por lo que su aplicación no es exclusiva para las autoridades, sino de carácter general para todo individuo. Por ser reconocido como un derecho o garantía fundamental, se trata de un anhelo o fin a alcanzar en el tratamiento de los procesados.<sup>42</sup>

Partiendo del sujeto destinatario de la norma, es posible establecer que las presunciones pertenecen al ámbito adjetivo, ya que según su opinión, las normas en las que cabe la posibilidad de presumir la inocencia son dirigidas a las autoridades a efecto de realizar y dar movimiento al procedimiento, no así para los ciudadanos en general, como sucede con la normas de carácter sustantivo.<sup>43</sup>

“ . . . el derecho a la presunción de inocencia tiene una naturaleza de derecho fundamental con contenido normativo procesal . . . ”<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Ibidem. p. 39

<sup>42</sup> Romero Arias, Esteban, Op. Cit. p. 47

<sup>43</sup> Ibidem. p. 45

<sup>44</sup> Ibidem. p. 47

De acuerdo con lo que expone este autor, es posible comprender una doble naturaleza para la presunción de inocencia como derecho fundamental que se desarrolla en el ámbito procesal penal primordialmente: Por una parte perteneciente al procesado como un derecho subjetivo y por la otra como una obligación para la autoridad de respetarlo y aplicarlo al procedimiento.

“El derecho a la presunción de inocencia es un derecho fundamental que tiene un contenido normativo procesal que se predica de todos los ciudadanos, y en virtud del cual toda persona es inocente hasta que se declare su culpabilidad o responsabilidad en una resolución definitiva, corriendo a cargo de los tribunales la tarea de velar por su cumplimiento evitando con su labor el incumplimiento de un precepto imperativo de orden público de suprema aplicación que es un axioma jurídico que debe estar vigente en todo tipo de jurisdicción”<sup>45</sup>

Se puede afirmar que el contenido del derecho a la presunción de inocencia se fundamenta en dos bases:

- a. El derecho de la persona a ser considerada culpable hasta que se pronuncie la sentencia condenatoria, por lo que en todo el desarrollo del procedimiento se le debe considerar inocente.
- b. Quien mantiene la acusación en contra de una persona debe lograr la plena convicción del juez de que el procesado cometió un delito y es culpable del mismo.<sup>46</sup>

La tutela del respeto del derecho de presunción de inocencia corre a cargo de los tribunales que se encargan de tramitar el procedimiento y son los primeros que tienen que sujetarse a las normas que establecen el tratamiento que asegura el ejercicio de

---

<sup>45</sup> Ibidem. p. 48

<sup>46</sup> Ibidem. p. 49

este derecho, y si a pesar de ello se ve vulnerada una persona en la presunción de su inocencia, se tiene la posibilidad de acudir en solicitud de amparo de la justicia federal para el restablecimiento y tutela de esta garantía afectada.

Para determinar la procedencia de un reclamo por el no respeto al derecho de presunción de inocencia, es necesario establecer los casos en los que verdaderamente se presenta. “. . . es la inexistencia de prueba y no la discrepancia en su valoración la única causa en la que puede estimarse que hubo violación del derecho a la presunción de inocencia”<sup>47</sup>. Es posible que a partir de esta observación se pueda entender el por qué confundir a la presunción como medio de prueba de manera exclusiva. Debemos recordar que son diferentes la existencia de prueba, la insuficiencia de prueba y la discrepancia con la valoración de la misma. Para la presunción de inocencia sólo importa la inexistencia de la prueba. Esto es, si no se cuenta con elementos que indiquen la plena culpabilidad de una persona por no haber pruebas suficientes y aptas para ello, el trato que se le dé, así como que se le sentencie como culpable sin la absoluta certeza de su responsabilidad, es la verdadera violación a este derecho en lo que corresponde al aspecto procesal.

Por otra parte, el tratamiento que se le da considerándolo como culpable antes de una sentencia definitiva, pertenece al ámbito sustantivo.

Para analizar con mayor profundidad el aspecto procesal de la presunción de inocencia, el autor Jaime Vega establece que existen **tres significados** del “enunciado presunción de inocencia”:

---

<sup>47</sup> Ibidem. p.45

**1. Concepto fundamental sobre el que se construye el modelo del procedimiento penal de corte liberal**, en el que la principal preocupación es el establecimiento y respeto de las garantías del procesado.

Al sistema liberal se le caracteriza por dar mayor importancia a la libertad y a la igualdad. En este sistema se abandonan las viejas posturas absolutistas y se sigue la tendencia a la institucionalización de los derechos fundamentales del hombre, asegurando de esta manera un equilibrio entre el Estado y los gobernados; por este conducto se garantizan con mayor fortaleza los fines que persigue el procedimiento penal.

Dentro de las herramientas de que se vale este sistema liberal se encuentra la presunción de la inocencia, que se manifiesta como la necesidad de establecer garantías mínimas para el individuo en cualquier situación jurídica en la que se encuentre; es decir, reconocer derechos que serán respetados en cualquier circunstancia y por cualquier autoridad sin excepción, pues el reconocimiento del ser humano como sujeto de derechos y obligaciones "constituye en el ámbito legislativo un límite para el legislador frente a la configuración de normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad y conlleven para el acusado la carga de probar su inocencia"<sup>48</sup>

No hay que olvidar que en un Estado de corte liberal es primordial conservar y cuidar ese derecho fundamental del hombre, por lo que es necesario contar con los elementos que permitan lograr ese fin.

**2. Se le entiende como la directriz a seguir para el tratamiento de un procesado** durante el proceso penal,

---

<sup>48</sup> Montañés Pardo, Miguel Angel, Op. Cit., p. 38

considerándolo inocente y restringiendo lo menos posible sus derechos.

Después de reconocer que la presunción de inocencia es un derecho fundamental del ser humano, es necesario que éste se vea reflejado en el procedimiento penal.

La incidencia mayor de violaciones a este derecho la encontramos en el campo de las medidas cautelares, de las que se abusa en la tramitación de estos procedimientos. El verdadero reconocimiento de la presunción de inocencia se observa cuando estas medidas se establecen al mínimo y su uso es de manera excepcional.

La medida cautelar por excelencia en el procedimiento penal es la prisión preventiva, la cual es reconocida y utilizada en la mayoría de los países dentro de un procedimiento de esta naturaleza. Sin embargo, su empleo se encuentra sujeto a una serie de exigencias que deben cumplirse para asegurar que la presunción de inocencia no esté siendo vulnerada.

“. . . se propone que, en virtud del derecho a la presunción de inocencia, las medidas cautelares cumplan con el requisito de la proporcionalidad; que la prisión provisional sea subsidiaria y que se sustente en indicios de culpabilidad y en la seria perspectiva de continuidad del proceso, así como que su duración sea inferior al de la pena que podría ser impuesta. . . es preciso que su adopción se haga en resolución fundada en derecho . . .<sup>49</sup>”

Como se observa, el respeto a la presunción de inocencia no es absoluto ni arbitrario; no es un derecho que se imponga sin importar las circunstancias, simplemente se busca un equilibrio en la relación que se establece en un procedimiento penal, en el cual se encuentran en juego la libertad de una persona y la afectación a

---

<sup>49</sup> Ibidem. p. 40

bienes jurídicos de la víctima u ofendido, que pueden tratarse incluso de la vida misma, por lo que “ la continuidad de la prisión no se justifica si unos indicios concretos no revelan una verdadera exigencia de interés público que sea preferente, sin perjuicio de la presunción de inocencia, sobre la regla del respeto a la libertad individual”<sup>50</sup>

**3. Considerarla como una regla para el periodo probatorio.** Quien presenta la acusación en el procedimiento tiene la obligación de probar la culpabilidad; en caso de no hacerlo se considerará inocente al procesado y como consecuencia de ello se estará en posibilidad de dictar una sentencia con base en la actividad probatoria realizada.

“ . . . toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria. Significa . . . que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. . . la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe una carga del acusado sobre la prueba de su inocencia . . . ”<sup>51</sup>

Complementando lo anterior y de acuerdo con el autor Esteban Romero, la presencia del derecho de presunción de inocencia en la actividad probatoria se determina cuando:

**(a) En el ofrecimiento:**

1. La prueba que se ofrezca debe cumplir con todas las garantías que establece la Constitución, así como reunir todas las exigencias que establece la ley; de no ser así se considerará que se está violando este derecho.

---

<sup>50</sup> Ibidem. p. 41

<sup>51</sup> Ibidem. p. 42



2. El fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez de la comisión de un delito y que la persona a la que se le está imputando es el autor del mismo.
3. Que las pruebas se enfoquen a probar todos los elementos del tipo penal.

**(b) En la actividad probatoria:**

1. La inexistencia de actividad probatoria es suficiente para considerar que se ha violado el derecho a la presunción de inocencia.
2. La actividad probatoria debe ser por parte del sujeto activo del procedimiento (en nuestro país representado por el M.P.) tendiente a comprobar la comisión del delito y autoría del procesado. Por parte del sujeto pasivo se debe contrarrestar la actividad probatoria del acusador, sin tener la obligación de realizarlo pues es su derecho.

Toda actividad probatoria debe cumplir con las garantías procesales establecidas y debe realizarse ante el órgano que conocerá y decidirá sobre el caso.

**(c) En la valoración de la prueba.** Definitivamente no se acepta como sistema de valoración de la prueba el tasado o legal, necesariamente se debe realizar la valoración de la prueba con el sistema de libre apreciación.<sup>52</sup>

Es importante determinar que estas garantías no son exclusivas del ámbito procesal. Aunque se evidencian con mayor claridad en éste, la presunción de inocencia debe encontrarse reflejada en cualquier tipo de norma. Como un ejemplo en nuestro país, a simple vista se pueden considerar contrarios al principio de presunción de inocencia los artículos 243 último párrafo y 400 del

---

<sup>52</sup> Cfr. Romero Arias, Esteban, p. Cit. pp. 61-70

Código Penal para el Distrito Federal y el Código Penal Federal, respectivamente, al considerar culpable a una persona por tener en su poder un objeto producto de un hecho delictuoso, dejando esta presunción para que el afectado se encargue de desvirtuarla, siendo que es el Estado quien debe probar la comisión de un delito y sancionarlo conforme a lo que establece la legislación positiva, por ser el titular del Ius puniendi.

Otro ejemplo puede observarse en la materia familiar: Cuando se hace la imputación de una de las causales de divorcio, es necesario que quien la invoca aporte las pruebas necesarias para que el juez determine la culpabilidad de uno de los cónyuges y de ésta forma esté en posibilidad de dar por terminado el vínculo matrimonial, imponiendo en su caso una sanción al cónyuge culpable. Lo mismo opera para los casos de la pérdida de la patria potestad, o para determinar quién tendrá la custodia de un menor.

En lo que respecta a la materia civil, toda vez que ésta se refiere primordialmente a intereses particulares, no es muy evidente la presencia o no de la presunción de inocencia, debido a que en este ámbito no se habla de culpabilidad, sino de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones.

En materia laboral, la necesidad del reconocimiento de la presunción de inocencia puede observarse mejor. Un ejemplo de ello lo encontramos en los casos de despido, pues lo que se pretende probar en este tipo de procesos es la justificación o no del mismo, y sabido es que cuando el trabajador incurra en algunas de las causales de despido señaladas en la ley, no habrá sanción para el patrón; pero mientras esto no se compruebe, se presume que el despido es injustificado y el patrón estará obligado a cumplir con la sanción que

se le imponga, ya sea la reinstalación o la indemnización al trabajador.

En el área de lo contencioso administrativo, es obligación de la autoridad comprobar el quebranto a las disposiciones de esta materia. Sin embargo, actualmente en nuestro país tal parece que opera de manera que la violación a un precepto legal, sea motivo suficiente para iniciar un procedimiento administrativo en el que al ciudadano le corresponde la carga de la prueba para comprobar su inocencia, y en caso de no lograrlo, se hará acreedor a las sanciones estipuladas en la ley. Esto se observa con mayor claridad en materia de recaudación de impuestos, en la que priva la versión de la autoridad frente a la del gobernado.

Como podemos ver, la presunción de inocencia no es exclusiva de la materia penal, pero de manera definitiva es en la que su respeto irrestricto es vital y su incumplimiento puede ser de graves consecuencias.

Fijada la amplitud del tema de la presunción de inocencia, así como su primordial importancia, es necesario delimitar el contenido que se abordará en este trabajo, por lo que para su desarrollo y a manera de introducción de los principales temas relacionados íntimamente con este principio en materia penal, más adelante se proporcionará un concepto de Estado de Derecho y Estado Democrático de Derecho; de los Principios Generales de Derecho, de libertad personal y de la figura del arraigo; se plasmarán también, por su importancia y trascendencia, los Tratados Internacionales que contienen este principio.

Aunado a un marco teórico elemental, es necesario establecer el marco jurídico en el que se desarrolla el tema de la

presunción de inocencia. Esto es importante porque ciertas características que contenga el sistema o forma de organización estatal, determinarán en gran medida las razones, formas y prácticas que permitirán el correcto desarrollo de este principio.

Para concluir este apartado, es importante recordar que independientemente de cuestiones de seguridad, sistemas políticos, formas de gobernar e incluso modas o tendencias de política criminal, debe entenderse que la presunción de inocencia va más allá, implica a la misma esencia del ser humano, al respeto a su propia naturaleza.

### **1.3 Estado de Derecho y Estado Democrático de Derecho**

El hombre siempre ha sentido la necesidad de organizar su vida en sociedad y las relaciones que establece con sus semejantes, por lo que ha ideado múltiples fórmulas para lograr paz y armonía. En un principio se estableció una forma de gobierno teocrática, atribuyendo el poder y autoridad a seres o fenómenos inexplicables y por lo mismo dignos de reconocimiento y respeto. Con el tiempo, el hombre tomó el control y ocupó el lugar principal para decidir el destino de un grupo humano, surgiendo en un principio el autoritarismo y los excesos derivados de éste. Esta situación no podía sostenerse eternamente, por lo que surgió la idea de dividir el poder que ostentaba una sola persona para asegurar un equilibrio y sobre todo, evitar abusos e injusticias.

A partir de ese momento y hasta nuestros días, esta fórmula es la que ha prevalecido con variantes y modificaciones, sin que hasta la fecha se haya encontrado la que realmente funcione sin cuestionamientos.

Un elemento característico e indispensable en todo este desarrollo es el Derecho, desde su expresión más elemental como una regla o forma de conducta, hasta su construcción más elaborada como una Constitución.

Dentro de las múltiples formas de organización del poder, se encuentra el denominado Estado de Derecho, del que se tratará de determinar su concepto y contenido. "Aún cuando existen antecedentes más o menos imprecisos sobre la idea del estado de derecho desde los griegos y los romanos en la antigüedad, se puede afirmar que correspondió al alemán Roberto von Mohl utilizar por primera vez la expresión *Rechtsstaat* . . ."<sup>53</sup>

Sencillo sería decir que el Estado de derecho es aquel que rige su estructura, organización y desarrollo mediante normas jurídicas. Esto para algunos autores sería una tautología.

"El Estado existe independientemente del derecho como una realidad social; primeramente se crea el derecho, para posteriormente someterse a él; Sólo entonces estaremos ante un Estado de derecho. Un Estado no sujeto a un conjunto de normas jurídicas es impensable. Puesto que el Estado sólo existe en actos estatales, es decir, en actos realizados por hombres que se atribuyen al Estado como persona jurídica. Y semejante atribución sólo es posible con base en normas jurídicas que determinan esos actos de manera específica"<sup>54</sup>

Entonces el concepto de Estado de derecho no atiende únicamente a su expresión gramatical, esto sería inútil, debido a que como lo manifestó el jurista alemán Hans Kelsen, todo Estado se encuentra sujeto a un sistema jurídico que lo organiza y hace funcionar. Todo Estado que contara con un conjunto de normas

---

<sup>53</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo D-H, Op. Cit, p.1328

<sup>54</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Tr. Roberto J. Vernengo, 13ª. Ed., Porrúa, México, 2003. pp. 314-315.

jurídicas tendría que denominarse Estado de derecho. Así, los Estados liberales, totalitarios, socialistas o de cualquier otra tendencia que cuenten con un sistema jurídico podrían ser incluidos dentro de esta categoría sin problema.

¿Qué es lo que realmente debemos entender por Estado de derecho?”

El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, . . . el valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre el poder y el derecho que constituía la quintaesencia del Machtstaat<sup>55</sup> y del Polizeistaat<sup>56</sup>: no mas rex facti legem, sino lex factim regem<sup>57</sup>

Esta noción de Estado de derecho responde a las necesidades que históricamente se presentaron durante el desarrollo del Estado moderno. Se pasó de un sistema absoluto, en el cual no había ningún reconocimiento del ser humano y de sus más elementales derechos, a uno liberal, en el cual su principal objeto era el de preservar y hacer respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos por parte de la autoridad. Es por ello que el liberalismo es uno de los fundamentos de lo que ahora entendemos por Estado de derecho.

“La sociedad con sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, comenzaba a ser el punto central para la comprensión del Estado de Derecho. Y la ley, de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de los

---

<sup>55</sup> Estado bajo el régimen de la fuerza

<sup>56</sup> Estado bajo el régimen de policía

<sup>57</sup> Zagrebeky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 5ª. Ed., Trotta, Madrid, 2003, p.21

intereses trascendentes propios, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de los derechos”<sup>58</sup>

De acuerdo con el autor Elías Díaz,(pie de página 59) “Las características generales que corresponden, como exigencias más básicas e indispensables a todo auténtico Estado de Derecho, pueden concretarse fundamentalmente las siguientes notas:

- a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general.
- b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
- c) Legalidad de la Administración: actuación según la ley y suficiente control judicial.
- d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material.
- e) El imperio de la ley constituye la nota primaria y fundamental del Estado de Derecho.... Y por ley debe entenderse la formalmente creada por el órgano popular representativo como expresión de la voluntad general, pues todo Derecho positivo es Derecho, tanto el que procede de un Parlamento, democráticamente elegido, como el que deriva de un decisión personal de un dictador que se hace obedecer..... no todo “imperio de la ley” es ya, por ello, Estado de Derecho: que no hay tal si la ley proviene de una voluntad individual absoluta.
- f) La existencia de un régimen de división o separación de poderes es también, en segundo lugar, exigencia ineludible para un Estado de Derecho.
- g) De manera muy general, el principio de legalidad de la Administración puede enunciarse como exigencia de sometimiento de la Administración a la ley.

---

<sup>58</sup> Ibidem. p.23

Nos recuerda también el autor, que: "El establecimiento jurídico-constitucional de los derechos humanos fundamentales aparece, en efecto, como eje de todo Estado de Derecho. Agrega, por otra parte, que en su opinión tendrá que transitarse primero del Estado Capitalista al Estado Social, y sólo así estaremos ante un Estado Democrático de Derecho.

Aunado a lo anterior y en concepto de la que escribe, deben considerarse las características que encontramos en un Estado de Derecho:

- (a) La distribución y el control del ejercicio del poder entre varios detentadores.
- (b) La supremacía de la Constitución, que debe ser escrita y rígida, que establece las competencias exclusivas y limitadas de los diversos órganos del poder estatal.
- (c) El sometimiento de la administración a la ley, la cual se crea y aboga por un órgano popular y representativo, el que sigue un procedimiento de creación de la norma previamente establecido en la propia ley.
- (d) Vigencia de un control judicial.
- (e) Establecimiento de derecho y libertades fundamentales.
- (f) Instrumentación de garantías individuales para asegurar la regularidad de los actos estatales de acuerdo con las normas jurídicas creadas.
- (g) Cumplimiento de las normas jurídicas enfocadas a la limitación y racionalización del poder.

Cuando hablamos de un Estado de Derecho, como ya quedó descrito, necesariamente pensamos en un sistema de poder que se



sustenta en un ordenamiento jurídico, pero esto no nos conduce a afirmar que se trata de un Estado justo o injusto, pues como bien señala el Maestro Hans Kelsen, estados totalitarios o autoritarios han contado con un ordenamiento jurídico.

La anterior aseveración nos lleva al concepto de Estado Democrático de Derecho, esto es, "una democracia regida por leyes", en la que el poder político tenga la voluntad de someterse al orden jurídico establecido y en efecto lo lleve a cabo.

La Democracia, término de origen griego (deemos, pueblo y Krátos, autoridad) aparece publicado en el año 456 a.c., en la obra de Herodoto denominada "Historia".

Recordemos que la democracia es una forma de gobierno que tiene su origen en Grecia. Su principal objeto es reconocer y permitir la participación del pueblo en la organización y ejercicio del poder público; actualmente existen democracias directas, semi-directas, populares, representativas, liberales, semi-liberales, todo de acuerdo al énfasis que se dé al sentido de la participación del pueblo en la estructuración de ese Estado.

"La democracia resulta ser un sistema funcional, cuyo propósito es facilitar el dinamismo político de la sociedad. Sirve para organizar la convivencia entre los ciudadanos libres que aspiran al progreso conjunto mediante mecanismos eficaces, pero no arbitrarios. Concretamente, la democracia busca encontrar procedimientos idóneos para decidir colectivamente sin sacrificar la libertad individual. . . en un sistema democrático caben tanto los gobernantes como los gobernados siempre que la oportunidad de ocupar los cargos públicos esté abierta a todos y que cualquier gobierno pueda ser destituido pacíficamente a través de la decisión de la ciudadanía en una elección"<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> De la Peña García, Rosa María, *La teoría de la democracia, el error de accidente*, Germika, México, 2003, p. 38-39.

Se trata de frenar la arbitrariedad del estado y tutelar la libertad del individuo. Al respecto nos dice Giuseppe Betiol:

“El valor supremo es el individuo, a quien el ordenamiento jurídico liberal debe proteger de toda arbitraria intervención Estatal: el estado puede operar sólo dentro de los límites de la más estricta legalidad como corresponde a un estado de derecho que se encuentra limitado por exigencia de Derecho natural racional o se autolimita sabedor de su alta responsabilidad.”<sup>60</sup>

Así pues, la base democrática de un Estado se sustenta en la idea de que la autoridad estatal es legítima y a su vez descansa en la concepción de la voluntad popular. Todo Estado es legítimo en tanto es voluntad de los gobernados que sea éste quien maneje la política y la directriz nacional e internacional.

“El Estado Democrático es un pacto constitucional que tiene el propósito de salvaguardar la libertad individual en las decisiones colectivas. Funciona a través de un aparato financiado y apoyado por los ciudadanos, jurídicamente coherente, con ejes autónomos que poseen facultades de supervisión mutua. El poder público se mantiene dividido no sólo en funciones sino en legítimos poderes. Se trata de una división que sirve para prevenir el abuso del poder de las autoridades en contra del ciudadano, que sin ese respaldo quedaría expuesto al sometimiento arbitrario y a la indefensión.”<sup>61</sup>

Es natural que el hombre tenga la inquietud de participar en la creación y desarrollo de la forma de organizar su vida en comunidad. Desde el momento en que se explica por primera vez el concepto de democracia queda claro que es imposible que todos actuaran a la vez, o que todas las ideas manifestadas fueran aplicadas; en atención al orden y a los beneficios que implica, se establecen sistemas por los cuales se trata de dar cauce a todas esas manifestaciones y de esta manera permitir el desarrollo humano, lo

---

<sup>60</sup> Bettiol, Giuseppe, *Instituciones del Derecho Penal y Procesal*, Bosch, Barcelona, 1977, P. 37

<sup>61</sup> Ibidem. p. 277.

que no se pone en duda y se mantiene constante es el anhelo de lograr la equidad, la justicia, la paz y la convivencia armónica. Es el derecho el instrumento que se ha empleado para lograr dichos fines.

Como ya se dijo, un Estado Democrático de Derecho será entonces una democracia regida por leyes que el poder político esté dispuesto a acatar. Sin embargo, habremos de analizar también si esas leyes que rigen a un Estado Democrático garantizan la justicia, la justicia a la que se refiere Platón, aquella justicia que el propio ciudadano común y corriente percibe, aunque no pueda definirla.

Al respecto, el filósofo Hans Kelsen, en su obra *¿Qué es la justicia?*, nos dice que:

"ésta es la idea básica sobre la cual debe inspirarse el derecho..." "...virtud universal comprensiva de todas las demás virtudes..." Y asevera también respecto de la justicia: ".ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas, ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres, de Platón a Kant y, sin embargo, la pregunta sigue sin respuesta..." "...Qué significa realmente decir que un orden social es justo?, Significa que este orden social regula la conducta de los hombres de un modo satisfactorio para todos, es decir, que todos los hombres encuentran en él la felicidad. La búsqueda de la justicia es la eterna búsqueda de la felicidad humana... La Justicia es felicidad social, garantizada por un orden social....." "...Verdaderamente, no sé si puedo afirmar qué es la Justicia, la Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia para mí se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva es la de la Libertad, la de la Paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia. . ."<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup>Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Trad. Albert Calsamiglia. Planeta Agostini, España. pp. 35 y 63

Haciendo un recuento de las expresiones manifestadas, podemos resumir en palabras de Hans Kelsen “. . . todo estado es un Estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica. . . en la realidad es empleada para designar a cierto tipo de Estado, a saber, aquel que corresponde a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica.”<sup>63</sup>

Como un resumen de las ideas manifestadas, se puede decir que el Estado Democrático de Derecho es un Estado que se encuentra estructurado, organizado y concebido a través de un marco jurídico que determina el lugar y la función de cada uno de los elementos que lo integran; permite la participación de la población y responde a sus exigencias. Dentro de los principales objetivos de este marco jurídico, están el limitar el ejercicio del poder, reconocer y hacer respetar los derechos fundamentales de los individuos, y conseguir uno de los fines primordiales para el ser humano: la justicia.

Recordemos que el derecho no es un conjunto de preceptos abstractos, fríos e indiferentes a la realidad. Es un producto del ser humano y como tal obedece a sus características; por lo tanto, el derecho siempre estará en constante búsqueda y aplicación de los valores más preciados por el hombre. No se puede concebir en el derecho un fin distinto al de la justicia, por lo que dentro de un Estado Democrático de Derecho, debemos exigir que la presunción de inocencia sea uno de los ejes que fundamentan un sistema de justicia dentro de un Estado con esta denominación.

#### **1.4 Principios generales de derecho.**

---

<sup>63</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Op. Cit. p.315.

Han sido diferentes los autores y las corrientes doctrinarias a lo largo de la historia, que han tratado de proporcionar un concepto de los principios generales de derecho que se tratarán en el capítulo correspondiente. Bástenos por ahora recordar que son dos las corrientes jurídicas doctrinarias que han explicado diversos temas de derecho, comenzando por determinar su origen y como consecuencia su desarrollo. En lo referente a los principios generales de derecho, un concepto de la corriente iusnaturalista es expresado por Don Rafael Preciado Hernández, quien nos dice:

“A la luz de esta doctrina sobre la esencia del derecho natural y sus relaciones con el derecho positivo, resulta evidente que por principios generales debemos entender básicamente los principios mas generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón y fundados en la naturaleza espiritual, libre y sociable del ser humano, los cuales constituyen las estructuras fundamentales de toda construcción jurídica posible e histórica”<sup>64</sup>

“Son criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación”<sup>65</sup>

De lo anterior se deduce que los principios generales provienen del ser humano, de su naturaleza misma, y es por medio de la razón que se aplican y ponen en práctica por la misma conveniencia del hombre para su cumplimiento y lograr una convivencia ordenada, en paz y con aspiraciones de progreso.

Para los positivistas, los principios generales del derecho encuentran su fundamento en la ley positiva; de ahí su origen, reconocimiento y obligatoriedad. Es aceptado, aunque de manera limitada, que tienen su origen en la naturaleza humana. Siguiendo este camino, es lógico pensar que se encuentren en la Constitución,

---

<sup>64</sup> Citado por Azúa Reyes, Sergio, *Los principios Generales del derecho*, 3ª. Ed., Porrúa, México, 2001, p. 85

<sup>65</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Op. Cit. p.2542

en la que se les otorga la generalidad necesaria para su aplicación a cualquier situación jurídica que se presente.

El Doctor Fix Zamudio sostiene que: "La esencia de los preceptos constitucionales radica en los valores supremos de toda comunidad política y en la organización de sus poderes supremos. . . podemos concebir a las normas constitucionales como aquellas que sirven de fundamento y apoyo a todo el ordenamiento jurídico del Estado, al cual le otorgan unidad armónica a través de sus principios orientadores"<sup>66</sup>

Por lo que se refiere a nuestro sistema jurídico, puede decirse que estos principios se encuentran contemplados en el artículo 14 constitucional, los cuales no se limitan a una simple interpretación o herramienta accesoria con la cual resolver una controversia jurídica en caso de no contar con el precepto legal adecuado. Van mas allá, y siendo más analíticos, se puede concluir que los principios generales de derecho forman parte del anhelo que tiene toda sociedad de alcanzar una convivencia armónica mediante un sistema jurídico funcional que le permita alcanzar uno de los valores fundamentales para el hombre: la justicia.

Cualquier postura que se adopte, la naturalista o la positivista, lo cierto es que el derecho es creado por el hombre y en él necesariamente se debe reflejar parte de su espíritu. Ya sea que el comportamiento del hombre se conduzca por medio de un mandamiento de la razón o por un precepto legal obligatorio, el resultado es el mismo, los principios generales del derecho orientan la conducta del ser humano con el objeto de lograr una convivencia armónica con sus semejantes.

## **1.5 Libertad personal.**

---

<sup>66</sup> Citado por Azúa Reyes, Sergio, Op. Cit p. 89

Para hablar de este tema, es necesario recordar que es hasta después de la Revolución francesa que se reconoce la libertad como un derecho del hombre que tiene que ser respetado por todos sin excepción. "la libertad individual, como elemento indispensable de la personalidad humana se convirtió, pues, en un derecho público cuando el Estado se obligó a respetarla"<sup>67</sup>

Pasó de ser un elemento fundamental del ser humano (interno) a una relación jurídica, en donde las partes involucradas son la autoridad y los gobernados. Por una parte se tiene el derecho de la persona a reclamar al Estado el respeto de esa libertad, y por la otra el de la Autoridad, a quien se impone la obligatoriedad de observar y acatar ese respeto. "... en otras palabras, es entonces cuando la libertad deontológica, basada en supuestos y principios filosóficos propios de la índole de la persona, se convierte en una garantía individual, engendrando un derecho subjetivo público para su titular, consistente en su respeto u observancia, así como una obligación estatal autoritaria y concomitante"<sup>68</sup>

Esta libertad de la que se habla, no siempre es ejercitada de manera plena, debido a que existen diversos aspectos (económicos, políticos, sociales o culturales) que impiden su realización. Sin embargo, ello no implica que se extinga la titularidad de ésta por parte del sujeto.

Ahora bien, mencionado lo anterior como términos genéricos de la libertad, recordemos que su ejercicio debe desarrollarse en diversos ámbitos, por lo que la misma Constitución establece ciertas "clases específicas" de libertad y no de manera genérica como lo hizo la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1789.

---

<sup>67</sup> Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 11ª. Ed., Porrúa, México, 1978, p. 333

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 334

Por lo que se refiere a la libertad personal en el ámbito penal, es de suma trascendencia el respeto que debe tener la autoridad a esta garantía individual y únicamente bajo ciertos supuestos, que deben ser los menos, puede ser permitido que se restrinja el ejercicio de este derecho fundamental.

En materia penal, la libertad personal es un elemento alrededor del cual gira el procedimiento penal, ya sea porque se limite como una necesidad procesal, una medida precautoria o bien se imponga su restricción como una forma de sanción a la persona que ha cometido un delito.

De acuerdo con el Maestro Colín Sánchez, se explica de la siguiente forma:

a. Razones procesales:

“. . . atendiendo a la naturaleza y fines del proceso penal, las leyes que lo regulan imponen la necesidad de restringir la libertad personal, porque si no fuera así, resultaría imposible asegurar la presencia del supuesto autor del ilícito penal ante el órgano jurisdiccional y en consecuencia el proceso quedaría paralizado al dictarse el auto de inicio, de radicación o cabeza de proceso (sic) por otra parte, es indispensable el aseguramiento de quien ha delinquido, para con esta medida auspiciar la tranquilidad necesaria a quien ha sufrido la violación o a quienes se han enterado de la comisión del delito, además, si no se adoptara, quizá se destruyeran los vestigios que hubiere dejado el ilícito penal”<sup>69</sup>

b. “El carácter preventivo que justifica la privación de la libertad personal se manifiesta mediante la prisión preventiva o provisional, la cual no debe ser considerada como una sanción, mientras no se decrete la plena responsabilidad de una persona en la comisión de un delito. Con la prisión preventiva se logra la custodia del

---

<sup>69</sup> Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 4ª. Ed., Porrúa, México, 1977, p. 175



que ha delinquido, pero únicamente por el tiempo indispensable para su procesamiento”<sup>70</sup>.

En relación con las anteriores aseveraciones, es de suma importancia recordar que la procedencia de la prisión preventiva es muy discutida y es analizada a lo largo de esta investigación, debido a que se considera una de las prácticas procesales que atentan evidentemente al principio de presunción de inocencia, sobre todo en la actualidad, por ser excesivo e indiscriminado su uso, y aún cuando en la reforma constitucional 2007-2008 se pretende que esta medida va a ser “prácticamente” erradicada o cuando menos restringida a ciertos delitos, si la analizamos con cuidado, como lo haremos en el capítulo correspondiente, claramente podrá observarse que la prisión preventiva se aplicará en múltiples casos, además del arbitrio que al respecto tendrán los jueces y las solicitudes que el Ministerio Público estará en aptitud de hacer a los propios juzgadores, lo que seguramente, por desgracia, seguirá llenando las cárceles de muchas personas que a la postre serán consideradas inocentes o bien recibirán sentencias que les hubieran permitido la libertad provisional, figura que por cierto la propia reforma elimina sin explicación alguna, sin entender que se trata de una garantía elemental que al eliminarse, atenta de manera flagrante los derechos humanos.

Por lo que respecta a su carácter sancionador, la restricción de la libertad personal se considera el castigo más severo para una persona que ha cometido un delito. Esta restricción debe ser proporcional a la gravedad del ilícito cometido, situación que más adelante se analizará con todo cuidado.

---

<sup>70</sup> Idem

## 1.6 Arraigo.

“Es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso penal, cuando se trate de delitos imprudenciales o de aquellos en los que no proceda la prisión preventiva”<sup>71</sup>

En la actualidad dista mucho la figura del arraigo de lo que se pretendía cuando fue incorporado a la ley adjetiva de 1983. En aquel entonces se atendía a la naturaleza jurídica del arraigo civil, de permitir a la persona seguir con sus actividades cotidianas, sujetándolo sólo de forma parcial al procedimiento penal y su función era la de asegurar, en cierto grado, el cumplimiento de la responsabilidad surgida del ilícito cometido. Hoy se ha convertido en un instrumento que justifica la impericia y falta de capacidad (en la mayoría de los casos) de los agentes del Ministerio Público para la integración de la averiguación previa, vulnerando flagrantemente la libertad personal y la presunción de inocencia que debe procurarse en todo tiempo, pero lo que es más grave aún es que esta desafortunada figura ha sido elevada a rango Constitucional.

En el capítulo cuarto de este trabajo, se expondrá ampliamente el tema del arraigo, así como sus consecuencias para el tema central de esta investigación, como lo es la presunción de inocencia.

Es evidente que la presunción de inocencia no es una frase idealista o un vestigio de las posturas humanitarias que privaron en el derecho penal, y aunque en algunos países (europeos) se le

---

<sup>71</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo A-CH, Op. Cit., p.219

denomina derecho a la presunción de inocencia, se considera correcto denominarlo **principio de presunción de inocencia**, tomando como punto de partida:

- a. Lo expuesto en el concepto de los principios generales del derecho. "Los principios generales del derecho son postulados que a lo largo de la historia han permanecido inalterados en lo substancial. Su evolución se da en principios generales de carácter secundario o derivado. .<sup>72</sup>. Conforme a la evolución histórica de la presunción de inocencia, al concepto y origen de los principios generales del derecho, se observa que cubre con la característica de permanencia de éstos para denominar a la presunción de inocencia como principio general de derecho.
- b. La presunción de inocencia está íntimamente ligada con el tema de la libertad personal. La libertad es uno de los principios generales del derecho por excelencia, su ejercicio en esa relación jurídica señalada anteriormente, combinada con los fines que tiene el Estado de lograr el bien común la coloca en la categoría de principio general del derecho. Los casos en los que se afecta, es cuando más evidente se hace la necesidad de regular el respeto de dicho principio por parte de la autoridad. Por ello se puede concluir que la libertad se considera un principio orientador para la actividad legislativa, con el fin de buscar los mecanismos y herramientas necesarias para lograr su cabal cumplimiento y respeto. Tanto "libertad" como "presunción de inocencia" deben entrelazarse e integrarse para orientar el comportamiento del hombre.

---

<sup>72</sup> Azúa Reyes, Sergio, Op. Cit p. 134

Cuando en la vida cotidiana se presentan prácticas como el arraigo, es necesario hacer un alto para determinar la legitimidad y pertinencia de las mismas, que a simple vista contrarían la libertad y la presunción de inocencia.

Con la breve exposición de los anteriores conceptos, se pretende presentar un panorama general de los temas, observaciones, posturas y propuestas que se tratarán a lo largo de esta investigación.

## CAPÍTULO II. TRATADOS INTERNACIONALES

### 2.1 Principios Generales de Derecho Internacional.

Ciertamente de todas las ramas del derecho, el Derecho Internacional resulta ser de las más complejas, por lo que requiere de un tratamiento independiente.

Para Don Eduardo García Máynez, el Derecho Internacional Público “es el conjunto de normas que rigen las relaciones de los Estados entre sí y señalan sus derechos y deberes recíprocos.”<sup>1</sup> Agrega el Maestro que “antiguamente el internacional era designado con el nombre de derecho de gentes” y cita al respecto a T. Niemeyer, en su obra Derecho Internacional Público, cuando refiere que “La expresión *ius gentium*, que en el derecho romano tenía su significación propia, independientemente del objeto que nos ocupa, fue utilizada por el español F. Suárez (1548-1617) y el holandés Hugo Grocio (1583-1645), designando la idea de un orden jurídico no escrito para regular las relaciones entre los pueblos, idea que nació vinculada con la del derecho natural. Esta expresión tomó carta de naturaleza en la mayoría de los países, traducida a las respectivas lenguas (en francés, *droit des gens*; en inglés, *law of nations*; en español, *derecho de gentes*; en italiano, *diritto delle genti*); pero ha sido substituida modernamente por la denominación *derecho internacional* (*droit international*, *international law*, *diritto internazionale*), menos en Alemania, donde perdura la expresión “*derecho de los pueblos*” (*Volkerrecht*).<sup>2</sup> Se ha discutido largamente el carácter jurídico de las reglas que integran el llamado *derecho internacional*, agrega el Maestro, y nos dice que “Si se parte del dogma de la soberanía y se toma el concepto en cuestión en un

---

<sup>1</sup> García Maynez, Eduardo. Op. Cit.. p. 145.

<sup>2</sup> Cfr. García Manyez, Eduardo, Op. Cit. p. 145

sentido absoluto, resulta imposible aceptar la existencia de un ordenamiento jurídico supraordinado a los Estados, ya que dicho ordenamiento implicaría, lógicamente, la destrucción de aquel concepto, y citando a Radbruch nos dice: "Si los Estados son normalmente soberanos, esto es, si constituyen el supremo poder sobre la tierra, no cabe pensar una potencia superior que establezca como poder legislativo un derecho sobre ellos, lo declare como poder judicial e imponga coactivamente su realización como poder ejecutivo".<sup>3</sup> El error de quienes argumentan de ese modo, -dice Radbruch- estriba en creer que la aparición y realización de las normas jurídicas presupone una organización de los sometidos a tales preceptos. Ya hemos visto cómo la sociedad no organizada puede producir derecho independientemente de los órganos legislativos (derecho consuetudinario). Del mismo modo, la comunidad no organizada de las naciones ha podido crear, por medio de la costumbre, los principios fundamentales del derecho de gentes. Entre ellos, hay uno que ha preparado el camino para la "creación jurídica consciente: la regla pacta sunt servanda, es decir, el principio según el cual los pactos legalmente celebrados deben ser cumplidos puntualmente. La costumbre y los acuerdos internacionales son, por ello, las dos fuentes características de aquel derecho.

La principal crítica al Derecho Internacional ha consistido en señalar que carece de normas perfectas, pues el incumplimiento de éstas no produce sanción alguna y que se ha convertido, además, en el "derecho de los más fuertes" quienes en última instancia imponen su voluntad frente a los débiles. Consideramos excesiva la anterior crítica y al respecto de nueva cuenta coincidimos con el gran Maestro García Máynez cuando señala: "Las normas internacionales no carecen de sanción, como a menudo se afirma. Aún cuando técnicamente muy imperfectas, tales sanciones existen. Las represalias y la guerra pueden ser

---

<sup>3</sup> Idem

jurídicamente consideradas como sanciones típicas del *ius gentium*.”<sup>4</sup> Cita el Maestro al gran filósofo Hans Kelsen, quien afirmaba: “El derecho internacional no sólo carece de la diferenciación entre pena y ejecución forzosa, sino que también le falta el principio de la equivalencia entre el delito y la sanción. Es cierto que las represalias y la guerra representan dos grados diferentes de sanción, es decir, dos grados de intervención forzada en la esfera de intereses de un Estado; pero el derecho internacional no se decide en favor de una u otra de las sanciones, cuya diferencia depende de la gravedad del delito internacional contra el cual la sanción constituye una reacción. Según el derecho internacional general, el Estado lesionado queda en libertad de escoger la sanción con la cual desea reaccionar contra la persona que lo lesionó. Ésta es una de las peores omisiones en la técnica del derecho internacional”<sup>5</sup>.

En mi opinión, si bien son ciertas las anteriores aseveraciones, no menos cierto es que en los últimos años ha habido un gran progreso en la normativa internacional, gracias a la creación de Tribunales Especiales por una parte, y por la otra al fenómeno de la globalización que ha obligado a una mayor interrelación entre los países y por supuesto al acatamiento, de su parte, de los acuerdos internacionales suscritos bajo pena de grave descrédito internacional que se conocerá de inmediato debido al insólito avance de las comunicaciones, lo que puede implicarles, además, terminación de tratados comerciales que pueden afectar gravemente a sus economías, excepción hecha de grandes potencias como los Estados Unidos de Norteamérica, quienes se “reservan el derecho” de cumplir o no con recomendaciones o mandatos de los Tribunales Internacionales reconocidos por ellos mismos.

---

<sup>4</sup> Ibidem. p. 146

<sup>5</sup> Idem

De acuerdo con el Maestro Modesto Seara Vázquez, el Derecho Internacional es “un conjunto normativo destinado a reglamentar las relaciones entre sujetos internacionales”<sup>6</sup>

Ese conjunto normativo estará previsto, precisamente, en los Tratados y Convenios. La Maestra Loretta Ortiz Ahlf, en su obra “Derecho Internacional Público” considera precisamente “como fuentes autónomas de Derecho Internacional, a los Tratados Internacionales, la costumbre y los principios generales de derecho”<sup>7</sup>.

Los Tratados Internacionales han sido fuente de preocupación para la comunidad internacional y fue así como la Asamblea General de la ONU decidió codificar, desde 1949, todo lo concerniente a los Tratados, pero no fue sino hasta enero de 1980 que entró en vigor la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en cuyo artículo 2º. Se establece que se entiende por Tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional.

Los Tratados Internacionales se rigen por cuatro principios básicos:

- Pacta sunt servanda. Esto es, que los pactos deben cumplirse.
- Res inter alios acta, lo que significa que las obligaciones creadas por los estados sólo serán para las partes signatarias.
- Ex consensu advenit vinculum, que nos indica que el acuerdo de voluntades es el sustento de las obligaciones.
- Prohibición de realizar tratados que contravengan normas de “ius cogens”, que son las normas imperativas de derecho internacional.

---

<sup>6</sup> Seara Vázquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*. 16a. Ed., Porrúa, México, 1997. p. 25

<sup>7</sup> Ortiz Ahlf, Loretta. *Derecho Internacional Público*. 2ª. Ed., Oxford University Press. México. p. 335



Al respecto, Don Antonio Gómez Robledo cita al representante de México en la Conferencia de Viena, Eduardo Suárez, quien dice que los tratados "son aquellos principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considerados como absolutamente indispensables para la coexistencia y la solidaridad de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico"<sup>8</sup>.

De lo que no queda duda alguna, es que todo lo relativo a los derechos humanos, por unanimidad, se ha considerado como normas imperativas de derecho internacional, sin que nadie pueda dudar siquiera que la presunción de inocencia sea un derecho humano indiscutible.

Existen diversos instrumentos internacionales que son ley vigente en nuestro país; algunos, por haber sido celebrados por el Presidente de la República (artículo 89 fr. X Constitucional) y tener la aprobación del Senado (art. 76 fr. I Constitucional). Otros, porque al ser considerados de acuerdo con el principio de "ius cogens" se convierten en normas imperativas de derecho internacional.

Al haberse establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobado por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 29 de diciembre de 1972, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de marzo de 1973, México se compromete a aceptar que "los principios del libre consentimiento y de la buena fe así como la norma "pacta sunt servanda" están universalmente reconocidos. Así mismo, el artículo 26 de la Convención define el "pacta sunt servanda" como el principio en el que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe

---

<sup>8</sup> Gómez Robledo, Antonio. *"El ius cogens internacional. Estudio Histórico-crítico"*. UNAM. México. 1982, pp.71-90

ser cumplido por ellos de buena fe. Por lo tanto, México está obligado a cumplir las disposiciones a las que se ha comprometido en los diversos tratados internacionales suscritos y ratificados.

Con relación a los Tratados Internacionales que nos ocupan en materia de derechos humanos (respecto del principio de presunción de inocencia), en nuestro país no se aplicó de inmediato la Ley sobre la Celebración de Tratados, misma que de acuerdo con su primer artículo transitorio, entró en vigor el 3 de enero de 1992.

Toda vez que como ya señalamos, los Tratados Internacionales de que México es parte son normas de observancia general y obligatoria para todo el Estado Mexicano, siendo éstas superiores jerárquicamente a las Leyes Federales y Locales, procederé al señalamiento de las normas contenidas en ordenamientos internacionales al respecto del principio de presunción de inocencia, como base de un estudio comparado entre estas normas y las disposiciones contenidas en Leyes Federales y Locales, evidenciando así su inconstitucionalidad o su apego a lo establecido en la Norma Suprema.

Por la naturaleza de los pactos que señalaré a continuación, se hace indispensable recordar, como ya dijimos, que México forma parte de la Organización de las Naciones Unidas a partir del 7 de noviembre de 1945 y es parte de la Convención de Viena sobre los Tratados, el cual fue aprobado por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el día veintinueve del mes de diciembre del año de mil novecientos setenta y dos, según Decreto publicado en el "Diario Oficial" de la Federación del día veintiocho del mes de marzo de mil novecientos setenta y tres, que advierte que "los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma pacta sunt servanda están universalmente reconocidos" . Para tal efecto, el artículo 26 de la Convención define el Pacta Sunt Servanda como el principio en el

que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". Por lo tanto, México está obligado a cumplir las disposiciones a las que se ha comprometido en los diversos tratados internacionales suscritos y ratificados.

## **2.2 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

Al no haberse cumplido con el procedimiento para celebrar tratados, se dice que éste es "un documento enunciativo de principios éticos fundamentales de carácter universal que si bien no impone obligaciones jurídicas, son un imperativo moral para los Estados miembros de la ONU"<sup>9</sup>

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948. La resolución es la 217 A III, por lo que México, al ser miembro de la Asamblea General de la ONU, también es parte de dicho acuerdo, por lo que esta Declaración es de observancia obligatoria en los Estados Unidos Mexicanos.

También debemos recordar lo dicho al respecto de las normas internacionales conocidas como "ius cogens", ya que "la costumbre jurídica internacional ha elevado dicho instrumento a la categoría de referente fundamental para la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas que sí tiene una naturaleza jurídicamente obligatoria en materia de Derechos Humanos"<sup>10</sup>

La Declaración contempla en su Artículo 11, inciso 1, el principio de presunción de inocencia, a saber:

---

<sup>9</sup> *Compilación de Documentos Internacionales en materia penitenciaria*. CNDH. 1996, p. 121

<sup>10</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos (versión comentada)*, Epressa, México. 1998, p.5

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”<sup>11</sup>

Este principio obliga al Estado a darle a todo individuo acusado de haber cometido un delito, tratamiento de inocente hasta que quede comprobado y avalado por sentencia definitiva, que la persona es culpable. Por otro lado refiere, en su artículo 30, lo siguiente: “nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertados proclamados en la presente Declaración”. De lo que se deduce que el Estado no debe presumir la culpabilidad de los individuos y solamente puede sancionarlos cuando se haya demostrado, plenamente, su culpabilidad.

Siendo el principio de presunción de inocencia un derecho fundamental reconocido en este caso, por un Tratado Internacional de aplicación obligatoria por el Estado mexicano, es prudente señalar lo siguiente:

El artículo 8 de dicha Declaración establece:

“toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

El artículo 10 de la Declaración expresa que:

---

<sup>11</sup> Sitio oficial de la Organización de las Naciones Unidas:  
<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>; Artículo 11, inciso 1.

“toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial...”

Lo anterior adquiere relevancia en tanto la presunción de inocencia o la presunción de culpabilidad impactan de manera directamente proporcional en el tratamiento y concepción de “imparcialidad” señalada y exigida al tribunal, a través del cual se ejerce el imperio del Estado.

En el artículo 12 de la Declaración se señala que:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

Esto es de suma importancia en el análisis que se realizará posteriormente, de los efectos inherentes a las figuras jurídicas que ha establecido el Estado mexicano, como medidas precautorias y cautelares. Así como la determinación del mecanismo jurisdiccional con el que cuenta el gobernado para establecer efectivamente un freno a dichas injerencias o ataques.

El Artículo 28 de la Declaración, establece que:

“toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.”

En el Artículo 29, inciso 2 de la Declaración, tenemos que:

“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.”

En el artículo 30 de la Declaración, se acuerda que:

“Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.”

### **2.3 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 el 16 de Diciembre de 1966, por lo que se trata de un instrumento de carácter internacional universal. México le otorgó el carácter de Tratado Internacional y fue aprobado por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980. La ratificación se llevó a cabo el 24 de marzo de 1981 y el 20 de mayo del mismo año fue publicado en el Diario Oficial de la Federación<sup>12</sup>. Por lo anterior, nos encontramos ante la presencia de una norma imperativa de derecho internacional, la cual debe ser observada y respetada por México, conforme al artículo 133 Constitucional.

---

<sup>12</sup> Tapia Hernández, Silverio. Compilador. *Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por México*. CNDH. Méx. 1999, p. 297.

## Artículo 2.- Observación general sobre su aplicación.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga

tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

#### Artículo 3.-

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

#### Artículo 5.-

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

#### Artículo 9.-

Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

De igual forma establece en su artículo 14:



TODA PERSONA ACUSADA DE UN DELITO TIENE DERECHO A QUE SE PRESUMA SU INOCENCIA MIENTRAS NO SE PRUEBRE SU CULPABILIDAD CONFORME A LA LEY.

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas.

Como es posible observar, las disposiciones relativas a la presunción de inocencia en los dos instrumentos internacionales anteriormente citados, son muy similares en cuanto a su redacción y contenido.

#### **2.4. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobada por la Asamblea General de la OEA el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica. Esta Convención entró en vigor en 1978 y México se adhirió a ella posteriormente. Se trata del primer instrumento en materia de derechos humanos al que México le otorga el carácter de Tratado Internacional, por lo que tuvo que seguir un proceso de aprobación del Senado de la República que se dio el 18 de diciembre de 1980, ratificado por México el 24 de marzo de 1981. La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue publicada el 7 de mayo de 1981 en el Diario Oficial de la Federación.

Además, es importante recordar que México aceptó la competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 9 de diciembre de 1998, por lo que las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pueden ser exigidas conforme al procedimiento establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>13</sup>

En su artículo primero, establece la obligación de respetar los derechos de la siguiente manera:<sup>14</sup>

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

Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

En su artículo segundo, establece el deber de adoptar disposiciones de derecho Interno de la siguiente manera:<sup>15</sup>

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus

---

<sup>13</sup> Tapia Hernández Silverio, Op. Cit. p.298

<sup>14</sup> Sitio en Internet de la Oficina de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos:  
[http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv\\_ame\\_ricana\\_derechos\\_humanos.html](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_ame_ricana_derechos_humanos.html)

<sup>15</sup> Ibidem. Artículo 2.

procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En su artículo octavo, establece:

“TODA PERSONA INculpada DE UN DELITO TIENE DERECHO A QUE SE PRESUMA SU INOCENCIA MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA LEGALMENTE SU CULPABILIDAD”

Es importante dejar establecido que se trata de un derecho humano imperativo, ya que solamente puede cancelarse, como señala el artículo 27 de la misma Convención, “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte.

## **2.5 DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.**

En la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948, se proclamó el respeto a los derechos humanos y en la misma conferencia se emitió la Resolución XXX en la cual se aprobó este principio. Se trata de un documento emanado de la OEA, de la cual México forma parte.

No se trata propiamente de un tratado internacional. Es un instrumento similar a la Declaración Universal de Derechos Humanos, con las mismas características y alcances, aunque su diferencia reside en que tiene un ámbito de aplicación regional.

En su artículo XXVI, párrafo primero, se encuentra regulado el principio de presunción de inocencia, cuando señala: “SE PRESUME

QUE TODO ACUSADO ES INOCENTE, HASTA QUE SE PRUEBE QUE ES CULPABLE.

De esta manera y como hemos podido observar, México ha venido suscribiendo tratados internacionales desde hace ya muchos años, comprometiéndose en todos ellos a respetar irrestrictamente el principio de presunción de inocencia, que como todos aquellos que deben regular los principios elementales de un estado democrático de derecho, debió desde un principio haber sido incluido como una garantía individual en el capítulo correspondiente de nuestra Carta Magna.

Debemos recordar que de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución General, según ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis **TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.**

Si analizamos lo anterior, podemos constatar que el principio de "Presunción de Inocencia" es parte del derecho vigente en nuestro país, con base en la jurisprudencia que acabamos de citar y con base, además, en los tratados internacionales suscritos por México. Se ha convertido en un derecho fundamental que debe ser debida y eficientemente tutelado por el Poder Judicial e inclusive el Congreso de la Unión, que debe elaborar normas que no violen este principio como desafortunadamente ya tenemos, al crear tipos penales que incluyen un reconocimiento de culpabilidad e invierten la carga de la prueba al inculpado, como sucede en los delitos de enriquecimiento ilícito, recursos de procedencia ilícita, delitos fiscales y otros.

Debemos reiterar también, en consecuencia, que por dicha jerarquía la presunción de inocencia es de aplicación obligatoria y vincula a todos los órganos del Estado. Esta presunción no es simplemente un principio general de derecho, sino un derecho fundamental.

Además de los anteriores Tratados que obligan a México, es importante recordar otros Instrumentos Internacionales sobre Presunción de Inocencia:

a). **“Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”**, del 4 de noviembre de 1958, que dispone en su artículo 6.2:

Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

b) **“Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión”**., adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, elaborada por la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en cuyo principio 36 se estableció lo siguiente:

1. Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se le tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.

c) **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”)**. Éstas fueron adoptadas por la Asamblea General en la resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, elaborada por la

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en cuya regla 7 se establece lo siguiente:

7. Derechos de los Menores.

7.1 En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia....

d) **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**, que en su artículo 66 menciona:

66. Presunción de Inocencia.

Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte, de conformidad con el derecho aplicable.

Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

e) **Manual de Amnistía Internacional**.

Amnistía Internacional ha elaborado un manual denominado "Juicios Justos" en el que se menciona que: "Cuando una persona acusada de haber cometido un delito es sometida a juicio, se enfrenta a la maquinaria del Estado. El trato que se dispensa a una persona cuando se la acusa de un delito demuestra efectivamente hasta qué punto un Estado respeta los derechos humanos individuales.

Todo proceso penal pone a prueba el compromiso del Estado de respetar los derechos humanos...

El derecho a un juicio justo es un derecho humano fundamental. Es uno de los principios universalmente aplicables reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento adoptado hace 50 años por las naciones del mundo y que sigue siendo aún la clave del sistema internacional de derechos humanos desde que se aprobó en 1948, el derecho a un juicio justo

reconocido por la Declaración Universal, ha pasado a ser un principio legalmente vinculante para todos los Estados como parte del derecho internacional consuetudinario.

El derecho a un juicio justo se ha reafirmado y desarrollado desde 1948 en tratados legalmente vinculantes, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Asimismo, se ha reconocido y especificado en numerosos tratados internacionales y regionales y en otros instrumentos que no tienen la consideración de tratados, adoptados todos por la ONU y por organismos intergubernamentales regionales. Estas normas de derechos humanos se elaboraron de forma que fueran aplicables en todos los sistemas legales del mundo, teniendo en cuenta la rica diversidad de procedimientos jurídicos existentes, y establecen las garantías mínimas que todos los sistemas deben proporcionar.

Estas normas internacionales de derechos humanos sobre la celebración de juicios justos constituyen el acuerdo colectivo de la comunidad de naciones sobre los criterios para evaluar el modo en que los Estados tratan a las personas acusadas de haber cometido un delito. En virtud de la "presunción de inocencia", las reglas procesales de procedimiento y prueba deben garantizar que la "carga de la prueba" recaer en la "acusación" a lo largo de todo el proceso. En algunos países, la ley exige que el acusado (en vez de la acusación) explique elementos de ciertos delitos. Estos requisitos, cuando se incorporan a la legislación, se conocen como presunción legal (o presunción *iuris tantum*), figura que se ha cuestionado con el argumento de que traspasa indebidamente la carga de la prueba de la acusación al acusado, violando de este modo la "presunción de inocencia".

Con base en los Principios, Pactos y Declaraciones que han sido plasmados, habremos de verificar si en nuestro país se cumple efectivamente con el principio de presunción de inocencia.



## CAPÍTULO III. MARCO JURÍDICO

### 3.1. Principios Generales de Derecho.

La doctrina y la Constitución han considerado reiteradamente a la Ley como la fuente directa, inmediata y principal del Derecho Penal. Sin embargo y sin el ánimo de refutar esta postura, he incluido los Principios Generales de Derecho como parte del Marco Jurídico del presente trabajo de investigación, ya que como los define el Maestro Preciado Hernández,<sup>1</sup> “los Principios Generales del Derecho son las concepciones más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual.” Es decir, son axiomas que concentran de manera simple y clara las finalidades y objetivos de todo sistema jurídico que tienda a la realización de su sentido de justicia, independientemente de los formalismos a los que pueda estar sujeta la concepción de justicia en un tiempo, espacio y sociedad determinadas.

Para ciertos tratadistas, nos dice el Maestro García Máynez,

“Principios generales son los del derecho romano; algunos afirman que se trata de los universalmente admitidos por la ciencia, y otros, por último, los identifican con los del derecho justo o natural. En una admirable monografía, Del Vecchio ha demostrado que esta postrera opinión es la única correcta. Cuando se afirma que los principios generales son los del derecho natural, quiere decirse que, a falta de disposición formalmente válida, debe el juzgador formular un principio dotado de validez intrínseca, a fin de resolver la cuestión concreta sometida a su conocimiento. Queda excluida, por tanto, la posibilidad legal de que falle de acuerdo con sus opiniones personales.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Citado por Azúa Reyes, Sergio. Op. Cit. p.85

<sup>2</sup> García Maynez, Eduardo, Op. Cit. pág. 371.

Ciertamente, en casi la totalidad de los códigos modernos se dispone la aplicación de los principios generales de derecho cuando no sea posible resolver una situación jurídica de acuerdo con la analogía. Esta situación no es aplicable en materia penal en nuestro país, al establecerse claramente en el artículo 14 Constitucional: "...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." Sin embargo, al respecto consideramos de gran importancia citar de nueva cuenta al Maestro García Maynez, cuando se refiere a

"La Ley Penal y su Interpretación: El párrafo tercero del artículo 14 no es, propiamente hablando, regla de interpretación, sino norma que prohíbe la aplicación analógica de penas, relativamente a hechos no considerados como delictuosos. El principio formulado en ese párrafo es el postulado más importante del derecho penal. Suele expresarse diciendo que no hay delito sin ley, ni pena sin ley (nullum crimen, nulla poena sine lege). Es decir, no hay más hechos delictuosos que aquellos que las leyes penales definen y castigan. Ni más penas que las que las mismas leyes establecen." "Nadie podrá ser castigado sino por los hechos que la ley haya definido como delictuosos, no con otras penas que las establecidas legalmente. . .La misma idea se puede expresar diciendo que la ley es la única fuente del derecho penal, o que la ley penal carece de lagunas. De aquí que se prohíba la aplicación de penas por simple analogía, y aún por mayoría de razón. . . La ley penal debe aplicarse exactamente; pero ello no quiere decir, por supuesto, que no sea posible interpretarla. La ley es siempre una forma de expresión del derecho, lo cual demuestra que, en todo caso, exige ser interpretada. Lo que el artículo 14 prohíbe no es la interpretación, sino la integración de la ley penal, ya que ésta, por definición, carece de lagunas. . ." <sup>3</sup>

A fin de evitar que la aplicación de la misma resulte tarea puramente mecánica, casi todos los códigos modernos aceptan la institución del arbitrio judicial, que permite al juez moverse dentro

---

<sup>3</sup> Ibidem. p. 380

de cierto margen de libertad y tomar en cuenta las circunstancias especiales de cada hecho delictuoso. . . Además de la prohibición del argumento analógico, suele considerarse que la aplicación de las leyes penales se encuentra sujeta a otros dos principios, a saber:

1°. En caso de obscuridad de la ley, es decir, cuando haya duda acerca de su sentido, debe interpretarse en la forma más favorable al acusado;

2°. La interpretación extensiva sólo es lícita a favor del reo.

Recordemos que desde las concepciones romanas, la justicia implica dar a cada quien lo que le corresponde, de acuerdo con las leyes de la ciudad; aquí se encierran, principalmente, los ideales de un Estado Democrático de Derecho.

El Estado mediante el "ius punendi", legitima el grado máximo del uso del poder de la autoridad, la fuerza pública, la privación y restricción de derechos subjetivos, sin perder de vista su sola finalidad de justicia. La pretensión es tener un Estado Justo y será así en la medida en que se reconozcan las libertades humanas y se pongan límites al poder sancionador. Por lo tanto, los principios de legalidad, tipicidad, de presunción de inocencia y tantos otros, son límites que el mismo Estado se fija al usar su poder y por su propia naturaleza, éstos deben estar reconocidos expresamente en la Constitución Política.

Algunos de los principios que debe observar el Estado para implementar una adecuada y eficaz política criminal, son los siguientes:

**a) Principio de legalidad.** Conforme a este principio plasmado en el artículo 14 constitucional, el Estado en ningún caso podrá imponer pena o medida de seguridad, si no es por la realización de una conducta que previamente ha sido descrita en la ley como delito y cuya sanción esté igualmente establecida en la propia ley.

**b) Principio de tipicidad.** Éste deriva del principio de legalidad y se encuentra en la existencia previa de los tipos penales, teniendo la función de describir la materia de la regulación de las normas penales. Esto es, se describe la conducta que la norma penal prohíbe u ordena y que constituye un requisito necesario para poder hablar de delito y de pena.

**c) Principio de intervención mínima del derecho penal.** Consiste en que el derecho penal sólo debe ser utilizado como recurso de última ratio, cuando otros medios resultan ineficaces, lo cual implica la necesidad de agotar previamente recursos no penales cuyas consecuencias sean menos drásticas, pero que pueden resultar más eficaces que las penales para la protección de bienes jurídicos.

**d) Principio del bien jurídico.** Parte del criterio de que los tipos penales sólo se justifican en la medida en que con ellos se trata de proteger un determinado bien jurídico. Por ello, la consideración del bien jurídico constituye la razón de ser de los tipos penales y de todo el derecho penal.

**e) Principio de acto.** En éste se precisa que las normas penales únicamente pueden prohibir u ordenar conductas humanas (acciones u omisiones), por lo que al sujeto sólo se le podrá imponer una pena o medida de seguridad por lo que él hace y no por lo que es.

**f) Principio de culpabilidad.** De acuerdo con este principio, a nadie se le impondrá pena si no se demuestra previamente su culpabilidad; la medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto. Estrechamente vinculado con este principio se encuentra también el principio de presunción de inocencia, que atribuye al órgano persecutor del Estado la carga de probar la culpabilidad del sujeto autor de la conducta antijurídica, y que mientras dicho órgano no demuestre su culpabilidad se le tendrá por inocente.

**g) Principio de presunción de inocencia.** Consagrado en los Tratados Internacionales, es un derecho sustantivo fundamental porque deriva de la necesidad de considerar a toda persona como inocente hasta en tanto no se demuestre su culpabilidad, como una afirmación de que el individuo nace libre.

En un artículo escrito con anterioridad a la Reforma Constitucional 2007-2008 el autor Jorge Nader Kuri manifiesta: "Aunque no está expresamente descrito en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sí está consagrado en los tratados internacionales que en la materia ha suscrito México, y recientemente se ha reconocido implícitamente en la Constitución Federal..."<sup>4</sup> Consideración la anterior del Maestro Jorge Nader Kuri en su artículo denominado "¿Dónde está el Principio de Presunción de Inocencia?, criterio que en nuestro concepto es discutible, como más adelante se analizará.

Como es claro, la *presunción de inocencia* forma parte de estos principios que debe atender el Estado Democrático de Derecho en la relación con los gobernantes y busca, fundamentalmente, que

---

<sup>4</sup> Nader Kuri, Jorge. Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales. Núm. 12. Segunda Época. Mexico, p. 301.

se garantice el acceso a la justicia; esto es, la implementación de un justo procedimiento de carácter penal, con la aplicación y observancia de todas las formalidades que esto implica.

Ahora bien, de acuerdo con el principio general de Derecho Romano que establece: *pacta sunt servanda*, es decir, que los pactos deben ser cumplidos, al haber México suscrito y ratificado diversos tratados sosteniendo la presunción de inocencia, como ya vimos en el capítulo anterior, resulta obvio que está obligado a cumplirlos.

En este mismo tenor, debemos recordar el *ius cogens*, derecho que necesariamente han de cumplir los Estados, estos es: un derecho necesario, pues sus normas tutelan intereses de carácter público o general (Derecho Internacional). Se trata de un derecho impositivo o taxativo que no puede ser excluido por la voluntad de los obligados a cumplirlo, por contraposición al Derecho Dispositivo o supletorio, el cual puede ser sustituido o excluido por la voluntad de los sujetos a los que se dirige. El Derecho impositivo o "*ius cogens*" se debe observar necesariamente.

Así, en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, se establece:

"es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General, teniendo tal carácter una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario; sólo puede ser modificada por norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter".

Podemos mencionar por supuesto, como normas de esta categoría, todas aquellas que se refieran a:

- Derechos fundamentales de la persona humana.
- Derechos de los pueblos a su autodeterminación.
- Normas relativas a la prohibición del uso irracional de la fuerza, entre otras.

Es precisamente uno de los fines de este trabajo verificar si en nuestro país se aplican en su integridad los principios generales de derecho y de no ser así, tratar de encontrar las razones para ello y en su caso estar en posibilidad de proponer su cumplimiento.

### **3.2 JERARQUÍA DE NORMAS EN EL DERECHO MEXICANO.**

Todo precepto de derecho pertenece a un sistema normativo. Tal pertenencia depende de la posibilidad de referir directa o indirectamente la norma en cuestión a otra u otras de superior jerarquía y en última instancia, a una norma suprema llamada constitución o ley fundamental. Todos los preceptos que se hallan mediata o inmediatamente subordinados a la Constitución Mexicana, por ejemplo, forman parte del sistema jurídico de nuestro país.

Los preceptos que pertenecen a un sistema jurídico pueden ser del mismo o de diverso rango. En la primera hipótesis hay entre ellos una relación de coordinación; en la segunda, un nexo de supra o subordinación.

De acuerdo con el Maestro García Maynez

“ El problema del orden jerárquico normativo fue planteado por vez primera en la Edad Media, siendo más tarde relegado al olvido. En los tiempos modernos, Bierling resucitó la vieja cuestión. El mencionado jurista analiza la

posibilidad de establecer una jerarquización de los preceptos del derecho, y considera ya, como partes constitutivas del orden jurídico, no solamente la totalidad de las normas en vigor sino la individualización de éstas en actos como los testamentos, las resoluciones administrativas, los contratos y las sentencias judiciales. El desenvolvimiento de las ideas de Bierling y la creación de una teoría jerárquica de las normas débense al profesor vienés Adolph Merkl. Hans Kelsen ha incorporado a su sistema la teoría de su colega, y el profesor Verdross, otro de los representantes de la misma escuela, ha llevado a cabo interesantes trabajos sobre el propio tema.”<sup>5</sup>

“Desde el punto de vista de la pertenencia o no pertenencia a un ordenamiento cualquiera, los preceptos del derecho divídense en nacionales y extranjeros. Pero puede ocurrir que dos o más Estados adopten (mediante un tratado) ciertas normas comunes, destinadas a la regulación de determinadas situaciones jurídicas. A esas normas se les da entonces la denominación de derecho uniforme”<sup>6</sup>.

Dentro de la doctrina jurídica existen diversos criterios en relación con la jerarquía de los Tratados Internacionales con respecto a las Leyes Federales. Todos cuentan con fundamentación sólida y pretenden dar una solución inequívoca. Sin embargo, la solidez en los argumentos tanto de unos como de otros nos deja en posibilidad de asumir una postura que más allá de estar equivocada, nos habla de la inclinación teórica del postulante con respecto al tema.

Los preceptos que pertenecen a un sistema jurídico pueden ser del mismo o diverso rango. Así, en el primer caso, nos encontramos ante una relación de coordinación y en el segundo, en un nexo de supra o subordinación.

---

<sup>5</sup> García Maynez, Eduardo. Op. Cit. p.83

<sup>6</sup> Ibidem. p. 79.



Como nos dice el Maestro García Maynez, "El orden jurídico es una larga jerarquía de preceptos, cada uno de los cuales desempeña un papel doble: en relación con los que le están subordinados, tiene carácter normativo; en relación con los supraordinados, es acto de aplicación."<sup>7</sup>

Cada sistema jurídico se compone de un orden jerárquico normativo con los siguientes grados:

1. Normas constitucionales.
2. Normas ordinarias.
3. Normas reglamentarias.
4. Normas individualizadas

Las leyes ordinarias representan un acto de aplicación de preceptos constitucionales. De manera análoga, las reglamentarias están condicionadas por las ordinarias, y las individualizadas por normas de índole general.

Para el presente trabajo de investigación, resulta trascendental esclarecer si los Tratados Internacionales se encuentran en relación de coordinación, de supraordenación o de subordinación con respecto a las Leyes Federales, ya que parte de la problemática presentada en el presente documento se refiere a las contradicciones que presentan diversas disposiciones normativas y figuras jurídicas nacionales, respecto de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Mexicano. En consecuencia, debemos constatar cuál de ellos deberá prevalecer ante dichas contradicciones.

---

<sup>7</sup> Ibidem. p. 85

A continuación se presentan las consideraciones de diversos autores a este respecto en cualquiera de las tres posibles soluciones, así como lo establecido por las leyes, en adición a las tesis emanadas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Para el Doctor García Máynez,

“la jerarquización de las normas es extraordinariamente difícil en el derecho mexicano debido a su composición Federal, haciendo necesaria la distinción entre las normas que se encuentran en el mismo o en diverso rango. Las primeras tienen una relación de coordinación y las segundas tienen una relación de supraordenación o subordinación según sea el caso”<sup>8</sup>.

A este respecto, el autor Villoro Toranzo nos explica que cada norma de grado jerárquico superior tiene, con respecto a las normas que le son inferiores, dos propiedades: a) la de regular su creación; y b) la de establecer preceptos que deben ser respetados por las normas inferiores so pena de invalidez.<sup>9</sup>

El artículo 133 constitucional constituye el precepto fundamental que establece el orden jerárquico de las normas en el derecho mexicano, a saber: “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.”<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Ibidem, p. 83-88.

<sup>9</sup> Cfr. VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa, México, 1999, p.302.

<sup>10</sup> Ibidem. p.309.

Del análisis de este precepto, García Máynez establece en el primer lugar de la jerarquía de normas a la Constitución y en segundo término a las Leyes Federales y a los Tratados internacionales en una relación de coordinación. Criterio que coincide con respecto a lo que plantea Villoro Toranzo.

Aunque es de señalar que la Suprema Corte en fecha reciente ha determinado que los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes federales, tal y como se desprende del siguiente criterio:

**TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.**

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamenta y que aunque en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión" parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes Constitucionales" y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia

considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y local. Esta interpretación del artículo 133 Constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas, y por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133, el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados." No se pierda de vista que en anterior conformación este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P- C/92, publicada en la Gaceta correspondiente a diciembre de 1991, página

27, de rubro: LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA"; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Lo anterior habrá de servirnos para verificar más adelante si el principio de "presunción de inocencia", ahora "incluído" en nuestra Constitución, está plasmado en la misma respetando íntegramente los Tratados firmados por nuestro país al respecto.

No podemos pasar por alto, sin embargo, que al haberse elevado a rango Constitucional la figura del arraigo, ésta viola indiscutiblemente el principio de presunción de inocencia y establece consecuentemente dos normas contradictorias entre sí.

### **3.3 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

Se define al Estado, de acuerdo con el Maestro García Máynez como:

"la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio. El Estado es, por consiguiente, una forma de organización, y la misma es de índole jurídica, y cita a Ehrlich quien nos dice que por organización se entiende, la regla de la asociación que asigna a cada miembro de ésta su posición dentro de la misma (ya de dominación, ya de sujeción), y las funciones que le corresponden." <sup>11</sup>,

Ya Thomas Hobbes, en su "Leviatan", nos dice qué es ley fundamental:

"Se estima como ley fundamental, en un Estado, aquella en virtud de la cual, cuando la ley se suprime, el Estado decae

---

<sup>11</sup> Ibidem. p. 107

y queda totalmente arruinado, como una construcción cuyos cimientos se destruyen. Por consiguiente, ley fundamental es aquella por la cual los súbditos están obligados a mantener cualquier poder que se dé al soberano, sea monarca o asamblea soberana, sin el cual el Estado no puede subsistir; tal es el poder de hacer la paz y la guerra, de instituir jueces, de elegir funcionarios y de realizar todo aquello que se considere necesario para el bien público.”<sup>12</sup>

Así, puede concluirse que a la Constitución la integran las normas relativas a la organización fundamental del Estado.

El Maestro Felipe Tena Ramírez nos dice:

“La doctrina individual y específica de determinado régimen de Estado, es el Derecho Constitucional” “.....Acierta Posada cuando dice que para definir el Derecho Constitucional, es preciso referirse no tanto a la idea como al proceso histórico del Estado.....” “.....Al decir de Duguit, la época moderna ha llegado a la noción precisa del Estado de derecho y ha comprendido que el fin esencial que debe perseguirse es limitar al Estado por el derecho, determinando rigurosa y minuciosamente sus facultades y obligaciones.”<sup>13</sup>

Y agrega el Maestro:

“Ese producto histórico de fines del XVIII, llamado derecho constitucional, que alcanzó su plena sazón en el XIX y cuyo destino parece estar en entredicho en esta segunda mitad del XX, no puede concebirse sino en cuanto aspiración concreta de cada pueblo a ejercitar su soberanía, conforme a principios que tienen un mínimo de generalidad, como son la democracia, la representación, la división de poderes, los derechos fundamentales de la persona. Con expresión tan concisa como atinada, se ha dicho que “el derecho constitucional es la técnica de la libertad”. No podemos inventar un derecho constitucional contrario a la libertad, frustráneo del fenómeno histórico que mereció aquella denominación específica. Cuantas veces se encubren con tal denominación regímenes de dictadura se hace un mal uso de la expresión y, lo que es peor, se comete un fraude en los conceptos. No siempre el derecho del Estado es constitucional; a riesgo de aparentar un juego de palabras,

---

<sup>12</sup> Hobbes, Thomas. Op. Cit. pp. 236 - 237.

<sup>13</sup> Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. Porrúa, México 1977, pp. 87-88.

podemos decir que el derecho constitucional es el derecho del Estado, cuando el Estado es de derecho." <sup>14</sup>

Tendremos que dilucidar, entonces, si nuestro Estado es un verdadero Estado de Derecho y verificar, evidentemente, si nuestra Constitución responde a las necesidades de un Estado en el que se respetan irrestrictamente las garantías individuales de los individuos que lo integran.

La Constitución es, de acuerdo con el Maestro Ignacio Burgoa:

"el ordenamiento fundamental y supremo en que se proclaman los fines primordiales del Estado y se establecen las normas básicas a las que debe ajustarse su poder público de imperio para realizarlos"... Y agrega: "todo ordenamiento constitucional tiene, a grosso modo, dos objetivos primordiales: organizar políticamente al Estado mediante el establecimiento de su forma y de su régimen de gobierno, y señalarle sus metas en los diferentes aspectos vitales de su elemento humano, que es el pueblo o nación." <sup>15</sup>,

Uno de los incuestionables logros de nuestra revolución de 1910, fue la Constitución promulgada el 5 de febrero de 1917, que a través de los años ha sufrido múltiples reformas, hasta esta última a la que habremos de referirnos en el siguiente inciso de este trabajo.

Al respecto considero importante recordar una parte del discurso del C. Primer Jefe don Venustiano Carranza, que leyó el 1º. De diciembre de 1916 ante la Asamblea Constituyente y que se refiere precisamente a la materia penal:

"El artículo 20 de la Constitución de 1857 señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas se han seguido prácticas verdaderamente

---

<sup>14</sup> Ibidem. págs.. 88, 89.

<sup>15</sup> Burgoa, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. Novena edición. Porrúa, México, pp.281 y282-

inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aun de los mismos agentes o escribientes suyos. . . Conocidas son de ustedes, señores diputados, y de todo el pueblo mexicano, las incomunicaciones rigurosas, prolongadas en muchas ocasiones por meses enteros, unas veces para castigar a presuntos reos políticos, otras para amedrentar a los infelices sujetos a la acción de los tribunales del crimen y obligarlos a hacer confesiones forzadas, casi siempre falsas, que sólo obedecían al deseo de librarse de la estancia en calabozos inmundos, en que estaban seriamente amenazadas su salud y su vida. . . El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que dejó implantado la dominación española, sin que se haya llegado a templar en lo más mínimo su dureza pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente atrasada, sin que nadie se haya preocupado en mejorarla. Diligencias secretas y procedimientos ocultos de que el reo no debía tener conocimiento, como si no se tratase en ellos de su libertad o de su vida; . . . A remediar todos esos males tienden las reformas del citado artículo 20”<sup>16</sup>

De acuerdo con Don Félix F. Palavicini,

“Es evidente que la revolución de 1910 fincó sus aspiraciones ostensibles en propósitos únicamente políticos. Don Francisco I. Madero, en su libro “La Sucesión Presidencial”, y El Partido Antirreleccionista en su ‘Manifiesto a la Nación’, combatían, ante todo y sobre todo, el absolutismo, al carro completo, a la reelección indefinida, no solamente del Presidente de la República sino de los gobernadores de los Estados convertidos en veintisiete hombres necesarios. El servilismo de las Cámaras debido a la forma de su integración; la corrupción de la justicia a causa de que magistrados y jueces lo eran por simples nombramientos políticos. La miseria del pueblo, su postración económica en campos y ciudades, no parecía ser el objetivo de los políticos de la oposición de 1910. . . se entregó el poder al señor Madero para que continuase la administración pública, dentro de la Constitución de 1857, y conservándose todo el mecanismo administrativo y financiero. . . El Gobernador de Coahuila Don Venustiano Carranza reivindicó el orden constitucional, después de la

---

<sup>16</sup> Palavicini, Félix, F. Historia de la Constitución de 1917. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Comisión Especial de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. Lito Impresiones Macabsa: , México 1992, págs.. 11-13.



muerte de los señores Presidente y Vicepresidente de la República y al presentarse a la primera reunión llevada a cabo por los convencionistas en la Cámara de Diputados de la Ciudad de México, leyó un mensaje en el que formulaba un programa de reformas y hacía notar que el triunfo de la revolución no debía concretarse a un cambio de gobierno, sino que era preciso satisfacer las aspiraciones populares”<sup>17</sup>

Sin embargo, no es sino hasta el 5 de febrero de 1917, como todos sabemos, que se promulga la nueva Constitución de nuestra República, después de múltiples e interesantísimas discusiones del Congreso Constituyente, que habría de reformar en gran medida el proyecto constitucional del Presidente Carranza.

Al referirnos a nuestra Constitución de 1917, debemos recordar que ésta vino a erradicar la terrible política criminal impuesta dictatorialmente por Porfirio Díaz, así como las arbitrariedades de jueces penales y policías judiciales, quienes de manera despótica impusieron una política criminal saturada de injusticias, avaladas por el propio dictador.

Es por ello que consideramos importante transcribir otra parte del mensaje que Venustiano Carranza dirigió a los Diputados Constituyentes de Querétaro el 1 de diciembre de 1916, al referirse al Ministerio Público:

“Los jueces mexicanos han sido, durante el período corrido de la consumación de la independencia hasta ahora, iguales a los jueces de la época colonial; ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura. . . La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otras contra la tranquilidad y el

---

<sup>17</sup> Ibidem, pp. 15-17

honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. . . La misma organización del Ministerio Público a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda dignidad y toda respetabilidad de la Magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados y la aprehensión de los delincuentes. . . Por otra parte, el Ministerio Público con la Policía Judicial represiva a su disposición, quitará a los Presidentes Municipales y a la Policía común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más méritos que su criterio particular. . . Con la Institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada: porque según el artículo 16 nadie podrá ser detenido, sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla, sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige”<sup>18</sup>

No podemos dejar de observar, después de dar lectura al mensaje del Presidente Carranza, el cambio radical que se estaba dando en nuestro país y que naturalmente generó nuevas esperanzas en la sociedad, después de haber sufrido tantas arbitrariedades y crímenes bajo el porfiriato. Sin embargo, tampoco podemos pasar por alto el terrible desgaste que la Institución del Ministerio Público ha sufrido, al igual que nuestro Sistema Judicial, como puede observarse en los diferentes capítulos de este trabajo. De ahí la importancia de una verdadera y profunda revisión de nuestras instituciones, para lograr cambios en ellas que no obedezcan a sensacionalismos y mucho menos a imitaciones extra-lógicas.

---

<sup>18</sup> Díaz de León, Marco Antonio. *Historia del Derecho Penal y Procesal Mexicanos*. Tomo II, Porrúa, México, 2005. Pp. 777-778.

### **3.4 JURISPRUDENCIA.**

Ciertamente de 1917 a la fecha, como ya dijimos, nuestra Constitución ha sufrido múltiples reformas, pero aún después de que México suscribió los Tratados Internacionales que ya analizamos en relación con la presunción de inocencia, ésta no había quedado plasmada en nuestra Carta Magna. Sin embargo, en un afán de aseverar que nuestro país sí estaba cumpliendo con ese principio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, después de 85 años de promulgada nuestra Constitución, en la que se establecieron las "garantías constitucionales en materia penal" y ante el reclamo de Organismos de Derechos Humanos por la clara evidencia de que nuestro gobierno no estaba acatando sus compromisos internacionales al haber suscrito diversos tratados sobre el principio de presunción de inocencia sin haberlo plasmado en nuestra Carta Magna, emitió la tesis que a continuación se transcribe y se comenta, como un antecedente a la inclusión en la Reforma Penal 20007-2008 de este principio, mismo que como se verá más adelante y así lo afirmamos, podrá estar incluido, pero no comprendido y menos aún respetado.

**"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."<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Novena Época, Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, agosto de 2002. Tesis P. 35/2002; pag. 14, Amparo en Revisión 1293/20003.

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

Recordemos en primer término las garantías constitucionales invocadas en la tesis transcrita:

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

Art. 16 párrafo primero: "...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."

Art. 19 párrafo primero: "...Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado."

Art. 21 párrafo primero: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas.....”

Art. 102 apartado A, párrafo segundo: “Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.”

No podemos pasar por alto, en primer término, la omisión propositiva que realizó la Suprema Corte de aquellos mandatos Constitucionales que, si bien se encuentran también dentro del capítulo de “garantías individuales”, limitan seriamente el principio de presunción de inocencia y abren el camino a la prisión preventiva cada vez con mayor facilidad. ¿Porqué no se explica la existencia, cada vez más grave, de la limitación para obtener la “libertad provisional”, de acuerdo con la pena señalada para lo diversos delitos contenidos en los Códigos Sustantivos, denominados como “graves” hasta ahora, sin que la reforma, en nuestro concepto, vaya a significar un cambio sustancial ante los criterios establecidos,

incurriendo en el terrible error, como ya dijimos, de calificar a los delitos "per se" sin considerar realmente a la persona a quien después de un debido proceso y habiendo agotado los recursos a su alcance, se le va a considerar responsable de la comisión de un determinado hecho que la ley ha considerado como un delito? Porque no se hizo alusión en la tesis analizada, a lo determinado por los artículos 18 y 20 Constitucionales antes de la Reforma, para tratar de explicar o justificar, cuando menos, el grave contraste entre el verdadero principio de presunción de inocencia y lo establecido en estos mandatos?

Analizada la anterior Tesis Jurisprudencial, debo expresar que en concepto de la sustentante, ésta no contempla adecuadamente el principio de presunción de inocencia, y al respecto coincido plenamente con lo expresado por el Maestro Raúl F. Cárdenas Rioseco, quien nos dice:

" LA TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION ES INCOMPLETA, YA QUE NO CONSIDERÓ LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MEXICO Y LA VERTIENTE DEL TRATAMIENTO DEL IMPUTADO. En efecto, se considera que la tesis es INCOMPLETA, ya que no mencionó que dicho principio fundamental ya formaba parte del Derecho Positivo Mexicano, por haber suscrito nuestro país los Tratados Internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconocen expresamente a la PRESUNCION DE INOCENCIA y que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya había establecido jurisprudencialmente su jerarquía, en el sentido de que: "los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. . . La PRESUNCION DE INOCENCIA, es también algo más, que no menciona la Suprema Corte, por lo que también es incompleta. . . En efecto, este derecho comprende también lo relativo al TRATAMIENTO DEL IMPUTADO, pues la presunción de inocencia tiene diversos conceptos y significados, y que uno de ellos está relacionado precisamente con el TRATAMIENTO DEL IMPUTADO, y como la prisión preventiva es una

MEDIDA CAUTELAR que tiene como única función asegurar el normal desarrollo del proceso y, eventualmente, al concluir éste, la aplicación de una pena privativa de libertad, pero que en la práctica se le ha dotado de connotaciones sustantivas de penalización inmediata. . .la validez de la prisión preventiva es exclusivamente el PELIGRO DE FUGA, pero nuestros legisladores han extendido en FORMA DESORBITADA la prisión preventiva en nuestro país. . . . LA TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA ES CONFUSA, ya que confunde la presunción de inocencia, el debido proceso legal y el sistema acusatorio como institutos jurídicos similares o equivalentes. La Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que los principios del debido proceso legal y el acusatorio, se identifican o resguardan al principio de presunción de inocencia.. Esta postura es una desafortunada confusión. . . Por due process of law o debido proceso legal, debemos entender que es una garantía que, a grosso modo, cubre aspectos fundamentales respecto del proceso mismo, de la actividad de las partes y del tribunal, pero fundamentalmente a un proceso con todas las garantías, . . . Identificar la presunción de inocencia y el debido proceso legal, es confundir la parte con el todo, ya que a nuestro juicio, la presunción de inocencia es una garantía más, que si bien no reconoce la Constitución expresamente, sí es derecho vigente con la más alta jerarquía, en virtud de los tratados internacionales suscritos por México. Definitivamente no podemos estar de acuerdo, como lo sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que el derecho a la presunción de inocencia se encontraba IMPLICITO en la propia Constitución o que fuera equivalente con la garantía del "debido proceso legal". . . Tampoco puede considerarse implícito, el derecho a la presunción de inocencia, en el principio acusatorio como lo establece el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. . ." <sup>20</sup>

Es evidente, después del anterior análisis, que la Suprema corte de Justicia de la Nación estaba tratando con esta Tesis de subsanar, sin lograrlo, el incumplimiento del Estado Mexicano a sus compromisos internacionales.

---

<sup>20</sup> Cárdenas Rioseco, Raúl F., Op. Cit. Pp. 147-151



Debemos reconocer por otra parte que aún cuando nuestra Constitución no tomó el principio de presunción de inocencia de la Declaración Francesa, sí incorporó el debido proceso legal, como consta en el segundo párrafo del artículo 14, que no fue reformado: "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." Sin embargo, aún cuando se ordena en este precepto el cumplimiento de las "formalidades esenciales del procedimiento", la falta del reconocimiento expreso, claro e íntegro de la presunción de inocencia, ha generado cientos de terribles injusticias, mismas que ante la deficiencia en la inclusión en la Reforma del verdadero principio de presunción de inocencia en su integridad, al igual que las limitaciones para obtener la libertad provisional, la inclusión de la figura del arraigo y el tratamiento al delito de "delincuencia organizada", seguramente se seguirán cometiendo.

Al respecto, el Maestro Jesús Zamora Pierce, en su obra GARANTÍAS Y PROCESO PENAL hace la siguiente cita:

"¿Cómo clasifica México, en esta escala de civilización, de libertad y de democracia? La Organización de las Naciones Unidas nos informa que, en México, el 74.23% de las personas privadas de su libertad son presos sin condena. Tal porcentaje rebasa el promedio de América Latina, que es de 68.47%, y se aleja, con mucho, de países como Puerto Rico (24%), o Francia (la tercera parte, aproximadamente). La prisión preventiva, esa pena que imponemos para investigar si tenemos derecho a imponer una pena, empleada con la frecuencia con la que nos valemos de ella en México deja de ser una excepción para acercarse peligrosamente a ser la regla, nos aleja del procedimiento acusatorio para llevarnos al inquisitorio y viola abiertamente el principio de presunción de inocencia. Agrega además el Maestro, que es necesario señalar que el porcentaje anotado para México se refiere al año de 1980 y es anterior a la

reforma a la fracción I del artículo 20 Constitucional, la cual, al exigir que el juzgador para conceder la libertad caucional, tome en cuenta las modalidades del delito, ha aumentado, sin duda, el porcentaje de procesados sometidos a prisión preventiva." <sup>21</sup>,

Para concluir este apartado, nadie mejor que el gran Maestro LUIGI FERRAJOLI: "La ilegitimidad de la prisión preventiva y la libertad del imputado. Si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel inútil, debe aceptarse esta provocación de Manzini, demostrando que no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales." <sup>22</sup>

### **3.5 LA PRESUNCION DE INOCENCIA EN LA REFORMA PENAL CONSTITUCIONAL.**

Fue precisamente durante la elaboración de esta Tesis que se anunciaron, promovieron y finalmente publicaron, el 18 de junio de este año, las Reformas Constitucionales 2007-2008 que ahora nos ocupan, lo que necesariamente nos conduce a su análisis.

Para los efectos de este trabajo, consideramos importante incluir aquellos artículos Constitucionales reformados que inciden de una manera directa o indirecta en el principio de presunción de inocencia, para estar en posibilidad de compararlos con los anteriores, vigentes hasta el día 17 de junio y verificar si en su caso, éstos representan en verdad un cambio positivo para la procuración e impartición de justicia en nuestro país y principalmente si en efecto y como tanto se ha venido anunciando y promocionando, esta reforma

---

<sup>21</sup> Zamora Pierce, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*, Porrúa, México, 1998, pág. 429.

<sup>22</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. Cit p. 552.

implica un verdadero avance hacia un Estado Democrático de Derecho en el que finalmente se reconoce íntegramente el principio de presunción de inocencia en nuestro país.

En el decreto de la Reforma Constitucional que se menciona, se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, pero habremos de transcribir ahora solamente aquellas partes reformadas de los artículos citados, para estar en aptitud de compararlos con sus correlativos antes y después de la reforma.

Para iniciar este análisis y por ser precisamente el tema de este trabajo, consideramos de primordial importancia establecer en primer término lo establecido en el artículo 20 Constitucional reformado, en su apartado B. fracción I.

B. De los derechos de toda persona imputada:

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

Debemos señalar en primer término, que en nuestro concepto este ordenamiento no está respetando íntegramente el principio de "presunción de inocencia" al implicar que ésta se desvanece al emitirse "sentencia por el juez de la causa", lo que elimina la gran cantidad de resoluciones de segunda instancia e inclusive de Amparo, en las que se revoca la resolución de jueces y magistrados para declarar la inocencia del procesado, presunción que no debe desvanecerse sino hasta que exista resolución firme, debidamente ejecutoriada. Al respecto y para demostrar nuestra aseveración, en el Capítulo V de esta investigación se vierten resoluciones de personas declaradas penalmente responsables en primera instancia, cuyas sentencias fueron revocadas declarando su inocencia. Tampoco debemos pasar por alto que en los Tratados

suscritos por México se establece la obligación para los países firmantes, de indemnizar a aquella persona que injustamente estuvo en prisión siendo inocente, sin que este compromiso se mencione siquiera en la reforma. Pero además no puede concebirse, como veremos más adelante, que un principio universal como es el que analizamos, admita regímenes de excepción tratándose de delitos previamente determinados.

Consideramos que uno de los mayores retrocesos que en materia de derecho penal se han dado en esta Reforma, es precisamente lo establecido en el artículo 16 que establece: "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 con pena privativa de libertad y OBREN DATOS QUE ESTABLEZCAN QUE SE HA COMETIDO ESE HECHO Y QUE EXISTA LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN".

Recordemos que la anterior exigencia para librar una orden de aprehensión consistía en que debía tratarse de un hecho que la ley señalare 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"

Como puede observarse con toda claridad, en la reforma se ha eliminado el concepto de "cuerpo del delito" reduciéndose obviamente los requisitos para su integración, al igual que los datos necesarios para hacer probable la responsabilidad del indiciado, lo que indudablemente permitirá detenciones e incluso "Autos de Vinculación a Proceso" con mucha mayor facilidad.

Al respecto, el Doctor Sergio García Ramírez en su magnífica obra "La Reforma Penal Constitucional (2007-2008)" nos dice que:

"Los asuntos de mayor relevancia, que la RC (reforma constitucional) no resuelve acertadamente y que ponen en riesgo la orientación general del sistema penal, en lo concerniente a la libertad de las personas, son el objeto de la prueba y la intensidad de ésta. En otros términos, ¿qué hay que probar para que el Estado, a través del aparato penal, pueda afectar la libertad de un individuo y someterlo a proceso penal, o "vincularlo" a proceso, como reza la RC (sic), con expresión muy discutible? ¿Cuál debe ser la fuerza o eficacia de la prueba que soporte el ejercicio de la acción, y en su hora, el auto de vinculación y, posteriormente, la sentencia? Como hemos visto, en el dictamen de los diputados se patrocina una decadencia considerable de la exigencia probatoria y con esa decadencia se han desvanecido derechos de los ciudadanos. . . Una perspectiva menos garantista -o francamente autoritaria-, como la que campea en diversos extremos de la RC (sic), llega a otras conclusiones: facilitar la limitación de los derechos de los ciudadanos, sin someterla a prueba clara, amplia y suficiente sobre la existencia de un delito imputable, así sea en grado de probabilidad, a la persona cuya libertad se afecta. Sobra ponderar las consecuencias que en nuestro medio puede tener esa laxitud." <sup>23</sup>

Los párrafos séptimo y octavo del propio artículo 16 reformado, nos generan igualmente gran preocupación pues indudablemente son violatorios de garantías individuales y crean inclusive un doble sistema penal:

Art. 16 párrafo séptimo: "La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público

---

<sup>23</sup> García Ramírez, Sergio. "La Reforma Penal Constitucional 2007-2008", Porrúa, México, 2008, pp. 46-47.

acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder de ochenta días.”

Art. 16, párrafo octavo: “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.”

Después de leer el anterior párrafo, lo primero que debe establecerse es que en nuestro concepto denota una absoluta falta de técnica legislativa el incluir la descripción de un tipo penal en el ámbito constitucional y lo que es peor, en el Capítulo de Garantías Individuales. De cualquier forma, como la Constitución nos remite a “los términos de la ley de la materia” consideramos importante recurrir a ella para su completa definición, para verificar claramente la ausencia total del principio de presunción de inocencia en la “Ley Federal de Delincuencia Organizada”:

Artículo 1º “ La presente Ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.”

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 solo hecho”, como miembros de delincuencia organizada.”

En este mismo artículo, se mencionan los diversos ilícitos que deberán ser contemplados dentro de este rubro, a saber: Terrorismo, contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto, secuestro, tráfico de menores, robo de vehículos y todo aquello relacionado con la denominada "piratería".

Si bien no puede negarse la gravedad de los anteriores ilícitos, esto en nuestro concepto no exige de manera alguna una "ley de excepción" para su tratamiento, sino en todo caso, de mejores métodos de investigación y por supuesto de una rigurosa preparación y selección de aquellos servidores públicos que habrán de encargarse de su persecución.

Pero además, es necesario enfatizar que los párrafos ya transcritos e incluidos en la Constitución abren el camino, en nuestro concepto, a un "Doble Sistema Penal" en nuestro país, como atinadamente señala el emitente Maestro Sergio García Ramírez:

" En primer término, existe un sistema penal "ordinario" o "regular", en el que desembocan las mejores corrientes democráticas y garantistas, surgidas, sobre todo, en el último tercio del siglo XVIII y que prosperaron a lo largo de los siglos XIX y buena parte del XX. En segundo término, comienza a existir un sistema nominalmente "excepcional" o "extraordinario", con procedimientos "ajustados" y garantías "limitadas", supuestamente necesario para lidiar con formas complejas de criminalidad. Desde luego, el sistema extraordinario tiene constantes avances sobre el territorio del otro, y al cabo de algún tiempo pudiera convertirse en ordinario. Habría operado una ley semejante a la que se predica en economía: la moneda mala habría desplazado a la buena. En este caso, el desplazamiento significaría erosión de libertades, mengua de garantías y retraimiento de la democracia." <sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Ibidem. pp. 50-51

En efecto, de acuerdo con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se otorga carácter jurídico a la privación de la libertad por "sospecha"; a la denuncia anónima (retribuída en ocasiones con grandes sumas de dinero), a la intervención de las comunicaciones privadas, a la actuación de agentes oficiales infiltrados en la vida y los negocios de las personas; a la negociación del derecho con los delatores, los "arrepentidos" y los "testigos protegidos".

Toda la razón le asiste al Doctor Sergio García Ramírez en su obra ya citada, cuando afirma al referirse a las fuertes críticas que realizó en contra de la creación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada: "Lamento no haberme equivocado. Infecté la legislación y la práctica. Creó figuras inconstitucionales. Introdujo mecanismos de negociación entre el Estado y el delincuente, sometiendo la justicia penal al juego de la oferta y la demanda. Y lo peor: engendró una cultura penal que hoy lucha por sus fueros"<sup>25</sup>.

También en relación con el "crimen organizado" el gran Maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, nos dice:

"A diferencia del capital productivo, el globalizado no es manejado por empresarios, sino por administradores de conglomerados, que son tecnócratas que deben obtener la mayor renta en el menor tiempo, para evitar que sus inversores busquen otro tecnócrata más eficaz a quien confiar sus recursos. Es así como estos operadores van venciendo escrúpulos, hasta que su actividad entra con frecuencia en una zona donde se torna confusa con la delincuencia económica y algunas veces caen víctimas de sus choques contra otros competidores y provocan catástrofes financieras con sorprendentes desmoronamientos de imperios de cartulina. Debido principalmente a este fenómeno se ha impulsado una legislación inquisitoria, con elementos provenientes de la edad media (espías, delatores, procedimientos secretos, posiciones de garante absurdas, etc.) aplicable a un nebuloso conjunto de infracciones designadas como "crimen

---

<sup>25</sup> Ibidem. p. 51



organizado", que motivó un número increíble de instrumentos internacionales. Se trata de un pseudoconcepto inventado por el periodismo y los políticos de la primera mitad del siglo pasado, sobre el que nunca la criminología había logrado un acuerdo, pero que ahora ha sido adoptado legislativamente para abarcar hipótesis conflictivas heterogéneas que, como resulta obvio, no pueden neutralizarse con idénticas medidas, pues nadie puede sostener racionalmente que el secuestro extorsivo, el juego ilícito y el lavado de dinero puedan combatirse y prevenirse con iguales métodos. . . La verificación de que la mayor parte de estas actividades requieren el complemento de la corrupción pública, desató paralelas campañas de "cacería de brujas" que, no por azar, nunca dan con los responsables del vaciamiento de países enteros. . . Tanto el crimen organizado como la corrupción son funcionales para habilitar poder punitivo y la intromisión del estado en cualquier actividad económica desagradable al equipo de turno o que sea útil para eliminar o difamar competidores, sin los límites ni las garantías constitucionales para tales intervenciones." <sup>26</sup>

En la práctica, además, hemos podido constatar en nuestros años de experiencia en los ámbitos de procuración e impartición de justicia, la gran cantidad de errores e injusticias que se cometen en la persecución de los ilícitos mencionados. Así por ejemplo, en múltiples ocasiones los verdaderos delincuentes cuyo nombre y actividad obviamente no revelan, contratan los servicios de personas ignorantes y de muy escasos recursos, para servir como choferes o "macheteros" en la carga de ciertos artículos debidamente empacados, para ser entregados en determinado domicilio, en el que son detenidos al estar descargando "la mercancía". Naturalmente, son acusados del delito de "delincuencia organizada" y sometidos en consecuencia al arraigo y a la prisión sin esperanza alguna de una adecuada defensa.

---

<sup>26</sup> Zaffaroni, Raúl. *El Enemigo en el Derecho Penal*. Ediciones Coyoacán, México, 2007, pp.65-66

Tampoco debemos pasar por alto el párrafo 10º. del artículo 16 de la reforma planteada, que se refiere a las órdenes de cateo y que en el proyecto inicial de la misma eliminaba el requisito de que fuera solamente la autoridad judicial quien pudiera expedirlas, sin que este planteamiento fuera aprobado y finalmente quedara como en la actualidad, con la importante diferencia de que ya no exige el nuevo ordenamiento el que la orden "sea escrita", lo que indudablemente relajará y facilitará la práctica de esta institución, que si bien puede ser necesaria en ocasiones, debe ser llevada a cabo con el mayor cuidado y respeto a las garantías de las personas. Sin embargo, podemos aseverar que si no se suscitaron mayores discusiones para la aprobación del cateo tal y como quedó establecido, fue precisamente debido a la existencia de la tesis jurisprudencial 21/2007 intitulada "Intromisión de la autoridad en un domicilio sin orden judicial. Eficacia de las actuaciones realizadas y de las pruebas obtenidas, cuando es motivada por la comisión de un delito en flagrancia", misma que determina que en casos de delito flagrante y cuando la demora en el acceso a la vivienda ponga en riesgo o incremente el mismo, respecto de bienes jurídicos de mayor jerarquía, es procedente que aún sin consentimiento de los poseedores la policía ingrese al domicilio sin orden judicial, en razón de que se debe privilegiar el interés general de hacer cesar la comisión de los delitos de los que la autoridad tenga conocimiento, desde luego sancionándose severamente cualquier exceso, por las vías administrativa y penal." Independientemente de que resulta de lógica elemental que si en un recinto cualquiera se está cometiendo un delito que pone en riesgo la vida o salud de las personas que ahí se encuentren, cualquiera podría entrar al mismo para impedir que la conducta continúe, sin que nadie pueda reprochárselo. El verdadero problema que ante estos ordenamientos se presenta, es la enorme cantidad de abusos que se han cometido y seguirán cometiendo, ante

una simple aseveración policiaca de existencia de "flagrancia", figura que en múltiples ocasiones, además, es instrumentada previamente.

Transcribiremos ahora los tres primeros párrafos del artículo 19 Constitucional reformado, para verificar si se encuentra o no respetado en ellos el principio de presunción de inocencia:

"Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión."

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

"La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso."

En primer término, es de suma importancia recordar que desde 1917, en nuestra Constitución se establecía:

“Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito: ¿Cómo es posible, que después de más de noventa años, se haya retrocedido de tal forma? ¿Será acaso que se pretende regresar al Porfiriato?. Lo que sí es evidente, como ya se dijo, es que esta reducción en los requisitos para decretar un auto de “vinculación a proceso” propicia necesariamente una seria reducción de elementos probatorios que al no ser requeridos, con gran facilidad generarán serias injusticias.

En el segundo párrafo citado, se evidencia una vez más el incumplimiento del principio de presunción de inocencia, al establecer una serie de limitaciones a la libertad durante el proceso que se siga a una persona, y se deja además al Ministerio Público la facultad de solicitar al juez la prisión preventiva con justificación en múltiples causas de carácter subjetivo, casi nunca susceptibles de prueba en contrario por parte del indiciado, a quien de modo totalmente violatorio se le traspasa la carga de la prueba. Además, el hecho de que el juez de manera oficiosa pueda ordenar la prisión preventiva cuando al indiciado se le imputen determinados delitos, resulta también del todo contrario al principio que defendemos, pues en nuestro concepto y con base nuevamente en la experiencia, estamos en la posibilidad de aseverar que no puede ser otra causa, sino el haber llegado a la conclusión de un grado de peligro determinado en la persona que habrá de juzgarse, previo estudio del caso en particular y el análisis de la personalidad del sujeto, lo que podría impedir su libertad durante el proceso que se le habrá de seguir.

En el tercer párrafo transcrito, se otorga a la ley (seguramente procesal, lo que implicará que tanto a nivel federal, como en el Distrito Federal y en los Estados, de manera arbitraria se establezca la facultad de los jueces para revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso) la determinación de los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.

Regresemos de nueva cuenta al artículo 20 Constitucional reformado, en el que como se ha señalado, se establece el principio de presunción de inocencia con las serias limitaciones ya señaladas, entre ellas, una de las violaciones más graves a este principio, como es lo relativo a la eliminación de garantías de aquellas personas que son señaladas como presuntas responsables de delincuencia organizada, a las que, como ya se dijo, no se les permitirá la libertad provisional en ningún caso y además, aún cuando en la fracción III de este mismo ordenamiento se establece que "sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio", en el segundo párrafo de la fracción V se establece: "En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas." Como puede verse, estamos ante un verdadero derecho de excepción en perjuicio de individuos determinados y la generalidad de la ley, uno de sus máximos atributos, ha sido olvidada.

Debemos mencionar ahora que es precisamente en este artículo en el que se instaura, para ser llevado a cabo en un plazo máximo de ocho años en todas las entidades de la República, el "proceso acusatorio y oral, que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación" y establece sus generalidades, a reserva de que si en alguno de los Estados de la República este proceso ya se ha incorporado, de acuerdo con el

artículo 3º. transitorio de la propia reforma, serán plenamente válidas las actuaciones procesales que se hubieran practicado con fundamento en tales ordenamientos.

En relación con los juicios orales, éstos tendrán que ser materia de trabajo diverso, dados los alcances que esta reforma tiene y la gran cantidad de cuestionamientos y dudas que suscita. Al respecto considero de primordial importancia el comentario que al respecto hace el Doctor Sergio García Ramírez en su obra "La Reforma Penal Constitucional" 2007-2008 a la que nos hemos venido refiriendo:

"Hay quienes suponen que al cambiar las leyes cambia la vida; que los nuevos preceptos producirán de inmediato los efectos benéficos que cabría esperar, por el contrario, de modificaciones, transiciones, evoluciones o revoluciones de otro signo. Esta es la reforma "ilusionada", que promete milagros y cosecha frutos magros. En muchos casos, el reformador construye sus proyectos sobre una hipótesis no acreditada: lo que se tiene no sirve para lo que se quiere; por lo tanto, es preciso modificarlo a fondo y cuanto antes. Rara vez se razona la insuficiencia o impertinencia de las disposiciones existentes de cara a la realidad que se pretende enfrentar con ellas. Se carece de datos, consideraciones persuasivas, honrados argumentos que demuestren la falla de las leyes y no de los hombres o las instituciones, -que son, en definitiva, los hombres-convocados a aplicarlas. Débilmente se pregunta: ¿qué sucedería si aplicásemos con entereza y puntualidad las normas que tenemos, antes de abolirlas y sustituirlas? Pregunta que muchos legisladores no suelen plantear y mucho menos responder." <sup>27</sup>

En efecto, si escuchamos las principales críticas a nuestro actual sistema judicial, éstas versan en primer término en contra de las policías y los Agentes del Ministerio Público, quienes son acusados, no sin razón, de corrupción, negligencia e ignorancia. Por lo que hace a los jueces, se les tiene, en muchos casos, como a personas ajenas a los procesos que se siguen en los juzgados a su cargo, por no estar

---

<sup>27</sup> García Ramírez, Sergio. *La Reforma Penal Constitucional 2007-2008*. Op. Cit. Pág.4.

presentes en las audiencias y peor aún, no conocer siquiera a las personas que tienen sujetas a proceso y a las cuales van a sentenciar. Peor aún, se les acusa de recibir dádivas por “ajustar” sus resoluciones a la conveniencia de alguna de las partes, sin que de estas críticas pueda sustraerse a los propios Magistrados.

Coincidimos plenamente, además, con lo aseverado por el Maestro Julio Antonio Hernández Pliego<sup>28</sup> en el prólogo de su obra “El Proceso Penal Mexicano”: “Hasta hoy no hemos podido proscribir del proceso, cuestiones lacerantes como la corrupción, que aleja de la población los ideales de justicia, para convertirlos frecuentemente sólo en parte del discurso político, que sin sensibilidad, engañosamente, ofrece el juicio penal como bálsamo milagroso que sana todo padecimiento social, con lo que se permite que crezca la desconfianza en la policía, el Ministerio Público y los jueces, sin remover, en cambio, los verdaderos orígenes de la inseguridad ciudadana, que ofenden por igual los derechos de víctimas, inculpados, defensores y participantes en general en el escenario del drama procesal y transmiten con frecuencia sentimientos de desprotección y desamparo. . . La falta de respuesta inmediata a las dificultades sociales, es causante de frustración, porque en el mejor de los casos, el proceso garantista sólo es un paso para la solución de la problemática que implica la seguridad ciudadana, cuyo verdadero apoyo requiere no sólo de la integral transformación de la justicia penal –sustantiva, adjetiva y ejecutiva, sino del frontal combate a las verdaderas fuentes criminógenas, que deberá orientarse más que a la represión, a la prevención del delito, lo que implica una mayor cuota de inversión en programas y estrategias que con efectividad ataquen la pobreza, la insalubridad y la incultura”.

---

<sup>28</sup> Hernández Pliego, Julio Antonio. *El Proceso Penal Mexicano*. Porrúa, México, 2003, pág. XII.

En relación con el grave problema de la corrupción, reconocemos y admiramos aquellas honrosas excepciones que existen al respecto y que afortunadamente no son pocas. Sin embargo nos preguntamos: ¿Acaso no existen claros ordenamientos respecto a cómo debe llevarse a cabo el procedimiento penal? ¿Por qué no se sanciona con el rigor necesario a los servidores públicos que incumplen con su deber y traicionan la confianza de los ciudadanos?

Si no podemos responder adecuadamente a lo anterior, habremos de repetir, con el Doctor García Ramírez: ¿Por qué no aplicamos con entereza y puntualidad las normas que tenemos, antes de buscar otras soluciones?

Tendremos que esperar entonces, a que las reformas a los Códigos Adjetivos y Sustantivos que se avecinan, al igual que nuestra Constitución ya reformada, tengan la maravillosa virtud de cambiar a los hombres y a las Instituciones, para poder aceptar que éstas tuvieron alguna utilidad.

En relación con el artículo 21 Constitucional reformado, nos preocupa seriamente el que se haya establecido, en su segundo párrafo, lo siguiente: "El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público.", e inmediatamente después: "La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial". Al respecto consideramos de suma importancia preguntarnos: ¿No es acaso el Derecho Penal un Derecho Público, cuyo ejercicio corresponde al Estado? ¿No es del todo contradictorio, entonces, que se derive este ejercicio a particulares? Pero independientemente de lo anterior, de por sí grave, pensemos en lo siguiente: Quiénes serán aquellos "particulares" que acudan directamente ante los jueces?. Obviamente, aquellos que tengan la capacidad económica para cubrir



honorarios de los abogados que los representen y en su caso, además, el pago de peritajes de alto costo y otros gastos que necesariamente deberán llevarse a cabo. En consecuencia, debemos aceptar que ésta será una situación de privilegio para unos cuantos, dejando fuera del mismo a la gran mayoría de personas sin recursos que claman por justicia en este país.

Tampoco puede pasar desapercibido el hecho de que igualmente se incumple con el principio de presunción de inocencia, al limitar las prerrogativas de los ciudadanos sujetos a un proceso penal, sin haber recibido una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, al encontrarse establecido en el artículo 38 Constitucional, no reformado, lo siguiente: "Artículo 38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: . . . II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar de la fecha del auto de formal prisión."

Como puede verse, ni siquiera se puso en consideración que de acuerdo con la multicitada reforma, ya no habremos de referirnos a un auto de formal prisión sino a un auto de vinculación a proceso, de donde tenemos que concluir que muy probablemente los señores legisladores desconocen u olvidaron este artículo Constitucional que contraviene, como ya dijimos, el principio de presunción de inocencia.

Como ya vimos, en la reforma analizada existen una serie de limitaciones que se imponen a la libertad provisional en los artículos 18 y 19 Constitucionales, sin que pueda pasarse por alto además, que nuestro País al suscribir los Tratados Internacionales respectivos que ya quedaron plasmados en este trabajo, también se comprometió a indemnizar a aquella persona que habiendo sido privada de su libertad, sea declarada inocente al concluir el procedimiento, sin que

esto aparezca como ya se dijo, de manera alguna en la Reforma Constitucional.

Por último, y al considerar que el principio de presunción de inocencia debe permear a todo nuestro sistema jurídico, no podemos estar de acuerdo con lo establecido en la Reforma Constitucional, en el artículo 123 fracción XIII del Apartado B....

. .Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.....

Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o "cualquier otra forma de terminación del servicio" fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, "sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido."

Leído lo anterior debemos concluir que también en materia Laboral, Derecho Social por excelencia, se está violando el principio de presunción de inocencia y aún más, las garantías individuales de los ciudadanos, al dejarlos en total estado de indefensión y sin un futuro laboral que pueda garantizarles su manutención y la de su familia, a pesar de haber sido considerados inocentes por tribunales constitucionales.

Si bien la reforma contiene algunas normas positivas, como puede ser el establecimiento de mecanismos alternativos para solución de controversias, tendremos que esperar su aplicación regular para verificar su resultado. Por otra parte, aunque con serias dudas, debemos esperar las posibles bondades del juicio oral. De esta manera se debe concluir en acuerdo total, de nueva cuenta, con el Doctor Sergio García Ramírez, cuando dice con respecto a la Reforma que:

“Por otra parte, la misma reforma contiene novedades preocupantes, de signo autoritario, que conspiran contra el sistema penal de la sociedad democrática y ponen en predicamento derechos y garantías individuales. Estas novedades podrían imprimir un viraje pernicioso a los avances alcanzados con gran trabajo y ensombrecer el rumbo y el destino del orden penal mexicano. . . Al referirme a la reforma he utilizado un símil: parece un vaso con agua potable y transparente a la que se hubieran agregado unas gotas de veneno. Habrá que preponderar la naturaleza final de la bebida y la suerte de quienes la ingieran. Quiero decir: Habrá que ponderar con hechos, no con palabras.... Lo que se encuentra a prueba no es el discurso –o el modelo o el paradigma- de la justicia penal, sino la justicia misma aplicada a una sociedad específica que aguarda, desde hace tiempo, innovaciones redentoras. Se halla a la vista el peligro de “guantanamoizar” la justicia penal mexicana. Por eso es posible subtítular esta obra con la gran interrogante que despierta la reforma constitucional: ¿democracia o autoritarismo?”<sup>29</sup>

### **3.6 LEGISLACIÓN PENAL SUSTANTIVA (FEDERAL Y LOCAL)**

Consideramos de especial importancia señalar en primer término, con respecto a nuestras leyes penales sustantivas tanto federal como locales, el incremento exagerado de las penas de prisión establecidas en ellas, con el absurdo razonamiento de que, por una parte, se conviertan éstas en una seria amenaza para los posibles delincuentes y por la otra, para que la sociedad se sienta satisfecha y tranquila al

---

<sup>29</sup> García Ramírez, Sergio. *La Reforma Constitucional 2007-2008*. Op. Cit., pág. XI

pensar que aquellos sujetos que la han agredido estarán segregados por muchos años e inclusive por el resto de sus vidas, pues aún cuando todavía no se establece la “cadena perpetua” como tal, la pena máxima de 70 años de prisión es una cadena perpetua de hecho. Pero aún sin llegar a la pena máxima, nuestro país cuenta con las penas de prisión de mayor magnitud de entre los países que sustentan un Estado Democrático de Derecho como el nuestro pretende ser y aún cuando la Reforma Constitucional en su artículo 22 establece ahora: . . . Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado (acaso el bien jurídico afectado no está implícito en el propio tipo penal?) habrá que esperar las reformas a los Códigos Sustantivos para verificarlo. Lo que sí podemos aseverar, es que en la mayoría de los países europeos, las penas máximas no exceden de 30 años de prisión.

Por otra parte, se observa en nuestra legislación un total desequilibrio en el monto de las penas, pues al agregar a los delitos básicos, especialmente al de robo, varios años de prisión por las agravantes que pudieran concurrir con él, que por cierto son excesivas, nos arroja penas de prisión equivalentes a las de un Homicidio, que es de 8 a 20 años de prisión, lo que resulta del todo irracional. Sirva de ejemplo el caso siguiente: Por el robo de un vehículo con valor de \$43,000.00 o más, cometido “aprovechando una relación de trabajo, de servicio o de hospitalidad, la pena correspondiente va a fluctuar entre 8 y 21 años de prisión.

Recordamos también el caso real de un hombre de escasos recursos, dueño de un vehículo de modelo anterior a los años 90's que utilizaba para su trabajo cotidiano un automóvil al que se le desprendió y cayó la placa trasera. Pues bien, este hombre, con grado de instrucción al tercer año de primaria, sin pensarlo y ante los interminables trámites que sabía tendría que llevar a cabo para

obtener una nueva placa, fotocopió la placa delantera de su auto, la enmascó y la colocó, para poder salir a trabajar sin temor a que lo detuvieran y se viera en la necesidad de estar "dando mordidas". Este señor cometió el delito de "Elaboración o alteración y uso indebido de placas, engomados y documentos de identificación de vehículos automotores", al que corresponde una pena de 4 a 8 años de prisión, lo que hasta ahora en el Distrito Federal y en otros Estados resulta ser un "DELITO GRAVE", sin derecho a libertad provisional, y aún cuando con la Reforma Constitucional se hayan cambiado las reglas e inexplicablemente desaparecido la posibilidad de la libertad provisional, recordemos en primer término que la situación actual va a permanecer por un tiempo, además de que la libertad provisional establece también una serie de limitaciones para su concesión.

¿Y podremos afirmar acaso que va a cumplirse con el principio de presunción de inocencia, cuando el proceso penal se refiera a delitos como Enriquecimiento Ilícito, Operaciones con recursos de procedencia ilícita y Delitos Fiscales, entre otros, en donde la carga de la prueba se traspaasa al indiciado? Así, recordemos la Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece:

"Enriquecimiento Ilícito. La prueba circunstancial de ilicitud del incremento patrimonial que reconoce el artículo 224 del Código Federal al expresar que "Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiera acreditar el legítimo aumento de su patrimonio", reconoce la existencia de una presunción de ilicitud del enriquecimiento, sustentada en hechos que deben demostrarse plenamente, consistentes en que un servidor público incrementó sustancialmente su patrimonio, de manera desproporcionada a sus ingresos. Esta forma indirecta de probar uno de los elementos del delito no es atentatoria del principio de presunción de inocencia que le asiste al inculcado, por más que lo vincule a demostrar la legítima

procedencia de sus bienes para poder desvirtuar la prueba presuntiva que pesa en su contra, ya que es propio del proceso penal que al Ministerio Público le corresponde allegar pruebas incriminatorias y al procesado las de su defensa, entre ellas, las que tiendan a destruir o a desvanecer las aportadas por su contraparte.”

Del argumento expuesto, se desprende la existencia de una presunción de ilicitud, lo cual no puede llevar a otra conclusión que no sea la de reconocer que el artículo 224 del Código Penal Federal, establece una peligrosidad inconstitucional e ilegal inversión de la carga de la prueba, violándose de este modo directamente el principio de presunción de inocencia.

Contrastando lo anterior, podemos observar que la mayoría de los delitos cometidos por Servidores Públicos, incluso en el ámbito de la Procuración y Administración de Justicia, NO SON DELITOS GRAVES y por lo tanto permiten la libertad provisional. Sirvan de ejemplo ABUSO DE AUTORIDAD Y USO ILEGAL DE LA FUERZA PUBLICA (1 a 6 años de prisión); USO ILEGAL DE ATRIBUCIONES Y FACULTADES ( 3 meses a 2 años de prisión); DENEGACIÓN O RETARDO DE JUSTICIA (1 a 5 años o 2 a 8 años de prisión) estos ilícitos del Código Penal del Distrito Federal, sin que por otra parte alguno de estos ilícitos aparezca en la “Lista de Delitos Graves” de la Legislación Federal.

Asimismo, por las experiencias que hemos vivido, tenemos la certeza de que difícilmente el Ministerio Público solicitará al Juez la prisión preventiva, lo que nos hace recordar una frase muy usada por los Agentes del Ministerio Público y la propia Policía Judicial, que dice “perro no come perro”. A lo anterior, nos preguntamos si acaso no es realmente grave que un servidor público, en quien la sociedad debe poder depositar su confianza, difícilmente va a estar privado de su

libertad durante el procedimiento y una vez dictada la sentencia, por la que seguramente se le va a conceder un beneficio sustitutivo, lo que si bien no es criticable por sí mismo, pues estamos en contra de las penas excesivas y a favor naturalmente de medidas alternativas de prisión, resulta del todo contradictorio y sobre todo, representa un rasgo más de discriminación, si recordamos que una persona, por un robo menor que se considere agravado, no va a obtener en muchos casos la posibilidad de un sustitutivo de la pena de prisión, ante la oposición del Ministerio Público.

Por otra parte, no queremos dejar de mencionar que si bien en los Códigos de Procedimientos Penales tanto Federal como del Distrito Federal, no se establece el principio de presunción de inocencia, no sucede lo mismo con los Códigos Procedimentales de los Estados de Baja California, Colima, Querétaro, Hidalgo, Durango y Sonora, en los que en términos más o menos similares se establece: "Todo inculpado se presumirá inocente mientras no se pruebe en el proceso su culpabilidad conforme a la ley. El Ministerio Público tiene la carga de a prueba de los hechos imputados y de la culpabilidad. Toda duda debe resolverse a favor del inculpado, cuando no pueda ser eliminada." Sin embargo, todos estos ordenamientos han establecido este principio, pero única y precisamente como un mero principio sin consecuencia alguna, pues a pesar de ello, la prisión preventiva sigue prevaleciendo, aún "presumiendo inocente" al inculpado.

Otra crítica evidente a nuestra legislación sustantiva, es sin duda la inclusión en los Códigos de múltiples conductas que deben ser tratadas y resueltas dentro de un ámbito diverso al del Derecho Penal. Así por ejemplo, podemos hablar de cientos de expedientes con el consecuente trabajo y tiempo que se les otorga, de los mal llamados "DELITOS COMETIDOS POR EL TRÁNSITO DE VEHÍCULOS", (recientemente llevados ante Jueces Cívicos en el

Distrito Federal, cuando únicamente se causen daños materiales) pues estas conductas indudablemente deben ser sustraídas del ámbito penal y al igual que el DAÑO EN PROPIEDAD AJENA, CONTRA EL ESTADO CIVIL, BIGAMIA y varios más, ser llevados ante Juzgados Civiles de Paz o bien ante Tribunales especiales de medios alternativos de solución de problemas, como los de Intermediación, que si bien ahora se encuentra incluida esa posibilidad en el artículo 17 Constitucional, párrafo tercero, habremos de esperar a su completa integración.

Pero además, como se analizará en el siguiente capítulo, está demostrada la ineficacia, en la mayoría de los casos, de la pena de prisión como un agente rehabilitador de los sujetos que cometen un delito y sí por el contrario, es evidente la verdadera problemática de la reincidencia, cada vez mayor, de aquellos que estuvieron privados de su libertad.

### **3.7 LEGISLACIÓN PENAL ADJETIVA (FEDERAL Y LOCAL)**

Recordemos que fundamentalmente, el proceso penal persigue la represión de los actos punibles a través de la imposición de sanciones creadas por el Estado, para ser aplicadas a los sujetos que contravengan las normas sustantivas. Sin embargo, los fines del derecho penal tanto sustantivo como adjetivo no pueden ser distintos a los del derecho en general, que son procurar el bien común, la justicia y la seguridad.

Como ya se dijo, en la Reforma Penal se establece que: “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”, mandato que otorga un plazo de ocho años para su cabal cumplimiento.



Por otra parte, el párrafo segundo del artículo 18 reformado, se refiere a que:

“El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.”

Veamos lo que nos dice el párrafo tercero del artículo 21 también reformado:

“La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”

Con respecto a los artículos mencionados, el artículo Quinto Transitorio de la Reforma señala que éstos entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación del Decreto del 18 de junio de 2008.

Tendremos que esperar consecuentemente, a que tanto en las Leyes Federales como Locales se lleven a cabo las reformas correspondientes, para estar en posibilidad de analizarlas y verificar entonces si éstas cumplirán con el principio de presunción de inocencia, por ahora únicamente “plasmado” en la Constitución.

De cualquier forma, es importante analizar si en principio nuestra legislación adjetiva obedece a un sistema inquisitivo o a un sistema acusatorio, pues desde hace varios años se había venido discutiendo sobre la imperiosa necesidad de una reforma penal integral en

nuestro país, para establecer en ella un sistema de enjuiciamiento acusatorio, como si estuviéramos inmersos en un sistema inquisitorio obediente a épocas anteriores y oscuras.

Ciertamente y al igual que nuestras leyes sustantivas, nuestra legislación procesal requiere reformas, pero no para pasar de un "sistema inquisitivo" a un "sistema acusatorio", pues como se verá más adelante, nuestros Códigos Adjetivos contienen características de un sistema mixto, en los que en todo caso, habría que impulsar la desaparición de aquellas normas de corte inquisitivo que aún conservan, entre las que evidentemente sobresale el desconocimiento del principio elemental de presunción de inocencia, del que tal parece no se ha comprendido aún su verdadero significado y los alcances reales de su aplicación, sin que pueda dejar de expresar mis serias dudas con respecto a las reformas recientemente publicadas.

Se señala lo anterior, porque mientras se mantengan en nuestra Codificación figuras como el arraigo y normas excepcionales para determinados delitos, de manera alguna podremos hablar de un modelo acusatorio, tema del que hablaremos más adelante.

Pero al referirme a las características de nuestra legislación procesal, nos comenta el Maestro Zaffaroni, que los regímenes inquisitivos y acusatorios no existen en realidad; son abstracciones; aún históricamente es dudosa su existencia y han sido mixtos y no formas puras todos los sistemas que han existido.

Pero recordemos en primer término algunas de las características propias de ambos sistemas:

## **SISTEMA DE PROCESAMIENTO INQUISITIVO.**

1. Unicidad en el Órgano Acusador, Órgano de Defensa y Órgano Jurisdiccional. Las funciones de acusación, defensa y juzgamiento son encomendadas a una sola persona (Juez).

2. Desigualdad procesal de las partes, debido a que la defensa en sentido formal es nula.

3. Sistema de valoración de la prueba legal o tasado. Es el legislador quien fija en la ley el valor que corresponderá a cada prueba.

4. Dinamismo del Órgano Jurisdiccional. El juez está facultado para fungir como investigador y como consecuencia de ello puede allegarse por sí mismo pruebas, sin limitación alguna.

5. Prisión preventiva del imputado durante el proceso.

6. Inculpado como objeto y no como sujeto de procesamiento.

7. Predominio del interés social sobre el particular.

8. Existencia de un solo juez que instruye y resuelve.

9. Instrucción y debate privado y escrito.

## **SISTEMA DE PROCESAMIENTO ACUSATORIO.**

El Maestro Julio A. Hernandez Pliego nos señala cuáles son, en su concepto, las principales características del sistema de procesamiento acusatorio

“ . . . Se encuentran diferenciados perfectamente los órganos de juzgamiento, acusación y defensa, por lo que las funciones respectivas están encomendadas a órganos diferentes, que las realizan de modo independiente. . . rigen los principios de oralidad, publicidad y concentración de los actos procesales, lo que significa que el enjuiciamiento es tramitado verbalmente, y sólo lo esencial se documenta por escrito; . . . se propende a realizar la totalidad del procesamiento en una sola audiencia, o en un haz de ellas, en que se desahogan las pruebas, se reciben los alegatos de las partes y se pronuncia la sentencia. Del mismo modo, la libertad probatoria y la libre valoración del juez respecto del material convictivo, son constantes del sistema acusatorio, no existe límite en cuanto a los medios de prueba que puedan aportar las partes, y no existe tasación respecto de

su valor.” Agrega el Maestro que también identifican a este sistema: la igualdad procesal entre las partes, que da equilibrio en la causa; la inapelabilidad de la sentencia; el estatismo del juez, que lo sitúa sólo como observador del juego procesal y por ende queda sujeto a la actividad de las partes; la existencia de un juez que sólo se ocupa de instruir la causa, y otro u otros de dar el veredicto; el predominio del interés particular sobre el social, al estimarse que el delito primordialmente ofende a aquél; la figura del inculpado como sujeto y no objeto del procesamiento; y “la libertad del encausado durante el procesamiento”<sup>30</sup> .

De acuerdo con la opinión de diversos tratadistas, las características generales de este sistema acusatorio, respecto de las cuales habremos de verificar si son o no correspondientes con el nuestro, son:

1. El poder de decisión (jurisdicción) pertenece a un órgano estatal (magistrado). En nuestro sistema jurídico penal, corresponde exclusivamente al Poder Judicial la función de decir el derecho. (Artículo 21, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

2. El poder de acusación compete a persona distinta del juez; en una primera época, sólo al ofendido y a sus parientes; posteriormente, a cualquier ciudadano. Esta característica no es ajena a nuestra legislación, toda vez que cualquier persona puede acudir ante el Ministerio Público a presentar denuncia por hechos posiblemente constitutivos de delito, tratándose de delitos perseguibles de oficio (artículo 2, fracción I del C.F.P.P. y artículo 9, fracción IV del C.P.P.D.F.); por otra parte, la víctima o los ofendidos por algún delito, podrán presentar (en forma escrita o verbal), querrela por hechos probablemente constitutivos de delito, en

---

<sup>30</sup> Hernández Pliego, Julio Antonio., *El Proceso Penal Mexicano*, Op. Cit., pp. 33-34

aquéllos perseguibles a petición de parte ofendida (artículo 2, fracción I del C.F.P.P. y artículo 9, fracción IV del C.P.P.D.F)

3. Una vez investido de la acusación, el Magistrado no está condicionado en el ulterior desarrollo del proceso, por la iniciativa o voluntad del acusador. En nuestro sistema, en los delitos perseguibles de oficio, una vez ejercitada la acción penal por el Ministerio Público, corresponde al Juez conocer y decidir el conflicto de intereses hecho de su conocimiento. Por cuanto hace a los delitos perseguibles a petición de parte o querella, se da una excepción al ser otorgado el perdón, lo que de inmediato pondrá fin al procedimiento.

4. Posible representación del acusador por parte de cualquier persona. Es el Ministerio Público (órgano acusador) quien realiza la imputación ante el Juez Penal, (órgano jurisdiccional) al momento de ejercitar la acción penal en contra de un inculpado (artículo 2. Párrafo primero del C:F:P:P:, y artículo 2. Párrafo primero del C.P.P.D.F.), sin que podamos pasar por alto, además, la institución de la coadyuvancia, en la que el ofendido, además, puede estar representado por un Abogado que se encargue de aportar elementos probatorios al propio Ministerio Público y vigilar su desempeño, lo que desafortunadamente favorece únicamente a personas con recursos que puedan pagar los servicios de un jurista especializado.

Debe recordarse que en nuestro sistema, tratándose de delitos perseguibles por querella, el ofendido puede formularla a través de representante, de acuerdo con los artículos 120 del C:F:P:P. y artículo 264, párrafos segundo, tercero y cuarto del C.P.P.D.F.

5. Posible patrocinio del acusado por parte de cualquier persona.

En nuestro sistema, el imputado tiene derecho a designar un tercero para su defensa. Artículo 20, apartado A, fracción IX, de nuestra Carta Magna.

En relación con otras características del sistema acusatorio, nuestro sistema jurídico contiene la libertad de prueba, pues las partes en un proceso penal, además de las previstas en la legislación correspondiente, tienen el derecho de ofrecer cualquier tipo de prueba, incluso aquéllas aportadas por los descubrimientos de la ciencia y a que éstas sean admitidas por el órgano jurisdiccional, salvo las que a criterio de éste, sean inconducentes o contrarias a derecho, lo anterior con fundamento en lo establecido en el artículo 20, apartado A, fracción V de nuestra Constitución y de conformidad también con los artículos 206 del C.F.P.P. y 135 del C.P.P.D.F.

Por lo que hace a la libertad de defensa, ésta se encuentra establecida en el artículo 20, apartado A, fracción IX de la Constitución General de la República, e inclusive el Tribunal de Alzada tiene la obligación de suplir la deficiencia de los agravios expresados por la defensa (artículos 364 párrafo primero del C.F.P.P. y 415 del C.P.P.D.F.)

En lo referente a que la instrucción debe ser Pública y Oral, el artículo 86, párrafo primero del C.F.P.P- establece que las audiencias serán públicas, al igual que lo establecido en el artículo 59 párrafo primero del C.P.P.D.F.

Analizado lo anterior, podemos inferir claramente que nuestro sistema procesal es un sistema mixto, aunque debemos reconocer que en ocasiones, al no respetarse las normas establecidas, se incurre fácilmente en un procedimiento con pronunciados rasgos inquisitorios, situación imputable principalmente a los propios jueces,

quienes lo único que demuestran es una falta total de ética e inclusive me atrevería a decir, un desinterés absoluto por el drama humano que representa un procedimiento penal.

Ciertamente puedo aseverar lo anterior por experiencia propia, al haberlo constatado siendo Magistrada en el Distrito Federal, al acudir a efectuar una visita a un juzgado del que se habían recibido múltiples quejas, motivo por el cual no recibía las mismas consignaciones que los demás jueces. Solicité la presencia tras las rejas de los internos sujetos a proceso, que eran aproximadamente dieciocho. A cada uno de ellos le fui preguntando sobre su causa, y en su mayoría ni siquiera sabían cuando era su próxima diligencia o la situación en que se encontraba su expediente. Además, le pregunté también a cada uno de ellos si conocía al Juez que estaba a cargo de su proceso, y NINGUNO me dio una respuesta afirmativa; inclusive algunos de ellos me señalaban a la mecanógrafa o al archivista como su "juez" pues era con la única persona con la que habían hablado tras la reja. Después de esta experiencia, nos preguntamos, ¿es acaso el sistema el que no funciona? ¿No será de primordial importancia, antes que nada, seleccionar y preparar a aquellas personas en quienes se va a depositar la libertad y posiblemente la vida de una persona, para que cualquier reforma que se lleve a cabo pueda caer en terreno fértil?

De la misma manera, podríamos escribir un libro entero sobre el comportamiento de algunos Abogados defensores públicos y particulares, Agentes del Ministerio Público y coadyuvantes, además de Jueces y Magistrados, que desafortunadamente nos llevaría a cuestionar, como ya señalamos, si con reformas a nuestras Leyes será suficiente para lograr que nuestro país se convierta, de manera genuina, en un Estado Democrático de Derecho.

En relación con estas reflexiones, recuerdo que un querido abogado me obsequió un pequeño libro del gran Maestro Piero Calamandrei, de quien me permito recordar algunas ideas que comparto y estimo trascendentes para el tema que nos ocupa: Nos dice el Maestro:

“El derecho, mientras nadie lo perturba y lo contrasta, resulta invisible e impalpable, como el aire que respiramos; inadvertido como la salud, cuyo valor sólo se conoce cuando nos damos cuenta de haberla perdido. Pero cuando el derecho es amenazado o violado descendiendo entonces del mundo astral en que reposaba en forma de hipótesis, al de los sentidos, se encarna en el juez y se convierte en expresión concreta de voluntad operante a través de su palabra. El juez es el derecho hecho hombre; sólo si este hombre sabe pronunciar a mi favor la palabra de la justicia, podré comprender que el derecho no es una sombra vana”. Y agrega algo para mí de vital importancia: “No basta que los magistrados conozcan a la perfección las leyes escritas: sería necesario que conocieran perfectamente también la sociedad en que esas leyes tienen que vivir.”<sup>31</sup>

En cuanto a la garantía de la Libertad Provisional bajo caución prevista anteriormente en la fracción I del inciso A. Constitucional, ahora desaparecida en la Reforma, ésta fue siendo limitada cada vez más, al haberse establecido, por lo que hace al Código Federal de Procedimientos Penales, una lista cada vez más extensa de “delitos graves” que impiden la concesión de este beneficio, y con respecto al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y el de diversos estados, el sistema adoptado de que “la media aritmética de la pena” no debe rebasar cinco años para poder conceder este beneficio, de la misma forma ha venido impidiendo cada vez más la posibilidad de la Libertad Provisional, al simplemente aumentar la penalidad señalada a los delitos, de tal manera que en muchos de ellos la media aritmética es de cinco años apenas rebasados, lo suficiente para negar el derecho a la libertad.

---

<sup>31</sup> Calamandrei, Piero. *Elogio de los Jueces escrito por un abogado*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires., 1980, p.11



Como ya señalamos, tanto el nuevo sistema de reinserción como la modificación y duración de penas entrarán en vigor en un plazo no mayor de tres años y mientras tanto, de acuerdo con el artículo Cuarto Transitorio de la propia reforma, se establece que “Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y décimo tercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21 párrafo séptimo, de la Constitución, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto. A este respecto nos preguntamos: ¿No se va aplicar acaso en forma retroactiva la ley más favorable al procesado? ¿Qué va a suceder con aquellas personas que estén siendo procesadas por un delito de los que no están previstos en la reforma constitucional como aquellos que necesariamente impiden su libertad? Seguirán en prisión durante el curso de su procedimiento?

Es evidente, por otra parte, que será precisamente nuestra legislación adjetiva la que va a sufrir más serios cambios, por lo que tendremos que esperar a que tanto a nivel federal como en los Estados y el Distrito Federal éstos ocurran, para estar en posibilidad de constatar, en su caso, la aplicación del principio de presunción de inocencia en la práctica cotidiana.

## **CAPÍTULO IV. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO.**

### **4.1 El Derecho a la Libertad Personal y el Derecho Estatal a su restricción.**

Como ha quedado establecido, la libertad es un bien fundamental del individuo, que ha sido reconocido y defendido a partir de su proclamación en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

A partir de esa fecha han surgido innumerables documentos que explican y delimitan lo que debe entenderse por derecho a la libertad, término que puede aplicarse en diversos ámbitos como la libertad de tránsito, la libertad de expresión y la de pensamiento. Sin embargo, su principal manifestación, que siempre ha tratado de preservarse, es la libertad personal.

Por otra parte, cuando el hombre se organiza en un grupo social, es necesario que la libertad de que goza se vea restringida en pro de la convivencia armónica y ordenada con otros seres humanos. En consecuencia, parte de nuestra libertad se cede al Estado con el fin de que éste se encargue de la regulación, aplicación y ejecución de las medidas necesarias para la conservación del orden social, pues de lo contrario la misma existencia del ser humano se vería amenazada. Pero no debemos olvidar que esa facultad de la que dispone el Estado no debe priorizar el bienestar común en perjuicio del particular, violentando el ejercicio de cualquiera de los derechos fundamentales del hombre, entre ellos el más importante, como es la libertad. Debe existir un equilibrio entre los dos ámbitos.

Actualmente vivimos en una realidad que es resultado de múltiples acontecimientos que han surgido a lo largo de la historia de la humanidad:

1. La creación del Estado Moderno, constituido y regido por un ordenamiento legal.

- 2 La práctica de diversas formas de ejercer el poder acorde a las formas de gobierno que adopta cada país en particular.

3. El reconocimiento y respeto del ser humano como individuo integrante de la sociedad.

4. El avance tecnológico y científico en todos los ámbitos del conocimiento humano.

5. La constante evolución de las formas de organización social.

A través de las diversas etapas de nuestra historia, ha estado siempre presente el cuestionamiento sobre el derecho a la libertad personal y el derecho del Estado a su restricción. ¿Cómo equilibrar ambos?

Es necesario entonces analizar los factores que influyen en la problemática de una correcta aplicación y un verdadero cumplimiento de ambos derechos, imprescindibles en un Estado Democrático de Derecho.

De acuerdo con el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estamos constituidos en una República representativa, democrática y federal, por lo que atendiendo al significado elemental de cada uno de estos términos, estaremos en posibilidad de llegar a una conclusión.

Conforme al significado etimológico de la palabra República tenemos: Del latín. Respublica<sup>1</sup>. Perteneciente o relativo a todo el pueblo, es decir cosa del pueblo, relativo a los derechos e intereses del pueblo, al Estado o a la función pública.

Dentro de los principios que rigen a esta forma de gobierno se encuentra el de representación, que consiste en que las personas que lo ejercen no lo hacen como un mandato de derecho privado, sino como una función pública que implica la votación y participación de todos en los asuntos políticos. En consecuencia, quien se encuentra al frente del gobierno, debe estar consciente de que está representando la voluntad de todos los que lo eligieron y no deberá actuar de acuerdo con sus intereses o preferencias.

El término Democracia proviene Del griego<sup>2</sup> "Onyokpatía Demos: pueblo, Kratos: fuerza, poder, autoridad, predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado; esta forma de gobierno es de las más antiguas en la civilización humana y fue la cultura griega pionera en su reconocimiento y práctica. La democracia ha llegado a nuestros días con ciertas adecuaciones, pero conserva su esencia: Es en el pueblo en quien reside el poder y la soberanía de un país.

Lo anterior adquiere relevancia para el tema de investigación que se presenta debido a que en la democracia existe, por parte del gobierno y sus representantes, la obligación absoluta de respeto y preservación de los derechos fundamentales del hombre. Quienes ejercen el poder deben estar conscientes de que se les ha cedido esa facultad a efecto de que la administren y procuren el bienestar común del grupo social, pero nunca para que utilicen ese poder conforme a sus intereses.

---

<sup>1</sup> [Http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TipoBus=3&LEMA=rep%C3BAblica](http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TipoBus=3&LEMA=rep%C3BAblica), 25 nov. 07, 15:18

<sup>2</sup> *Ibíd.*

El actual estado democrático fundamenta su existencia en un marco jurídico que claramente establece las atribuciones que se le asignan al representante del gobierno, las cuales tienden a la mínima intervención del Estado en la vida de los particulares, “. . . en la vigente práctica democrática y en la moderna política, no es ya la fuerza el único medio, ni menos aún el óptimo para controlar al gobernado. Esto se obtiene, básicamente, mediante la ordenación jurídica”<sup>3</sup>

Nada justifica el uso de la fuerza, mucho menos cuando se le utiliza para transgredir un derecho fundamental del hombre, como es la libertad.

Sin embargo, en la actualidad se ha desvirtuado este principio. El Estado ha considerado como propia la autoridad para guiar, administrar y castigar a los miembros de un grupo social, aún por encima de los más elementales derechos que posee el ser humano.

Al respecto, el Maestro Zaffaroni nos comenta:

“Ante la expansión de la pobreza y de la conflictividad social, la solución que ofrece el Estado con sus políticas de seguridad implica un control más intenso por parte del sistema penal y de sus mecanismos de vigilancia; lo que se traduce en una hiperinflación de las normas penales acompañadas por una presencia mayor de la policía en los controles, e incluso del ejército en algunas zonas. Es decir, nos alejamos del modelo ideal del Estado de Derecho soñado

---

<sup>3</sup> Díaz de León, Marco Antonio. *Historia del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal Mexicano*. Tomo I, Porrúa, México, 2005, p. 7

por la modernidad, y vivimos cada día más inmersos en estados de policía antimodernos.”<sup>4</sup>

Nuestro texto constitucional en su artículo 49 establece: “El Poder Supremo de la Federación se divide para su ejercicio en un poder ejecutivo, uno legislativo y otro judicial.” Cada uno de ellos cumple con una función en particular, el Poder Ejecutivo se encarga de administrar y ejecutar las leyes, el Poder Legislativo de la creación de las mismas y el Poder Judicial de la administración de justicia cuando es quebrantado el orden legal.

Es dentro del ámbito penal del Poder Judicial, en el que se manifiesta una de las atribuciones del Estado para imponer, en caso necesario, un castigo a la persona que atente contra los bienes jurídicos tutelados por la ley y que afecten a la estabilidad y paz social. Es decir, cuando se cometa un hecho que se considere delictuoso y se encuentre previamente establecido en la ley con ese carácter, se aplicarán sus consecuencias legales: un castigo, el cual también se encuentra establecido con anterioridad al hecho en el orden jurídico de ese lugar.

A esta facultad exclusiva otorgada al Estado para castigar se le ha denominado *Ius Puniendi*, que consiste en la posibilidad que tiene para castigar con una pena, como puede ser la privación de la libertad, a las personas que incurren en ciertas infracciones al orden social.

Las personas que integran los órganos de gobierno no pueden manejarse de forma autónoma, pues su función se encuentra limitada por la ley y la voluntad de los individuos que integran el grupo social.

---

<sup>4</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl y Vannelli-Viel Renato L. *El Dilema de la Seguridad en la realidad Latinoamericana*, “Uso Ilegítimo de la Fuerza” INACIPE, México, 2008, P. 166.

En materia penal existen una serie de principios y procedimientos que regulan la correcta aplicación de sus normas, debido a que los derechos o intereses que se encuentran en juego son de la más alta estima para el ser humano. De esta manera, con estos principios se busca asegurar la correcta aplicación de la ley de la materia con el objeto de evitar cualquier tipo de injusticia.

Es precisamente en el ámbito adjetivo de la ley que habremos de recordar que aún aceptando que una persona deba ser castigada por cometer un delito, esto únicamente deberá ocurrir cuando se compruebe plenamente su responsabilidad penal, advirtiendo que la privación de la libertad únicamente podrá llevarse a cabo cuando no existan medidas diferentes y posiblemente más efectivas. Sin embargo, nuestra propia Constitución ahora reformada, al igual que la legislación adjetiva penal tanto del fuero común como federal, han creado figuras jurídicas que permiten la privación de la libertad de una persona sujeta a un procedimiento penal sin que se haya dictado sentencia definitiva. Para ello se argumenta, entre otras cosas, el "asegurar la presencia del procesado en el proceso". Sin embargo, hace tiempo ya que se ha venido abusando de esta medida, convirtiendo en práctica común lo que por esencia debe considerarse una excepción, todo como resultado de una equivocada e ineficiente política criminal por parte del Estado.

Recordemos de nueva cuenta que el problema de la libertad es un problema complejo que la humanidad se ha planteado desde mucho tiempo atrás. Esta circunstancia ha generado múltiples definiciones, teorías y posturas con respecto al concepto de libertad, así como con respecto al derecho Estatal de restringirla.

Sin el afán de profundizar innecesariamente en el tema, me referiré a algunos conceptos de libertad, así como a la justificación del Estado para restringirla.

En la versión más radical de las teorías psicológicas conductistas, la libertad es percibida como “una ilusión subjetiva del individuo, pues en realidad, la conducta está determinada o condicionada fatalmente por estímulos materiales o psicológicos.”<sup>5</sup>

En un sentido jurídico, Rafael De Pina define la libertad como la “facultad que debe reconocerse al hombre, dada su conducta racional, para determinar su conducta sin más limitaciones que las señaladas por la moral y por el derecho”<sup>6</sup>. De esta definición desprendemos los siguientes elementos:

1. La libertad es una facultad.
2. Debe de ser reconocida.
3. La libertad es un concepto pertinente solamente al ser humano, dada su conducta racional.
4. La libertad faculta al ser humano para autodeterminar su conducta.
5. La autodeterminación de la conducta, solo puede estar limitada por la moral y el derecho.

El sentido de valoración formal que plantea De Pina en la definición que antecede puede contraponerse con una visión Naturalista del concepto de libertad, en cuyo caso el reconocimiento (presumiblemente Estatal) al que se refiere el Maestro es innecesario, al ser la libertad un derecho intrínsecamente válido independientemente de su reconocimiento Estatal. El concepto de

---

<sup>5</sup> Idem. p. 46.

<sup>6</sup> De Pina Rafael, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, México, p 357.



libertad en sentido amplio atañe necesariamente al ser humano, ya que "la determinación hereditaria de la conducta es sumamente limitada, apenas si se manifiesta en los actos que llamamos <<instintivos>> y que están ligados a necesidades biológicas."<sup>7</sup> Lo anterior en contraposición con lo que sucede con otros reinos, familias, especies y géneros, ya que en estos, aunque algunos presentan "conducta", algunas de ellas inclusive "conductas sociales complejas" como las hormigas o las abejas, están limitadas por la determinación hereditaria y genética y son por ende conductas automáticas que requieren de modificaciones genéticas para poder variar. Esto no sucede con el ser humano quien puede, a través del libre albedrío, determinar su conducta y variarla indiscriminadamente.

Por consiguiente, **la libertad constituye la razón de ser de las normas, ya que si la conducta humana estuviera determinada biológicamente, éstas carecerían de sentido, porque serían superfluas.** En el supuesto de que la libertad de perfección, definida por el Maestro Preciado Hernández<sup>8</sup> tuviera cabida en la totalidad de la raza humana durante toda su existencia, es decir, que fuera plausible en el mundo real, en el mundo del ser las normas serían innecesarias.

"Pero también esta libertad de acción, al ofrecer la posibilidad de apartarse de la pauta indicada, de desobedecer la norma, hace necesario ejercer algún medio de presión, creando un motivo adicional sobre el sujeto para constreñirlo a respetarla"<sup>9</sup>, es decir, una sanción.

---

<sup>7</sup> Rodríguez Lapuente, Miguel, *Sociología del Derecho*. Porrúa. México. 2002. p 45.

<sup>8</sup> Cfr. Preciado Hernández, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. "Emancipación de toda pasión desordenada; consiste en no obedecer sino a la razón y a las inclinaciones superiores", Textos Universitarios. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1997. p 205.

<sup>9</sup> Idem

El Estado debe estar facultado por una serie de normas perfectas para la consecución de sus fines o bienes comunes. De lo contrario, los fines del Estado se verían limitados o vulnerados por el libre albedrío de sus pobladores, es decir, por su libertad de hacer o no hacer. Sin embargo, esta facultad Estatal debe estar constreñida o limitada por hipótesis normativas.

Consideramos importante enfatizar, en este punto, que si el derecho estatal a la restricción de la libertad de los individuos puede estar justificado si es racional y justo, no sucede lo mismo en la Reforma Constitucional 2007-2008, al establecerse en ella normas restrictivas violatorias de derechos humanos y totalmente contrarias al principio de presunción de inocencia, como son todas aquellas referidas a la mal denominada "delincuencia organizada". En efecto, podemos afirmar que con ellas se busca constitucionalizar el Derecho Penal del Enemigo, pues niega a algunos la totalidad de los derechos de que gozan otros. Es decir, sus derechos son minimizados sustancialmente. Obviamente, para ellos no rige el principio de presunción de inocencia.

Es necesario enfatizar la peligrosidad de la implementación del Derecho Penal del Enemigo en un país con las características del nuestro, pues se presta para interpretaciones inadecuadas y ejercicios nefastos del poder.

Ante este panorama, es difícil encontrar el punto de acuerdo entre el principio de presunción de inocencia y la facultad del Estado para privar de la libertad a las personas, por lo que resulta útil analizar de manera general las características que poseen los principales sistemas jurídicos que existen en el mundo, de los que haciendo una gran división se pueden agrupar en dos sectores:

a). Los pertenecientes al "common law" o derecho anglosajón en donde el procedimiento penal tiene ciertas características: Un fiscal es el encargado de realizar las investigaciones y acusaciones; no hay lugar a prisión preventiva para el indiciado, trátase del delito que se trate (con excepción, naturalmente del llamado "terrorismo", que no siempre corresponde a esta connotación y en el que se vienen violando los más fundamentales derechos humanos, sin explicación alguna como no sean sus propios intereses ocultos) hasta que existan pruebas suficientes de su participación en los hechos que se investigan. Predomina el sistema acusatorio.

b) El sistema de derecho continental, dentro del cual nos encontramos, en el que aún existe la posibilidad de que se detenga a una persona cuando existan datos elementales para "suponer" su participación en la comisión de un delito, nota contraria a lo que sucede en el sistema del common law.

Si bien se reconoce que en ciertos casos es necesario que se prive de la libertad a una persona, por el grado de peligrosidad que representa para la sociedad, o por el peligro que corren los que intervienen en el procedimiento, ello no significa violentar las garantías de las que goza cualquier ciudadano.

"Con la apertura a juicio, la calificación de los hechos y la responsabilidad de los mismos, no se prejuzga mas que la necesidad de esclarecerlos."<sup>10</sup>

#### **4.2 FINES DE LA PENA.**

La libertad es un bien fundamental del individuo y el Estado podrá limitarla únicamente en casos excepcionales, en los que por

---

<sup>10</sup> Romero Arias, Esteban. Op. Cit. P. 104

una conducta antijurídica del sujeto, sea necesario imponerle una sanción, siempre adecuada a la conducta llevada a cabo y no como una medida política para que se piense que el Gobierno “protege a sus ciudadanos” segregando a aquéllos que los agreden o pueden agredir”. De ahí que podamos afirmar que se han desvirtuado y trastocado los fines de la pena, al convertir ésta en una regla cotidiana que va a “ser más efectiva en tanto más dura y prolongada sea”.

Toda vez que ahora nos referiremos a los fines de la pena como una medida necesaria que habrá de imponerse a una persona cuyo proceso se haya llevado a cabo conforme a derecho y cuya sentencia hubiera causado ejecutoria, es importante diferenciarla de la pena cotidiana que se observa no solo en nuestro país sino en muchos otros, aplicada a individuos que no han sido declarados culpables por sentencia firme, penas éstas que desafortunadamente se consideran ya, por su excesiva aplicación, como una pena más, necesaria e ineludible; nos referimos, naturalmente, a la prisión preventiva, que trataremos más adelante.

Para adentrarnos a los fines de la pena en su contexto adecuado, acudimos a la eminente Doctora Emma Mendoza Bremauntz, quien nos dice que éstos son:

- La protección de la convivencia y de los bienes jurídicos;
- a. La prevención social;
- b. La reeducación;
- c. La resocialización,
- d. La readaptación
- e. La reinserción social;
- f. El simple castigo;
- g. La incapacitación del delincuente o,

h. La defensa de la sociedad, entre otros.<sup>11</sup>

En estricto sentido y si hemos de buscar verdaderas soluciones, tendremos que aceptar que en nuestro país resultan ser letra muerta la mayoría de los fines referidos, pues la realidad es que la pena se ha convertido en un simple castigo y una mera "defensa social" al sustraer de las calles a "sujetos peligrosos", calificados como tal sin mayor análisis y principalmente con fines políticos.

Ciertamente debemos aceptar que uno de los fines del Estado es precisamente mantener el orden social y es su obligación el señalar y establecer sanciones para aquellos integrantes de la sociedad que violan las normas establecidas y llevan a cabo conductas que están expresamente previstas en la ley; de esta manera puede hablarse de un Estado de Derecho. Pero recordemos que ese Estado debe ser Democrático y no puede hablarse de un Estado Democrático de Derecho si éste no tiene como fin primordial el bienestar social, lo que únicamente puede lograrse si ese Estado cumple con los fines de la justicia, y recordemos al respecto lo que nos dice el Maestro Recasens Siches: "El Derecho que no tiene por fin a la Justicia no merece el nombre de Derecho..."<sup>12</sup>

Agrega la Doctora Mendoza Bremauntz , citando a Mezguer, que éste:

"afirma que toda acción humana tiene un fin y que la pena como acción humana y estatal, en el ámbito del derecho, tiene como fin la prevención del delito.....la prevención del delito se puede realizar, en el mundo jurídico, por dos caminos: "actuando sobre la colectividad, esto es, la comunidad jurídica, o actuando sobre el individuo que tiende a delinquir o ha cometido un delito"<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Cfr. EMMA MENDOZA, *Derecho Penitenciario*, McGraw Hill, México 2005, p. 13.

<sup>12</sup> RECASENS SICHES LUIS, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México. 1974, p.222

<sup>13</sup> Mendoza Bremauntz, [Emma. Op. Cit . Pág.](#)

Al respecto nos señala la Doctora que en el primer caso se habla de "prevención general" que intenta actuar sobre la colectividad y en el segundo caso se dice que es "prevención especial" que intenta actuar sobre el individuo que ha cometido un delito y es sujeto de una pena", respecto a la cual, señala que abarca tres momentos, la conminación, la imposición y la ejecución de la pena.

Así, el Derecho Penal debe ser una forma de prevención del delito, para lo cual evidentemente debe ser conocido por aquel ciudadano que pretenda delinquir, lo que no ocurre en nuestro país salvo contadas excepciones, pues el mayor número de personas que cometen un delito, lo hacen con la certeza de que no van a detenerlos y desconocen por completo la existencia siquiera de un Código Penal; pero además, es indudable la pérdida de respeto del hombre común a la autoridad, pérdida de respeto que en mi concepto la propia autoridad se ha ganado, pues en todo caso lo único que puede infundir el Código Penal en nuestra sociedad es un terrible miedo, derivado de la absoluta falta de confianza en la procuración y en la impartición de justicia.

En lo que respecta a la reeducación, resocialización, readaptación y reinserción social, debemos reconocer que poco o nada se ha logrado y basta para ello recordar el enorme número de reincidencias que ocurren en nuestro país, como podrá constatarse en las estadísticas que más adelante presentaremos.

Como atinadamente señala la Doctora Emma Mendoza Bremauntz,

"En años recientes se ha observado que el procedimiento formal de justicia penal -aprehensión, prosecución, sentencia, penalización y rehabilitación del delincuente-, tiene un efecto muy limitado en el control del delito, incluso respecto al mismo delincuente procesado y sentenciado"

.Por ello, agrega, en algunos países se ha desarrollado una política de medidas específicas para prevenir y reducir el delito, que es más baja en costos que la de incrementar la fuerza policiaca, los tribunales y las cárceles”<sup>14</sup>.

El Doctor LUIS RODRIGUEZ MANZANERA nos dice al respecto:

“El derecho penal está enfermo de pena de prisión. . . el notorio abuso de la pena de prisión ha causado un franco deterioro en todo el sistema penal, las esperanzas que alguna vez se depositaron en ella se han desvanecido. . . es una pena cara y antieconómica; cara en cuanto a la inversión en instalaciones, mantenimiento y personal; antieconómica porque el sujeto no es productivo y deja en el abandono material a su familia”<sup>15</sup>.

Después de la vida, la libertad es sin duda el valor máspreciado para el ser humano. De acuerdo con lo que señala HILDA MARCHIORI

“Es por ello que su pérdida, el encierro por sí mismo, genera una intensa depresión, angustia y temor, . . . Si a esto se agrega la distancia e incomunicación con la familia, los amigos y la comunidad en general, se va a generar un cuadro depresivo con síntomas como abandono de sí mismos en su higiene, alimentación, no deseando participar en ninguna actividad, tienden al aislamiento y llegan al suicidio. En otros individuos, esta angustia se transforma en agresión hacia los demás.”<sup>16</sup>

Todo lo anterior pude observarlo durante mis años como Juez, a través de mis visitas semanales al interior del Reclusorio y en el trato directo con los procesados a mi cargo, y si bien de manera alguna consideramos por ahora la posibilidad siquiera de la desaparición de las cárceles, sí habremos de insistir en que las que existen en la actualidad no están cumpliendo con objetivo alguno de readaptación y resocialización, sino por el contrario, su uso excesivo e indiscriminado, aunados a la ausencia total de una verdadera

---

<sup>14</sup> Ibidem. p. 17

<sup>15</sup> RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS, *La Crisis Penitenciaria y los Substitutos de la Prisión*. Porrúa, México 2004,p-

<sup>16</sup> Marchiori, Hilda, *Criminología 2, Institución Penitenciaria*, Córdoba . Argentina, pp. 7-16

intención por parte del Estado de llevar a cabo estudios integrales e interdisciplinarios sobre la aplicación de la pena de prisión y sus modalidades, nos va a conducir a un país con mayores índices delincuenciales cada año, que estarán necesariamente influidos por la falta de empleo y del rencor social generado ante la injusticia cotidiana.

En relación con este tema, consideramos de sumo interés un artículo del ilustre Maestro Albin Eser, titulado "Una justicia penal a la medida del ser humano en la época de la globalización.", del que nos permitimos transcribir lo siguiente:

"Lo que se ha de conseguir con el derecho penal.- Un primer germen de evoluciones erróneas puede encontrarse ya en una exagerada imposición de metas al derecho penal, al estilizarse éste como ejecutor de la "justicia suprema", convirtiéndose la coacción penal en una especie de fin en sí mismo. A esta idea hay que oponer la siguiente tesis: El derecho penal es primeramente un derecho con fines. Debe estar dirigido a garantizar y restablecer la seguridad y la paz entre los seres humanos en condiciones de igualdad, de dignidad y de libertad. De ahí que la pena no se justifique sólo con la realización de la justicia como tal, sino que por encima de la mera retribución por sí misma presupone además un fin social e interhumano. Si se sitúa al ser humano en el lugar central como ser individual, social y transgeneracional, esta imposición de fines generalmente sólo puede estar basada en cuatro aspectos: - En primer lugar, a la víctima lesionada en sus derechos debe procurársele la reparación. . . En segundo lugar, para el restablecimiento de la paz social se deben volver a estabilizar los ámbitos de protección y los límites de la libertad que han sido quebrantados a través de hecho, aunque sólo sea mediante el reproche formal de la lesión. La estabilización de la norma será más eficaz cuanto más rápida y públicamente se produzca la sanción.

Además -en tercer lugar- la estabilización de la norma debe tener lugar, por un lado, mediante la producción de un efecto sobre el propio autor, si bien éste debe ser respetado tanto en su dignidad humana como en su capacidad de cometer errores. En definitiva, a pesar del hecho, también el delincuente sigue siendo un ser humano y ser en



convivencia con otros, por lo que se debe rechazar cualquier forma de "ponerlo fuera de la ley". . . Así, existe un mundo de distancia entre, por un lado, el hurto de bolsillo del chico de la calle de 17 años a señora que se sienta a su lado y, por otro, la contaminación persistente de las aguas por parte de una industria química. Y, a pesar de ello, ¿ha de regir el mismo derecho penal para ambos?. . .¿Acaso no se ha "excedido" el derecho penal hace ya tiempo, de tal manera que lo más recomendable sería, básicamente, una "retirada ordenada"? En tanto que también se trata, por otro lado, de producir un efecto sobre la generalidad, no hay que pensar solamente en la protección de nuestros coetáneos y el aseguramiento frente a ellos, sino también en el bienestar de las generaciones futuras: al igual que nosotros nos beneficiamos del rendimiento de nuestros predecesores –y aquí no en última instancia de la propia fundación de una comunidad estatal, por incompleta y necesitada de reformas como resulte- así, el sancionamiento de lesiones jurídicas debe orientarse también a la estabilización de normas de protección a favor de nuestros sucesores."<sup>17</sup>...

Pero además, de la lectura de ciertos artículos del Código Penal del Distrito Federal y las penas aplicables a ciertos delitos, podemos constatar claramente la selectividad de las mismas.

Al penalizarse con mucho mayor rigor aquellos delitos que por su naturaleza son cometidos por personas y grupos en situación de discriminación y mayor vulnerabilidad, necesariamente va a generarse aún mayor rencor social. En nuestro concepto, el Código Penal para el Distrito Federal y consecuentemente la mayoría de los Códigos Estatales y el propio Código Penal Federal son discriminatorios, pues al establecer las penas y los beneficios para los distintos delitos, hace una distinción basada en el origen social, la condición social o económica, la edad o la apariencia física y tiene por efecto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, así como la igualdad real de

---

<sup>17</sup> Eser, Albin. Una justicia penal *A la medida del ser humano en la época de la globalización*. Encuentro Internacional "Tendencias del Derecho Penal y la Política Criminal del Tercer Milenio". Inacipe, México 2002.

oportunidades de las personas. Es una ley que aún cuando de aplicación idéntica para todas las personas, produce consecuencias perjudiciales para los grupos en situación de discriminación. Al respecto señala la Maestra Julia Isabel Flores: "Las conductas de discriminación e intolerancia representan una carga que actúa sobre la calidad de vida de la población, afectando particularmente a los sectores más desprotegidos al constituir un obstáculo para el disfrute pleno de sus capacidades, disminuyendo sus oportunidades e impactando en detrimento de sus condiciones de vida."<sup>18</sup>

La Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el miércoles 19 de julio de 2006, define en su artículo 5º. Lo que debe entenderse por discriminación:

"Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico y social, la nacionalidad o el lugar de origen, el color o cualquier otra característica genética, el sexo, la lengua, la religión, la CONDICION SOCIAL O ECONOMICA, la edad, la discapacidad, las condiciones de salud, LA APARIENCIA FISICA, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la ocupación o actividad, o cualquier otra que tenga por efecto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, de los derechos y libertades fundamentales, así como la igualdad real de oportunidades de las personas. De igual manera, serán consideradas como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones, así como TODA LEY o acto que, SIENDO DE APLICACIÓN IDÉNTICA PARA TODAS LAS PERSONAS, PRODUZCA

---

<sup>18</sup> Flores, Julia Isabel; notas recabadas durante el Diplomado "Derecho a la no Discriminación", IIJUNAM, México. 23 de octubre de 2007

## CONSECUENCIAS PERJUDICIALES PARA LOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE DISCRIMINACIÓN.”

Sirva de ejemplo lo siguiente:

- a. Si una persona roba un objeto cuyo valor no exceda de trescientas veces el salario mínimo o cuando no sea posible determinar el valor de lo robado, se le impondrá una pena de entre 6 seis meses a 2 dos años de prisión; sin embargo, si se comete un fraude en esa misma hipótesis de que no sea posible determinar su valor, o si el valor de lo defraudado no excede de cincuenta veces el salario mínimo, únicamente se impondrá una pena pecuniaria de veinticinco a setenta y cinco días multa. Es claro, por supuesto, que las condiciones sociales y culturales del que roba son inferiores, por lo general, al de aquel que comete un fraude.
- b. Si alguien roba un objeto con un valor que exceda de 750 (setecientos cincuenta) veces el salario mínimo, la pena de prisión que le corresponde es de 4 cuatro a diez años; pero si alguien defrauda por esa cantidad, la pena es de 2 dos años 6 seis meses a 4 cuatro años de prisión; es decir, la pena máxima si se defrauda, es la mínima si se roba.

Es evidente también que existen personas de clases socio-económicas altas, que eligen como medio de vida actividades fraudulentas, evasivas de impuestos, autorías intelectuales en diversos delitos cuyo daño social y económico es muy grande, a quienes no va dirigida la severidad de la ley penal, sino a aquéllas a las que la sociedad no ha incluido y que al ver cerradas las vías legales de sobrevivencia, optan fundamentalmente por el robo como medio de subsistencia.

Desde el punto de vista estructural, los derechos fundamentales, al decir de FERRAJOLI, se definen como:

“..todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”<sup>19</sup>

Visto lo anterior, podemos afirmar nuestra coincidencia con el Maestro Eugenio Raul Zaffaroni, cuando nos dice: “. . .en el sistema penal, dada su selectividad, parece indicar más calidades personales que acciones, porque la acción filtradora lo lleva a funcionar de esa manera. En realidad, pese al discurso jurídico, el sistema penal se dirige casi siempre contra ciertas personas más que contra ciertas acciones.”<sup>20</sup>

Otro grave problema de la prisión como pena, es que se ha demostrado que ésta no disminuye la tasa de criminalidad: “Las prisiones no disminuyen la tasa de la criminalidad: se puede muy bien extenderlas, multiplicarlas o transformarlas, y la cantidad de crímenes y criminales se mantiene estable o, lo que es peor, aumenta...” (La Fraternité, núm. 10, febrero de 1842). La anterior cita, que podía haber sido leída en nuestros días, la hace Michel Foucault en su obra *Vigilar y Castigar*, en la que también nos habla de las que ya hace casi 150 años constituyen las siete máximas universales de la “buena condición penitenciaria”:

## **1) PRINCIPIO DE LA CORRECCIÓN.**

---

<sup>19</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías . La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 2006, p.37

<sup>20</sup> .Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Primera Edición Mexicana, México,1986, p.56

La detención penal debe, por lo tanto, tener como función esencial la transformación de comportamiento del individuo.....". La pena privativa de libertad tiene por fin esencial la enmienda y la readaptación social del condenado."

## **2) PRINCIPIO DE LA CLASIFICACIÓN.**

Los detenidos deben estar aislados o al menos repartidos según la gravedad penal de su acto, pero sobre todo según su edad, sus disposiciones, las técnicas de corrección que se tiene intención de utilizar con ellos y las fases de su transformación.

## **3) PRINCIPIO DE LA MODULACION DE LAS PENAS.**

Las penas, cuyo desarrollo debe modificarse de acuerdo con la individualidad de los detenidos, los resultados que se obtienen, los progresos o las recaídas. "Siendo el objeto principal de la pena la reforma del culpable, sería de desear que se pudiera poner en libertad a todo condenado cuando su regeneración moral se halla suficientemente garantizada.

## **4) PRINCIPIO DEL TRABAJO COMO OBLIGACIÓN Y DERECHO.**

El trabajo debe ser uno de los elementos esenciales de la transformación y de la socialización progresiva de los detenidos."

Debe permitir aprender o practicar un oficio y procurar recursos al detenido y a su familia. . . Todo condenado de derecho común está obligado al trabajo. . .Nadie puede ser obligado a permanecer ocioso.

## **5) PRINCIPIO DE LA EDUCACION PENITENCIARIA.**

La educación del detenido es, por parte del poder público, una precaución indispensable en interés de la sociedad a la vez que una

obligación frente al detenido. "Sólo la educación puede servir de instrumento penitenciario"

#### **6) PRINCIPIO DEL CONTROL TECNICO DE LA DETENCION.**

El régimen de la prisión debe ser, por una parte al menos, controlado y tomado a cargo de un personal especializado que posea la capacidad moral y técnica para velar por la buena formación de los individuos....."

#### **7) PRINCIPIO DE LAS INSTITUCIONES AÑEJAS.**

La prisión debe ir seguida de medidas de control y de asistencia hasta la readaptación definitiva del ex detenido. Sería preciso no sólo vigilarlo a su salida de la prisión, "sino prestarle apoyo y ayuda"

Y agrega el Maestro Foucault: "Palabra por palabra, de un siglo a otro, repítense las mismas proposiciones fundamentales. Y se consideran siempre como la formulación conseguida al fin, aceptada al fin, de una reforma siempre fallida hasta entonces, destinada a definir infracciones, que el aparato penal tenga como función reducirlas y que la prisión sea el instrumento de esta represión. Entonces hay que levantar un acta de fracaso. O más bien –porque para establecerlo en términos históricos sería preciso poder medir la incidencia de la penalidad de detención sobre el nivel global de la criminalidad— hay que asombrarse de que desde hace 150 años la proclamación del fracaso de la prisión haya ido siempre acompañada de su mantenimiento."<sup>21</sup>

No se pretende en el presente trabajo proponer la desaparición de las cárceles y de las penas, pero si como ya se ha dicho, está

---

<sup>21</sup> FOUCAULT, MICHEL. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión. Siglo XXI Editores, 2005, pp.*

comprobado el limitado efecto que ellas tienen en el control del delito, además del gran rencor social que algunas de ellas generan, es necesario en primer término reconocerlo y aceptarlo y después poner en práctica otras medidas que puedan realmente prevenir y reducir el delito.

Al respecto, la Doctora EMMA MENDOZA Bremauntz, en su obra "El Derecho Penitenciario", nos habla de la Prevención General y de la Prevención Especial, así como de las Prevenciones Primaria, Secundaria y Terciaria, de las que nos permitimos transcribir sus principales puntos:

"Prevención General. Siguiendo a Mezguer, la prevención general es una "actuación pedagógico-social sobre la colectividad", mediante una cierta intimidación que prevenga el delito y eduque la conciencia de dicha colectividad hacia sentimientos humanos contrarios a la comisión del delito, mediante la amenaza contenida en la norma y a través de la prevención especial es la actuación pedagógico-individual que puede ser corporal y física o anímica y psíquica, y que actúa sobre la colectividad cuando el delito es castigado."<sup>22</sup>

"Prevención especial-. Actúa individualmente de manera corporal, mediante el encierro, la pérdida de derechos e inclusive el sufrimiento material aplicado al individuo, o anímica y psíquicamente por el sufrimiento que la pérdida de ciertos derechos le ocasiona al individuo concreto sujeto a una pena.

Vale mencionar que estas actuaciones deben obrar en el marco del respeto a la personalidad humana y no mediante el terror, que ha sido utilizado como medida de intimidación y que no se considera válido en un derecho moderno, que ante todo debe ser respetuoso de los derechos humanos de víctimas y victimarios.

---

<sup>22</sup> Mendoza Breaumontz, Emma. Op. Cit. pp. 16-19

“Prevención primaria.- La prevención primaria identifica las condiciones del ambiente físico y social que proporcionan oportunidades para el delito o precipitan los actos criminales...el primer objetivo es crear las condiciones más adecuadas para el éxito en la socialización de todos los miembros de la sociedad. Ejemplos relevantes de estas áreas incluyen la educación, el hogar, el empleo, el descanso y la recreación.

“Prevención secundaria.- El punto focal de la prevención secundaria se encuentra en la política de justicia penal y su organización y práctica. En adición a la prevención general y la especial, ésta se orienta a la identificación temprana de las condiciones criminógenas y de las influencias en estas condiciones.....Incluye medidas como la búsqueda de cambios comunitarios y en el sistema de justicia penal y en las escuelas, además, con el trabajo directo con grupos de jóvenes conflictivos.

“Prevención Terciaria.- La prevención terciaria se ocupa en primer término, de acuerdo con Graham, de la prevención de la reincidencia por la policía y otros agentes del sistema de justicia penal....Medidas que van desde las sanciones informales y condiciones de multa y finanzas hasta la reparación del daño a la víctima y la prisión. Debido a las limitaciones de las sanciones orientadas al tratamiento, la prevención terciaria se reduce frecuentemente a las medidas represivas.”

El Doctor RAUL ZAFFARONI<sup>23</sup> nos dice:

“Tradicionalmente la prevención se divide en dos grandes ramas: la prevención primaria, que se dirige a la fuente de los conflictos, y los resuelve atendiendo a éstas; y la prevención secundaria, que es la prevención policial –por decirlo claramente-, la

---

<sup>23</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl . *Manual de Derecho Penal*. Porrúa, México, p. 170



que interviene en el sistema penal. La prevención secundaria de ninguna manera puede remplazar la prevención primaria. Cuando la magnitud de los conflictos los convierte en sociales y masivos, sólo puede sostenerse una política seria de prevención primaria, puesto que el sistema penal actúa siempre en casos particulares, y por ello no tiene capacidad para operar sobre la masividad. La prevención primaria ni siquiera es política criminal; es directamente política en todas sus ramas. Sin proveer a la prevención primaria, la prevención secundaria se torna ineficaz, y en la medida en que queremos sustituir la prevención primaria por la secundaria, lo que hacemos es neutralizar lo poco que todavía puede hacer la prevención secundaria. Esta propuesta de remplazo es la paradoja política de nuestro tiempo.”

En opinión de la que escribe, en México impera la Prevención Especial con ciertos rasgos de Prevención General, por cuanto a la amenaza contenida en la norma, pero tal parece que las prisiones seguirán incrementándose indefinidamente pues no observamos voluntad alguna por parte del Estado de llevar a cabo ninguna otra medida, toda vez que como ya se comentó, la prisión, ya sea de manera preventiva o como pena se aplica de manera excesiva, en recintos sobrepoblados en exceso, sin respeto además al mandato Constitucional de tener en sitios separados a procesados y sentenciados.

Además, no podemos negar el maltrato tanto físico como moral que sufren los detenidos y si existe alguna excepción, es la de aquellos que mediante el poder y el dinero, compran y explotan los servicios de los presos sin recursos, ofreciéndoles a cambio, además de un poco de dinero o “propinas” cierta protección de otros internos e inclusive de los “custodios”, guardias con altos niveles de corrupción encargados de vigilar el interior de las cárceles.

Desafortunadamente y después de haber analizado la Reforma Penal Constitucional 2007-2008, por más que se alabe en ella el reconocimiento, por fin, del “principio de presunción de inocencia” tendremos que aceptar que ésta fue incluida sin ser comprendida y menos aún reconocida en su integridad.

### **4.3 Detención, Retención y Arraigo.**

#### **4.3.1. DETENCIÓN**

Una vez delimitada la facultad del Estado para privar de la libertad a una persona en aquellos casos en que exista una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada en su contra, o si se tratara de un indiciado, por haberse acreditado su alto grado de peligrosidad, es importante mencionar también aquellas figuras que contempla la legislación procesal penal y que representan igualmente una privación de la libertad, para valorar en su caso si se encuentran o no justificadas.

Se analizará en primer término lo referente a la Detención y a la Retención:

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española:<sup>24</sup>

**Detención:** Del latín *Detentio*, *onis*. Acción y efecto de detener o detenerse. Privación provisional de la libertad, ordenada por una autoridad competente.

**Detener:** Del latín *detinere*.- Interrumpir algo, impedir que siga adelante. Pararse, cesar en el movimiento o en la acción. Referido a una autoridad: prender a alguien.

**Retención.-** Del latín. *Retentio*- *onis*. Acción y efecto de retener.

---

<sup>24</sup>. <http://buscon-rae.es/drae/17> ene. 2008 18:00

Retener: Del latín. Retinere, impedir que algo salga, se mueva, se elimine o desaparezca, arrestar.

Se puede observar una diferencia respecto del significado gramatical de cada palabra:

La Detención será:

- a) Realizada por una autoridad competente,
- b) De carácter provisional,<sup>25</sup>
- c) Por un tiempo determinado, no de forma permanente.
- d) Con un objeto determinado.

Por su parte la Retención:

- a) Puede o no determinarse a las personas autorizadas para realizarla.
- b) Es un acto de carácter preventivo.<sup>26</sup>
- c) No se determina a ciencia cierta su duración.
- d) Su objeto es evitar que se continúe con cierta actividad o anticiparse a un acontecimiento,

Ambas medidas son de carácter provisional, aunque sus objetivos pueden ser diferentes:

Jurídicamente la retención corresponde al ámbito civil o fiscal y se refiere a la posibilidad de detener una cantidad de dinero derivado de una obligación o derecho, llámese sueldo, impuesto, deuda o cualquier otro similar<sup>27</sup>. Esta figura es exclusiva del derecho privado y es fácil detectar que su esencia consiste en que con base en algo

---

<sup>25</sup> De provisión. adj. Que se hace, se halla o se tiene temporalmente. <http://buscon.rae.es/draeI/>, 17 ene 2008 18:22

<sup>26</sup> preventivo, va. Del lat. praeventum, supino de praevenire, prevenir. adj. Que previene. Prevenir. Del lat. Praevenire, Preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin. Prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio. Precaver, evitar, estorbar o impedir algo. Anticiparse a un inconveniente, dificultad u objeción. <http://buscon.rae.es/draeI/>, 17 ene 2008 18:22

<sup>27</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV, Real-Retr, Driskill, Buenos Aires, 1987, p 988.

cierto, determinado y sin lugar a dudas, se inmoviliza, suspende o impide la percepción de algo, en el caso dinero, porque previamente se adquirió esa obligación. No es una figura cuyo fin sea prevenir o asegurar lo que todavía no es cierto, como se presenta en el derecho procesal penal, porque varios son los ejemplos en la legislación procesal en los que aún no se ha comprobado el cuerpo del delito o la probable responsabilidad (elementos mínimos indispensables para iniciar un procedimiento penal) y se realizan retenciones a personas que "supuestamente" se encuentran vinculadas al hecho que se investiga; y aunque no se le denomina propiamente retención, se lleva a cabo en perjuicio de uno de los valores fundamentales del hombre, como lo es la libertad.

De acuerdo con el autor Marco Antonio Díaz de León,

"la retención era una facultad del Ejecutivo de prolongar hasta en una mitad la pena privativa de libertad de más de un año impuesta en una sentencia definitiva, en los casos en que el condenado observara mala conducta durante la segunda mitad de su condena, se resistiera al trabajo o incurriera en faltas graves al reglamento del establecimiento penal. (Arts. 549 a 552 del CFPP y Arts. 594 a 600 del CPPDF ya derogados en ambos ordenamientos legales)"<sup>28</sup>

De lo anterior puede concluirse que la naturaleza jurídica de la retención en el procedimiento penal, era un acto unilateral por parte de la autoridad para tener privada de su libertad a una persona, sin una verdadera justificación jurídica; era una especie de castigo o sanción para el que cometió un delito. La retención como institución de derecho nace, porque de una situación cierta en la que se obliga la persona previamente, se aplica la retención de una parte a un total de la pena establecida.

---

<sup>28</sup> Díaz de León, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal*. T.II, 5ª. Ed. Porrúa, Méx. 2004, p. 2439.

Visto lo anterior, analicemos los textos legales que fundamentan la posibilidad de privar de la libertad a una persona sujeta a un procedimiento penal.

En el artículo 16 Constitucional encontramos diversos párrafos en los que se hace uso indistinto de las palabras aprehensión, detención y retención, pero se requiere descubrir el objetivo que tiene cada uno de estos actos dentro del procedimiento penal, para estar en posibilidad de determinar su diferencia jurídica:

Artículo 16. . . 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 con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

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

De la lectura de estos párrafos, puede interpretarse que la aprehensión se refiere a una "detención" ya que es necesario que se cumpla con ciertos requisitos para que se lleve a cabo, ciertamente ahora reducidos a su mínima expresión, como ya lo comentamos. El objeto de esta "detención" es tener presente al procesado ante el órgano judicial para continuar con el desarrollo del procedimiento.

"Art. 16.....Cualquier persona puede "detener" al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente

después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.’

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.

Analizado el anterior ordenamiento, puede afirmarse que en estos casos estamos ante una retención, debido a que el fin que se persigue es evitar que se siga cometiendo el delito o la persona que se presume lo realizó escape y evada su sujeción a un procedimiento penal. No existe orden previa, ni se emite por la autoridad correspondiente, sencillamente se retiene a la persona y posteriormente se determinará su situación jurídica.

Precisamente la existencia de estos últimos párrafos, genera la posibilidad de cometer un gran número de violaciones a la garantía de la libertad personal, debido a que no se encuentra precisado con exactitud el tiempo que es posible tener retenida a una persona (aunque se utilice el término “inmediatamente” y nuestro Máximo Tribunal se haya dado a la tarea de delimitar ese concepto). Tampoco se establece con precisión el motivo real y jurídico de la detención, haciendo nulo el principio de presunción de inocencia. La libertad de una persona se encuentra en manos de la “percepción subjetiva” del Agente del Ministerio Público, como si se regresara a la época en la que las pesquisas eran permitidas y las detenciones justificadas, pues aunque se han creado mecanismos legales que han ido cerrando esta

posibilidad, todavía se encuentran estos rezagos en nuestro ordenamiento jurídico.

...."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."

Hasta este momento la retención se convierte en detención, si el juez considera que es necesario mantener a la persona privada de la libertad, situación que deberá fundamentar y justificar con suficientes elementos probatorios, pues en caso contrario deberá ordenar su libertad.

Al respecto el Maestro García Ramírez expresa: "En rigor, la "retención" de la que hoy habla la Ley Suprema...es una forma especial de la "detención": ésta existe desde que el individuo es privado de la libertad por cualquier persona en el supuesto de flagrancia, o por el Ministerio Público en el de urgencia, y la ley secundaria ya advierte que incumbe al Ministerio Público (sic) decretar formalmente la "detención" del individuo"<sup>29</sup>. No coincidimos con lo anterior, al considerar que es al Juez a quien corresponde decretar "formalmente" la detención del indiciado, validando su previa retención. Recordemos que la retención la realiza cualquier persona, no necesariamente la autoridad correspondiente.

Considero de suma importancia además, preguntarnos: ¿Qué sucede con el tiempo en que ha sido privada de su libertad esa persona? ¿Quién se lo restituirá? ¿Dónde queda la presunción de que esa persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario?

El artículo 18 Constitucional establece: "Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se

---

<sup>29</sup> García Ramírez, Sergio. *El nuevo procedimiento penal mexicano*. Las reformas de 1993-2000. 3ª. Ed. Porrúa, México 2001, pág. 33

destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Como puede verse claramente, este párrafo del artículo 18 es otro fundamento y justificación para detener a una persona y privarla de su libertad, aunque todavía no se haya dictado en su contra una sentencia definitiva. En los casos en que se trate de un delito en el cual se contemple como sanción una pena corporal, es posible mantener en prisión preventiva a una persona. Nos encontramos ante una detención que no habrá posibilidad de suspender, ante la eliminación de la garantía de la Libertad Provisional bajo caución, garantía individual que representaba un contrapeso ante una violación a la persona investigada, aunque debe reconocerse que ésta venía siendo cada vez más limitada, ante las numerosas hipótesis previstas para negarla.

Es de suma importancia señalar además, que el párrafo transcrito es contradictorio con el párrafo segundo del artículo 19 Constitucional reformado, según el cual y con las serias limitaciones que establece, la prisión preventiva debería ser la "excepción".

Sin embargo, al permanecer lo establecido en este artículo respecto a que "sólo por delito que merezca pena privativa de libertad" habrá lugar a prisión preventiva, habrá que dilucidar, en todo caso, cuál de las dos normas constitucionales apuntadas va a ser aplicada.

De esta manera podemos observar que sigue siendo el artículo 19 Constitucional el que fundamenta la prisión preventiva como una forma de tener presente a un individuo durante el proceso que se siga. Se reitera sin embargo, que se simplificaron al máximo los requisitos para la detención de las personas.



Esta figura de la prisión preventiva claramente corresponde a una detención, ya que debe cumplir con ciertos requisitos y es por un periodo determinado y un fin específico.

Existen casos excepcionales, sin embargo, en los que la Constitución permite la privación de la libertad de tránsito o libertad personal, bajo los supuestos de:

- (a) Detención por caso urgente o flagrancia. En la etapa de averiguación previa, por el Ministerio Público y por un máximo de 48 horas, o 96 en caso de delincuencia organizada.
- (b) Orden de aprehensión, solicitada por el agente del Ministerio Público al juez, por haberse comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de una persona, aunque como ya se señaló, en la reforma se redujeron sensiblemente estos requisitos, al no hablarse más de "cuerpo del delito".
- (c) Auto de Formal Prisión (en adelante, Auto de Vinculación a Proceso) al considerar el juez que existen elementos suficientes para iniciar un proceso en contra de una persona, esto es. "un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que "se ha cometido ese hecho" y que exista "la probabilidad" de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión".
- (d) Prisión preventiva, a la que se encontrará sujeta una persona a la que se le hubiera negado el beneficio de vivir el proceso en libertad, por cualquiera de las razones establecidas en la propia Constitución.

De lo anterior se evidencia que, si bien existen casos excepcionales en los que debe decretarse la prisión preventiva, en la Reforma Constitucional no se está

respetando el principio universal de la presunción de inocencia, al haberse incluido en ella una serie de restricciones injustificadas a la libertad personal.

#### **4.3.2.ARAIGO.**

Siguiendo con el método empleado para determinar el significado, uso adecuado y aplicación de lo que representa el vocablo, se hablará de esta figura jurídica que en la actualidad se emplea con suma frecuencia dentro del procedimiento penal mexicano, contraviniendo el principio de presunción de inocencia y con ello los más elementales derechos humanos.

Veamos en primer término el significado de "arraigo":

"Arraigo. Acción y efecto de arraigar. Arraigar, del lat. Ad, a, y "radicare", del vocablo radix: raíz. Echar o criar raíces. Afianzar la responsabilidad a resultas del juicio, generalmente con bienes raíces, pero también por medio de depósito en metálico o presentando fiador abonado. Establecer, fijar firmemente algo. Notificar judicialmente a alguien que no salga de la población, bajo cierta pena."<sup>30</sup>

La figura del arraigo se originó para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de carácter civil con la misma persona del obligado; dentro del derecho procesal civil, esta figura se encuentra comprendida en las providencias precautorias a un juicio civil:

"la ley con el objeto de no hacer ilusorio el juicio y preparar el esclarecimiento de los hechos o circunstancias que permitan fundar la materia objeto del litigio, permite la práctica de diligencias preparatorias, . . . . las diligencias precautorias sólo pueden dictarse: I. Para impedir que una persona se ausente del lugar donde ha de ser o ha sido demandado , . . . . II. Para impedir que un deudor eluda sus obligaciones o el resultado de un juicio que se ha promovido o se intente promover en su contra"<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> <http://buscon.rae.es/drael/23> ene. 08, 16:53

<sup>31</sup> Sodi, Demetrio, citado por Arellano García, Carlos. Op. Cit. , p. 112

Dentro de las medidas precautorias encontramos al arraigo, con el cual se impide la ausencia de una persona del lugar del juicio y está previsto en la legislación procesal civil. El Dr. Carlos Arellano García lo define como "la providencia precautoria en cuya virtud se limita el desplazamiento de la persona física ya que no debe ausentarse del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expensado para responder de las resultas del juicio."<sup>32</sup>

Puede ser solicitado al juez antes de la presentación de la demanda, con la presentación de la misma o posterior a ella, y quien lo haga en el primer caso, deberá presentar fianza para responder por los daños y perjuicios que se generasen en caso de no entablar el juicio.<sup>33</sup>

Por lo tanto se concluye que la naturaleza jurídica del arraigo es la de ser una MEDIDA PRECAUTORIA que se solicita al juez que conocerá o conoce del juicio, con el objeto de evitar que una persona se ausente del lugar en donde éste se lleva a cabo, o en su defecto deje a un representante instruido, para asegurar el cumplimiento de una obligación que resulte del mismo. Para que sea procedente el arraigo es necesario:

1. Que se solicite por una de las partes en litigio.
2. Quien lo resuelve es el juez.
3. Dependiendo del momento en que se solicita, es necesario otorgar una fianza.
4. Es de carácter temporal.
5. Su objeto es evitar que la persona salga de la jurisdicción territorial en donde se encuentra instaurado el juicio y
6. Quien lo solicite es responsable de los daños y perjuicios que se causen por el mismo.

---

<sup>32</sup> Ibidem, p.115.

<sup>33</sup> Idem.

Constitucionalmente se encuentra prohibida la privación de la libertad por deudas de carácter civil (art 17), por lo tanto el arraigo solo cumple la función de tener a disposición del juez al demandado.

En el ámbito del derecho penal se ha distorsionado el objeto del arraigo y son otros los criterios y principios que rigen a esta institución. Cuando una persona es acusada por la comisión de un delito, el castigo puede llegar inclusive a la privación de la libertad de ese individuo, acorde con la gravedad del delito cometido. Sin embargo, no se pueden realizar actos que por su propia naturaleza impliquen una sanción o castigo al procesado como lo es la privación de la libertad en cualquiera de sus modalidades, en una etapa del procedimiento en donde ni siquiera se ha establecido con certeza la materia del mismo, por encontrarse en una fase preliminar.

Por lo que al arraigo se refiere, éste no se encontraba permitido a nivel constitucional. En el procedimiento penal fue incluido en la legislación secundaria, (Código Federal de Procedimientos Penales, Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y como consecuencia por las legislaciones adjetivas penales locales), pero ahora esta figura inexplicablemente ha sido elevada a ese rango:

Artículo 16, párrafo séptimo en la Reforma Constitucional 2007-2008:

“La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario “para el éxito de la investigación”, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando

el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder de los ochenta días.”

Ya con anterioridad en el procedimiento penal, se había permitido (en la legislación secundaria: Código Federal de Procedimientos Penales, Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, y como consecuencia las legislaciones adjetivas estatales y del Distrito Federal en materia penal), el empleo de la figura del arraigo, “con el objeto de tener presente a una persona en el lugar donde se encuentra radicado un procedimiento penal”. En el Código Federal de Procedimientos Penales se establece:

“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”.

Doctrinariamente, esta figura procesal es una medida cautelar que durante la Averiguación Previa se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que éste cumpla con los requerimientos del Ministerio Público en razón de la investigación de un hecho delictivo.

Es decir, se considera y se argumentó al crear esta figura abiertamente inconstitucional desde entonces, que las medidas de aseguramiento en los procedimientos penales pueden ser también de carácter personal para garantizar el desarrollo del proceso, así como la efectividad de la sanción privativa de libertad en los casos de sentencias condenatorias. Para estos supuestos, afirman diversos teóricos procesalistas, nadie duda que desde la averiguación previa se deben efectuar las medidas conducentes a efecto de estar en posibilidad de integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y así ejercitar la acción penal; así mismo nadie ignora que los sujetos a averiguación son proclives a eludirla, ocultándose o fugándose, por lo cual es manifiesta la dificultad que enfrenta el representante social para integrar los elementos antes señalados.

Con el objeto de hacer factible la función persecutoria encomendada por arraigo en el C.F.P.P., en el artículo 133 Bis ya mencionado se determina la facultad del Ministerio Público Federal para solicitar al órgano jurisdiccional el arraigo del inculpado en los casos que estime necesario.

Concedido el arraigo por el Juez en los términos descritos, se entiende que la regla general sobre su duración será la del tiempo estrictamente indispensable para determinar en la Averiguación Previa si existe o no presunta responsabilidad del inculpado. No obstante la regla indicada, el legislador dispuso un plazo de 30 días,

prorrogables por otros 30 días a petición del Ministerio Público como máximo en la declaración del arraigo.

La situación anterior se empeora con la Reforma Constitucional, en la que como ya quedó asentado, el arraigo podrá solicitarse por 40 días, con una posible extensión hasta de 80 días. De esta manera, al elevarla a rango constitucional, se consolida esta figura totalmente contraria a los principios generales de derecho y a los derechos fundamentales del hombre.

En una primera instancia, podría decirse que el empleo del arraigo dentro del procedimiento penal cumpliría con los requisitos que establece la legislación civil para lograr sus fines por lo que hace a la permanencia de la persona en el lugar del juicio, pero nunca con la privación de su libertad. Al respecto cabe hacer los siguientes cuestionamientos:

¿Quién sería responsable, en materia penal, en caso de que se imponga el arraigo de una persona durante el periodo de averiguación previa y del resultado de las investigaciones que realizara el agente del Ministerio Público se determinara por parte de esta autoridad el no ejercicio de la acción penal, por no haberse recabado las pruebas necesarias para acreditar el cuerpo del delito, o "hecho que la ley señale como tal" (de acuerdo con la reforma) o la probable responsabilidad del arraigado?. Si la persona pierde su trabajo, se afectan sus relaciones comerciales, sociales, familiares, ¿quién respondería de esos daños?, ¿sería necesario otorgar una fianza para asegurar la reparación del daño correspondiente? ¿quién la otorgaría? ¿Sería suficiente una compensación económica para resarcir los daños causados a esta persona.?

Es por todos conocido, que la figura del arraigo se ha convertido en una herramienta más para el agente del Ministerio Público con el objeto de ganar tiempo y poder realizar su trabajo, sin importar que se esté vulnerando la libertad de una persona sin motivación válida y jurídica. Ahora resulta que “no se investiga para detener” sino “se detiene para investigar”. Es decir, si una persona por circunstancias ajenas a su voluntad se encuentra involucrada en un procedimiento de averiguación previa, ya tiene sobre sí una marca de delincuente, evasor de la justicia o criminal y por lo mismo “de manera precautoria” se le da ese tratamiento. ¿qué sucede con el trato digno y el respeto a las garantías individuales que se encuentran establecidos en la Carta Magna?

“En términos actuales, además, puede percibirse algo que es muy claro: el arraigo ha dejado de ser una medida precautoria y se ha tornado en su práctica en una consecuencia jurídico-penal, en una pena que no ha sido, en todo caso, decretada o impuesta por un juez”<sup>34</sup>

Es evidente entonces que el arraigo, en materia procesal penal primero y a nivel Constitucional ahora, además de ignorar el principio de presunción de inocencia, ignora el principio procesal de aplicar todo lo que beneficie al reo como es el computar todo el tiempo que la persona haya estado privada de su libertad en caso de ser sancionada, para que sea aplicado a su condena. En este punto, no hay legislación que resuelva este problema ni que lo evite.

En el caso del arraigo, nos encontramos ante una evidente alteración del principio de presunción de inocencia, al retenerse a una

---

<sup>34</sup> Plascencia Villanueva; Raúl, *El Arraigo y los Derechos Humanos*, Derechos Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, año 1, Número 1, 2006, México, p. 74



persona por “la simple sospecha de que pueda ser probable responsable de un delito”.

No conforme con lo anterior y rompiendo con todas las reglas de congruencia y armonía que debe imperar en un sistema jurídico, el mismo Código adjetivo federal establece:

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.

La expresión “Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva. . ” del artículo 205 del Código Adjetivo Federal, debe interpretarse necesariamente en el sentido de que, en los casos en que no se cumplan los requisitos legales exigidos para justificar una prisión preventiva, o se trate de delitos culposos y el agente del Ministerio Público no hubiera podido integrar la averiguación previa, a pesar de lo cual decida mantener al indiciado a su disposición, tiene la facultad de determinar su arraigo, lo cual a todas luces es una retención sin fundamento ni motivación legal alguna.

Por otra parte, es necesario precisar que cuando se establece: “existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia. . . **se deja un campo muy amplio a la interpretación y**

**justificación de la procedencia del arraigo; permite el abuso y su uso desmedido como una herramienta de trabajo”.**

En la figura del arraigo, lo que realmente tenemos a la vista es una retención del todo indebida. Recordemos que anteriormente ésta se practicaba por el mal comportamiento que presentaba un sentenciado durante la segunda mitad del cumplimiento de su pena. Actualmente es más grave su aplicación, debido a que aún no se determina la responsabilidad de esa persona y ya se le está tratando como a un “delincuente peligroso” a quien es indispensable mantener privado de su libertad.

De suma importancia y gravedad en el tema del arraigo, es el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada:

## TÍTULO SEGUNDO DE LA INVESTIGACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

### CAPÍTULO SEGUNDO DE LA DETENCIÓN Y RETENCIÓN DE INDICIADOS.

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 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.

La aparición de este artículo, de acuerdo con la autoridad, se dio por el incremento en el descontrol de la delincuencia organizada y la imposibilidad de comprobar los elementos necesarios constitucionales para proseguir con el enjuiciamiento penal de una persona a la que se le imputaba la comisión de un delito de esta naturaleza.

Con este precepto legal se abrió la puerta a la autoridad para que bajo su propio criterio y de acuerdo con su particular punto de vista, estableciera la forma y el lugar para arraigar a una persona, lo cual quebranta los principios de legalidad, la exigencia de fundamentación y motivación de todo acto de autoridad, prohibición en materia penal de la analogía y sobre todo, el principio de presunción de inocencia.

Además, recordemos que el tiempo que una persona hubiera estado "arraigada", y posteriormente fuera condenada a sufrir una pena corporal, éste no se le computaría, al no haber disposición alguna al respecto. Es por las anteriores razones por las que se sostiene que el arraigo deja de ser una medida precautoria para convertirse en una retención infundada y contraria a todo derecho fundamental del hombre.

Conforme al artículo 18 constitucional, sólo se permite la privación de la libertad en dos casos:

1. Prisión preventiva en los casos en que se trate de delitos que merezcan pena corporal (En la reforma, se sustituye el término pena corporal por "pena privativa de libertad").

Es de suma importancia recordar en relación con este artículo, que resulta abiertamente contradictorio el que se mantenga la aseveración de que "solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva" y por otra parte, las aparentes "excepciones" (que son múltiples) para ordenar la prisión

preventiva, se establezcan en el párrafo segundo del artículo 19 Constitucional reformado, pues debe recordarse que son la gran mayoría de los delitos los que merecen pena privativa de libertad, lo que necesariamente se prestará a indebidas interpretaciones e inclusive a una contradicción de normas constitucionales entre sí.

2. Los casos en que ya se haya dictado una sentencia y se deba dar cumplimiento a la misma.

En ambos casos, los lugares para llevar a cabo la detención de los procesados deben ser diferentes, pues los procesados y los sentenciados estarán en lugares separados, lo que se encuentra claramente establecido en los ordenamientos jurídicos federal, estatales y del Distrito Federal, mandato que como es bien sabido no se cumple. Pero además nos preguntamos: ¿Dónde se encuentra el fundamento jurídico para la existencia de las casas de seguridad que tienen las Procuradurías de Justicia, en donde son retenidas las personas sujetas a arraigo?

“: . . . la ejecución de dicha medida (arraigo) en las denominadas casas de seguridad, en casas de arraigo o bien en hoteles, constituye una privación de la libertad que excede las facultades de la autoridad administrativa, y contravienen lo establecido en el artículo 18 constitucional. . . . toda vez que la persona privada de su libertad tiene derecho a no ser incomunicada, a recibir visitas, a un trato digno, y lo mas importante, a que se le dispense un trato acorde con un marco jurídico sobre la materia . . . .”<sup>35</sup>

Como se expuso al inicio del estudio del arraigo en esta investigación, se trata de una figura procesal (ahora desafortunadamente Constitucional) que tiene por objeto asegurar la presencia del procesado en el lugar donde se está desarrollando el proceso; sin embargo en materia penal se ha perdido la dimensión de la facultad concedida, llegando al extremo de incomunicar a las

---

<sup>35</sup> Plascencia Villanueva, Raúl, Op. Cit. p. 76

personas, imposibilitárlas a desarrollar sus actividades cotidianas e inclusive separarlas de la sociedad, sin que se haya iniciado aún un procedimiento en su contra.

Nos encontramos ante situaciones en las que, por no poder cumplir con los requisitos para decretar una detención o prisión preventiva y ante la negligencia e ineptitud de los agentes del Ministerio Público, se están violentando las garantías individuales.

Como consecuencia de lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado por la inconstitucionalidad del arraigo:

**ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.** La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley. Registro No. 6013, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: X, Noviembre de 1999, Página: 55. Contradicción de Tesis 3/99. Entre las sustentadas, por una parte, por los Tribunales Colegiados

Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Sin embargo ahora, habiéndose plasmado esta figura en la propia Constitución, que diría la Suprema Corte de Justicia al respecto?

Aunado a lo anterior, la inconstitucionalidad del arraigo deriva de la violación a la garantía de libertad de tránsito que establece la Constitución en el artículo 11 en donde sólo en los casos de responsabilidad civil o criminal es posible restringirla. Además, se encuentra lo establecido en el artículo 19 constitucional, que expresamente señala los casos de privación de la libertad que ya fueron expuestos.

Es interesante recordar lo que al respecto expresa el Maestro Colín Sánchez: “ . . . no puedo dejar de advertir, que tal vez se inspiraron en sistemas distintos al mexicano y sin considerar la realidad mexicana en torno a la averiguación del delito y en relación con el aseguramiento del probable autor, cuestiones éstas que no se resuelven con medidas asistidas, y hasta incongruentes con lo dispuesto en normas jurídicas fundamentales”.<sup>36</sup>

Es evidente la razón que asiste al Maestro, pues de unos años a la fecha nuestro sistema de justicia penal ha venido adaptando figuras procesales ajenas al mismo, cuando lo que debería hacer en todo caso sería imitar de otros países el respeto al principio de presunción de inocencia.

---

<sup>36</sup> Colín Sánchez, Guillermo, Op. Cit p. 237.

#### 4.4 DELITO FLAGRANTE Y SUS MODALIDADES

Como ya se ha mencionado, los únicos casos en que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debería permitir la privación de la libertad de una persona, serían aquellos en los que un bien jurídico mayor al afectado se encuentre en peligro.

En el caso de flagrancia, puede detenerse a una persona sin mandamiento judicial, al encontrarla cometiendo un delito.

“Llamase delito flagrante a aquel cuyo autor es sorprendido en el momento mismo de cometerlo. . . flagar (del latín flagrare) significa arder o resplandecer como fuego o llama, de manera que etimológicamente, el término de delito flagrante se refiere al hecho vivo y palpitante, resplandeciente, cuya observación convence al testigo de que se está presenciando la comisión de un delito”<sup>37</sup>

Constitucionalmente se establecía:

Artículo 16. . . .En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. . . .

Con la Reforma actual, el artículo 16 en su párrafo cuarto establece:

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

---

<sup>37</sup> Zamora Pierce, Jesús, Op. Cit. p. 20

Como puede verse, con diferencias mínimas, el ordenamiento Constitucional se mantiene en los mismos términos, pero debemos recordar que la Constitución sólo se encarga de establecer los cimientos de todo el ordenamiento jurídico, por lo que corresponde a la legislación secundaria establecer con precisión los alcances de dichos principios.

En este caso es a la ley adjetiva penal a la que le corresponde definir jurídicamente lo que debe entenderse por "delito flagrante", pues aunque ya no esté plasmada la expresión en la Reforma Constitucional, el significado sigue siendo el mismo y hasta el momento no podemos asegurar que tanto el Código Federal de Procedimientos Penales como el del Distrito Federal y los de las entidades federativas, dejen de hacer una "interpretación a modo" de los términos utilizados en la Constitución, como lo hicieron anteriormente y nos rige en la actualidad:

"ARTÍCULO 193(C.F.P.P.) 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 estos 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.

La violación a lo dispuesto en el párrafo anterior hará penalmente responsable a quien decrete la indebida retención y la persona detenida deberá ser puesta de inmediato en libertad.

De decretar la retención, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa correspondiente, si aún no lo ha hecho.

De las fracciones que componen este artículo se desprende que existen tres hipótesis, que para efectos del procedimiento penal constituyen flagrancia y por consecuencia es permitido detener a una persona:

Primera: Flagrancia propiamente dicha. Cuando está cometiendo el delito, es detenida la persona.

Segunda. Cuasiflagrancia. Cuando después de haberlo cometido y sin perderlo de vista se le persigue materialmente, hasta lograr su detención.

Tercera. Flagrancia equiparada.

A. Cuando la víctima, algún testigo presencial o quien participó con la persona a la que se le imputa la comisión de un delito, lo señala como el autor del mismo.

- B. En los casos en que se encuentre en poder del imputado el objeto, instrumento o producto del delito.
- C. Cuando aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito.

Para que se considere como flagrancia cualquiera de estos casos es necesario que:

- a. Se trate de un delito grave.
- b. Sea dentro de las siguientes cuarenta y ocho horas a la comisión del delito.
- c. Se haya iniciado la averiguación previa respectiva y
- d. Que no se hubiera interrumpido la persecución del delincuente.

El desarrollo de esta clasificación de la flagrancia en la legislación penal adjetiva se deriva de la reforma de 1993, lo que dio como resultado que los códigos procesales de los diferentes estados de la República ampliaran la posibilidad a la autoridad o a cualquier persona para detener a otra, en casos que técnicamente no constituyen flagrancia por no cumplir con las características de esta institución jurídica. Consideramos que esta reforma obedeció a la realidad que se presentaba, en la que era muy difícil capturar a una persona en el preciso momento de cometer el delito. Sin embargo, era mayor el número de casos en los que se daba una persecución material del presunto delincuente, o con posterioridad a la realización del hecho se encontraban en su poder los objetos del delito, pero por no estar previamente regulados, no era posible detenerlos.

Sin embargo, esto también se prestó a terribles violaciones, lo que puedo aseverar, pues al estar como juez en funciones, en varias ocasiones presentaban a un sujeto por "flagrancia" o "caso urgente"

sin que esto ocurriera. En una de ellas, argumentaron "caso urgente" porque el indiciado iba a dejar la ciudad, tratando de comprobar esto con boletos de autobús hacia algún lugar del interior de la república. Ante la duda que me surgiera, pedí a mi Secretario que acudiera a la terminal de autobuses para verificar la compra de los boletos y resultó que éstos habían sido adquiridos por los propios Agentes de la Policía Judicial.

No faltaron ocasiones, por otra parte, en las que se "argumentaba" haber encontrado en poder del detenido los objetos materia del robo con posterioridad a los hechos, habiéndose demostrado después que dichos objetos le habían sido "sembrados" al indiciado.

Lo que nunca debe perderse de vista, es que por tratar de solucionar un problema, se genere otro mayor o se contribuya a mantener una mala aplicación del procedimiento penal y sus principios. Otra gran contradicción al principio de presunción de inocencia, la encontramos en la figura de la "flagrancia equiparada", que incide nuevamente en dar trato de delincuente a una persona a la que no se le ha comprobado responsabilidad alguna y que hoy por hoy continúa vigente en nuestros Códigos Adjetivos.

#### **4.5 INCIDENTES DE LIBERTAD.**

Antes de referirnos a los incidentes de libertad, es menester recordar de nueva cuenta lo establecido en la Reforma Constitucional, en relación con la libertad de una persona "vinculada a proceso".

Como ya se señaló anteriormente, nos encontramos en primer término ante una contradicción, ya que en sus artículos 18 y 19, al establecerse en el primero que "SOLO POR DELITO QUE MEREZCA

PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD HABRA LUGAR A PRISION PREVENTIVA”, nos llevaría a concluir que permanece la prisión preventiva como hasta ahora, a pesar de que en el segundo artículo mencionado, se pretende restringir la prisión preventiva a la comisión de ciertos delitos, a la “solicitud” del Ministerio Público y a aquellos casos en los que “La ley determine cuándo el Juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso”.

La libertad puede ser restringida en casos de urgencia y flagrancia, cuando por delito que merezca pena corporal el agente del Ministerio Público solicite una orden de aprehensión conjuntamente con la consignación que realice, o cuando al final del plazo constitucional de 72 o 144 horas, se ordene por el juez un auto de formal prisión (ahora “vinculación a proceso”).

Ante estas situaciones, resulta evidente que debería subsistir la posibilidad de solicitar la liberación de la persona y para ello existe la figura del incidente de libertad.

“La palabra incidente . . . proviene de “incido incidents”, cuyo significado es : acontecer, interrumpir, suspender; es decir lo que sobreviene en el curso de un asunto”<sup>38</sup>.

Es fundamental que las resoluciones que se dicten en el procedimiento penal se encuentren libres de cualquier contrariedad u obstáculo. El fin de éste es la determinación acerca de la responsabilidad de una persona en la comisión de un delito. De comprobarse ésta, su libertad es lo que se encuentra en juego; por lo tanto, cualquier contrariedad o tropiezo debe ser resuelto para seguir

---

<sup>38</sup> Colín Sánchez, Guillermo, Op. Cit. p. 662

un camino despejado y libre de problemas. Los incidentes como figura procesal, se encargan de dicha tarea.

Nos adherimos al concepto de incidente que proporciona el Maestro Colín Sánchez al mencionar que "son obstáculos que surgen durante la secuela procedimental impidiendo su desarrollo, por estar relacionados con diversos aspectos sobre los cuales versa el proceso y que es necesario resolver, para que en el momento oportuno se pueda definir la pretensión punitiva estatal."<sup>39</sup>

Partiendo de este concepto, estaré en posibilidad de determinar si los llamados incidentes de libertad pueden considerarse como una forma de reconocer el principio de presunción de inocencia, derecho fundamental del ser humano que debe ser respetado ante todo.

Constitucionalmente en el artículo 20 se establecía:

"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

---

<sup>39</sup> Ibidem. pp. 662-663

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 determinara los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;  
. . . . 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.”

Conforme a este artículo se establecían las bases, si bien con serias limitaciones, para tramitar la libertad denominada provisional en el curso del procedimiento penal (artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales). Corresponde aún a la legislación adjetiva el desarrollo de los principios constitucionales fijados, ahora desaparecidos, que consistían en:

La solicitud de la libertad se puede hacer en cualquier momento del procedimiento, inclusive desde el periodo de averiguación previa, siempre y cuando:

Se trate de delito "no grave" (no se encuentre previsto en la lista del artículo 194 del CFPP; o que el término medio aritmético no rebase de 5 años: CPPDF).

En caso de delitos no graves, "que el procesado no represente un peligro para la sociedad o ya se le haya condenado por un delito grave con anterioridad".

Que cubra el monto de la caución que le sea establecida, la cual debe ser accesible para él y suficiente para cubrir las obligaciones que pudieran surgir para el procesado en caso de comprobar su responsabilidad. Sobre todo lo relacionado con la reparación del daño.

Esta procederá cuando se cumplan los requisitos que se establecen en el artículo 20 constitucional, y para lograr dicha libertad, la caución puede otorgarse mediante depósito en efectivo, fianza, hipoteca, prenda o fideicomiso. A través del ámbito económico el legislador encontró la forma de obligar al procesado a mantenerse en el lugar donde se encuentre radicado el proceso.

En los casos en que la persona obtenga la libertad, se encuentra sujeta a ciertas obligaciones y en caso de no cumplir con ellas su beneficio puede ser revocado. Entre ellas tenemos:

- a. Presentarse ante el tribunal que conozca de su caso los días que se estime conveniente señalarle y cuantas veces sea citado o requerido para ello;
- b. Comunicar al mismo tribunal los cambios de domicilio que tuviere, y
- c. No ausentarse del lugar sin permiso del citado tribunal, el que no se lo podrá conceder por tiempo mayor de un mes.

En los casos de revocación de la libertad aún se establecen por la legislación secundaria las consecuencias y formas de proceder en contra del procesado.

De acuerdo con lo anterior, resulta evidente que no se estaba respetando el principio de presunción de inocencia con el "beneficio de la libertad provisional" al estar la normatividad respectiva saturada de condiciones por cuanto a los delitos cometidos y las condiciones personales del indiciado o procesado, y será necesario esperar a que las legislaciones sustantivas y adjetivas sean adecuadas a las reformas Constitucionales, en las que seguramente y en congruencia con la reforma constitucional estas figuras habrán de desaparecer, para estar en posibilidad de constatar si la Reforma Constitucional significó un avance en el reconocimiento de este principio.

Si bien se afirma que con el sistema acusatorio los procesos serán sumamente breves, tenemos la certeza de que esto no ocurrirá, como no sea en aquellos casos de delitos menores en los que no se requiera mayor preparación y en los que no suceda, como en muchos otros por no decir la mayoría, de procesos en los que participan varios indiciados, que se requieran diversos peritajes y naturalmente la concurrencia de múltiples testigos.

Es importante señalar además, que en países avanzados en el sistema acusatorio, como Francia, España y otros, es al Juez de Instrucción al que corresponde en cada caso y después del análisis del delito presuntamente cometido y de la personalidad del indiciado, determinar si es procedente o no fijarle una garantía para la obtención de su libertad durante el proceso, lo que no encontramos plasmado en la reforma.



Libertad provisional bajo protesta.

A diferencia de la libertad provisional bajo caución, ésta no se contempla en la Constitución y encuentra su fundamento en la ley adjetiva. Es el resultado de la realidad que viven muchas de las personas que se ven involucradas en un procedimiento de esta materia, ya que la mayoría de ellas no cuentan con los recursos económicos para cubrir el monto de la caución y el legislador, en atención a que el delito que se investiga no representa un alto grado de peligrosidad, consideró esta forma de tramitación como la adecuada para dichos casos.

Las condiciones que se establecen para que proceda la libertad provisional bajo protesta son:

- a. Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión. Tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años.
- b. Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.
- c. Que éste tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo;
- d. Que la residencia del inculpado en dicho lugar sea de un año cuando menos;
- e. Que el inculpado tenga profesión, oficio, ocupación o modo honesto de vivir; y
- f. Que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculpado se substraiga a la acción de la justicia.

En los casos en que el procesado incumpla con alguna de las obligaciones que se le han impuesto, represente un peligro para la sociedad en general o para los que intervienen en el procedimiento

en particular, cometa un delito posterior o sea sancionado por uno previamente realizado, será revocada su libertad.

En la libertad provisional bajo protesta, lo que se busca es asegurar que el procesado se encuentre presente en el trámite del procedimiento sin que se vea en la necesidad de vivir privado de su libertad. La diferencia consiste en que no es necesario asegurar su presencia con una caución, es suficiente la palabra y comportamiento del sujeto para considerar que no existe la posibilidad de que trate de huir.

Nos preguntamos si esta figura, desafortunadamente cada vez menos utilizada en nuestro sistema y que debería aplicarse con mucho mayor frecuencia, no va a desaparecer al adecuar las leyes secundarias a la Constitución reformada.

Libertad por desvanecimiento de datos.

La esencia del incidente de libertad por desvanecimiento de datos consiste en que aquéllos que dieron lugar a afirmar que se cometió un delito o que la persona sujeta a proceso es la responsable del mismo, pierden su fuerza probatoria al grado de desvanecer cualquier presunción que pudiera establecerse al respecto.

Sabemos que el momento procesal en el que se determina la materia del proceso mismo, es cuando se dicta el auto de formal prisión en el que se establece la materia de la instrucción y las personas que pudieran ser declaradas responsables por los hechos investigados; por ello la libertad por desvanecimiento de datos sólo puede tramitarse en la etapa de instrucción.

La tramitación de este tipo de libertad es a través de una solicitud al juez por alguna de las partes en el procedimiento, la cual

será escuchada y fortalecida con argumentos y pruebas aportadas. Con base en ellas se le dará respuesta y en caso de concederse, tendrá los efectos de un auto de libertad por falta de elementos para procesar cuando se desvanezca la probable responsabilidad; cuando el desvanecimiento surja con respecto al cuerpo del delito, tendrá efectos definitivos y se resolverá el sobreseimiento del proceso.

Ya ha quedado establecido que en atención al principio de presunción de inocencia, no se debe privar de la libertad a ninguna persona hasta que se encuentre plenamente comprobada su responsabilidad en la comisión del delito. Sin embargo se reconoce, como ya se dijo, que existen ciertas excepciones a ese principio, entre ellas cuando la persona que se encuentra sujeta al procedimiento represente un peligro grave para la sociedad y que esto se acredite fehacientemente. Es una facultad que posee el Estado en el ejercicio del ius puniendi y aún cuando en ciertos casos puede estar justificada, lo que no se entiende es que se abuse de esta facultad y pase de ser una excepción a una práctica cotidiana.

Puede concluirse que tanto la libertad provisional bajo caución, como la que se otorga bajo palabra, son las fórmulas que había encontrado el Estado para asegurar a una persona a quien, hasta que se comprobara plenamente su responsabilidad en la comisión de un delito, sería privada de su libertad. Sin embargo, aún en estos casos, la presunción de inocencia se encuentra condicionada y limitada, por lo que a lo largo de todo este trabajo de investigación se sostiene que no basta "con el reconocimiento expreso" de dicho principio. Es indispensable que éste se fundamente en normas idóneas para su aplicación, para evitar interpretaciones subjetivas que den lugar a abusos, arbitrariedades y violaciones.

## **LA PRISIÓN PREVENTIVA.**

Toda vez que como ya hemos analizado, la prisión preventiva seguirá aplicándose en nuestro país, posiblemente con mayor frecuencia de la que se piensa, de acuerdo con lo que hemos constatado respecto de los artículos 18 y 19 Constitucionales reformados, se considera de suma importancia plantear lo que esta medida representa.

Cuando se menciona la prisión preventiva, se pretende darle una connotación diversa a la de la pena de prisión, pero ¿podemos con honestidad aseverar que la prisión preventiva es una institución diferente a la de la prisión como pena? Ciertamente es una pena, que además trasciende a las familias de los procesados, pues agregado al dolor de saber que un hijo, un padre o cualquiera de sus miembros se encuentra en prisión sin que se haya comprobado su plena culpabilidad, se enfrenta a graves problemas económicos y sociales que difícilmente podrán solucionar.

Para introducirnos en este tema, nadie mejor que el Maestro Eugenio Raúl Zaffaroni , cuando nos dice:

“La característica más saliente del poder punitivo latinoamericano actual en su aspecto prisionizante, es que la gran mayoría –aproximadamente tres cuartas partes- de los presos se hallan sometidos a medidas de contención, porque son procesados no condenados. Desde el punto de vista formal esto constituye una inversión del sistema penal, pero desde la realidad percibida y descrita por la criminología, se trata de un poder punitivo que desde hace muchas décadas ha preferido operar mediante la prisión preventiva o “medida de contención provisoria convertida en definitiva con la práctica. Dicho más claramente: casi todo el poder punitivo latinoamericano se ejerce en forma de medidas, o sea, que todo se ha convertido en privación de libertad sin sentencia firme y por presunción de peligrosidad. . . medida cautelar o pena cautelar, o sea que, por precaución, el poder punitivo se ejerce condenando materialmente a todos los sindicados a una medida y revisando con gran parsimonia esas condenaciones, tomándose años para ello, a efectos de

verificar si corresponde una pena formal. La excarcelación o cese de la prisión preventiva o provisional importa una absolución, pues surte casi todos sus efectos. . . En los casos de delitos "graves", a la prisión preventiva siguen reclusiones perpetuas o penas absurdamente prolongadas, que en muchos casos superan la posibilidad de vida de las personas; "los molestos" siguen siendo eliminados con medidas administrativas, penas desproporcionadas (para reincidentes) e internación en cárceles donde se reconocen altísimos índices de violencia y mortalidad hetero y autoagresiva y morbilidad, o sea, con alta probabilidad de eliminación física, sin que hayan desaparecido las ejecuciones policiales y parapoliciales sin proceso, aunque por lo general, no configuran un sistema penal debido a que no son sistemáticas, pese a que en ocasiones su frecuencia hace sospechar la peligrosa reaparición del desdoblamiento de seguridad nacional de los años setenta del siglo pasado. . . En síntesis, puede afirmarse que el poder punitivo en América Latina se ejerce mediante medidas de contención para sospechosos peligrosos, o sea, que se trata en la práctica de un derecho penal de "peligrosidad presunta" que con base en ella impone penas sin sentencia condenatoria formal a la mayor parte de la población prisionizada."<sup>40</sup>

Por su parte el Maestro LUIGI FERRAJOLI, nos dice:

"Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. . . Se trata, como afirmó Luigi Lucchini, de un "corolario lógico del fin racional asignado al proceso" y al mismo tiempo, de la "primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano". . . Es ésta la opción sobre la que Montesquieu fundó el nexo entre "libertad y seguridad" de los ciudadanos: "la libertad política consiste en la seguridad o al menos en la convicción que se tiene de la propia seguridad" y dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas y privadas, de modo que "cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad". . . La presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social. . . Cada vez que un imputado inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica

---

<sup>40</sup> Zaffaroni, Raúl Eugenio. *El Enemigo en el Derecho Penal*. Op. Cit., pp. 73-74

del estado de derecho: el miedo, y también la sola desconfianza y la no seguridad del inocente, indican la quiebra de la función misma de la jurisdicción penal y la ruptura de los valores políticos que la legitiman. . . Así, para Hobbes, la prisión provisional no es una pena sino un "acto hostil" contra el ciudadano, como "cualquier daño que se le obligue a padecer a un hombre al encadenarlo o encerrarlo antes de que su causa haya sido oída, y que vaya más allá de lo que es necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de la naturaleza".<sup>41</sup>

Ciertamente, se dice que la prisión preventiva es únicamente una medida de seguridad. Una figura creada por el Estado, se afirma, para seguridad de todos, para evitar que una persona en contra de la cual existen indicios de responsabilidad eluda la impartición de la justicia. En la Reforma Constitucional 2007-2008, como ya vimos, se establecen aquellas "excepciones" en las que una persona permanecerá privada de su libertad durante el proceso que se le instruya, que ciertamente y como desafortunadamente ya vimos, éstas no son pocas, dado el carácter general que se les ha dado, al permitir al Ministerio Público solicitar la prisión preventiva por múltiples razones.

El Maestro Sergio Vela Treviño afirma:

"La prisión preventiva es, según se dice, garantía de ejecución de la pena , porque estando el individuo privado de su libertad en forma anticipada, llegado el momento de la condena sólo se cambia la denominación, y de procesado se torna a sentenciado, igual que de prisión preventiva se pasa a prisión definitiva, con la posibilidad manifiesta de que se ejecute la sanción impuesta". . ."Se dice también que la prisión preventiva es un medio de instrucción, puesto que la presencia del imputado es necesaria en el proceso, ya que en la búsqueda de la verdad debe ser interrogado cuantas veces se estime conveniente, actuar como órgano de prueba, permitir su identificación e individualización y, hablando procesalmente, es sujeto indispensable en la relación procesal. Por todo lo anterior resulta indispensable que la autoridad judicial instructora lo tenga a su

---

<sup>41</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Op. Cit, p. 55l.

disposición, y ello se logra, obviamente, por medio de la prisión preventiva.” A lo anterior, agrega el Maestro: “¡Qué pobre se siente, en verdad, una argumentación en la que la idea de la comodidad de unos es la base para que otros sacrifiquen su derecho a la libertad personal! Para que el juez trabaje menos y más cómodamente, qué mejor que tener al presunto culpable privado de la libertad.”<sup>42</sup>

Con apoyo en los anteriores razonamientos, se encarcela a personas que a la postre resultan inocentes o bien merecedoras de una pena alternativa a la de la prisión; esto es, se habrá concretado una sanción inexistente y se habrá preparado para “la vida en sociedad” a quien no lo necesitaba.

Coincidimos plenamente con lo afirmado por los Maestros Zaffaroni y Vanelli-Viel, cuando dicen:

“En cuanto a nuestros sistemas penales en sí mismos y en su relación con los derechos humanos, cabe destacar que si bajamos los niveles de garantías frente al poder punitivo, sólo lograremos obtener un mayor número de prisiones preventivas, un mayor número de presos procesados, no condenados. Es decir, no lograremos condenados, sino contención de personas. La mayor violación masiva de derechos humanos en nuestros sistemas penales está dada por la institución denominada “prisión preventiva”...Los partidarios de afianzar la seguridad bajo el paradigma efectista, tratarán de hacer creer que deberíamos bajar los niveles de las garantías derivadas de la consagración de los instrumentos del Derecho humanitario –es decir, del Estado de Derecho, pues ello permitiría alcanzar más condenas para culpables, más prisiones preventivas-, y de esta manera calmar la angustia y la incertidumbre evidenciada en la inseguridad personal y material.”<sup>43</sup>

El tratadista Maximiliano Rusconi nos dice también al respecto:

“Así es como se entiende que el encierro anterior a la sentencia está al servicio de los fines propios del proceso y, por lo tanto, es sólo una manifestación del poder “jurisdiccional” del Estado. Se expresa, por ejemplo, que

---

<sup>42</sup> Vela Treviño, Sergio. *Miscelánea Penal*, Trillas, México. Pág. 45.

<sup>43</sup> Zaffaroni, Raúl Eugenio y Vanelli Viel Renato, “El dilema de la seguridad en la realidad latinoamericana” *Uso Legal de la Fuerza*. INACIPE, México, 2008, pp. 166-169

debe tender a la "tutela del descubrimiento de la verdad" o que, más generalmente, "es legítima (la medida cautelar) cuando tiende a hacer posible y a asegurar el ejercicio regular de la función jurisdiccional que la norma constitucional prevé"<sup>44</sup>.

Y agrega el Maestro Rusconi:

"ya no es desconocido por nadie que la prisión preventiva es la "productora" de más del 50% de la población carcelaria, generando un aumento exagerado de los reclusos y la incapacidad de los establecimientos penitenciarios para mantenerlos en forma que no esté caracterizada por la insalubridad y el hacinamiento. Esta visión se ve acentuada cuando se comprueba que, en su cumplimiento, la coerción procesal y la sanción son idénticas y, en este sentido, la prisión preventiva se caracteriza sólo por la cuota de desocialización que de por sí otorga el encierro y no por el intento de establecer programas de resocialización, esto último debido a su propia naturaleza cautelar"<sup>45</sup>

A este respecto debemos recordar que la cárcel no ha cumplido con los fines para los que fue creada. Se ha convertido en un factor criminógeno y lo que sucede, más grave aún, es que es de todos sabido que dentro de los encausados se encuentran personas inocentes, personas detenidas y encarceladas injustamente, quienes al contacto con personas que pueden presentar un alto nivel de distorsión en sus valores, se ven influenciados por éstos, y en consecuencia en múltiples ocasiones, abandonan la cárcel enfermos moralmente y sin ninguna esperanza de poder reinsertarse en una sociedad a la que, por más que se le diga que esa persona fue totalmente exonerada por ser inocente, siempre va a verlo y tratarlo con reservas, ante la duda que de su inocencia va a permanecer. De ahí que pueda afirmarse que la cárcel en vez de "readaptar", "desadapta". En vez de entenderse que la prisión preventiva debe ser una medida extrema para casos específicos de alta peligrosidad

---

<sup>44</sup> Rusconi, Maximiliano, *Las Fronteras del Poder Penal*. Editorial Ciudad Argentina, 2005, p 265..

<sup>45</sup> Idem



de un sujeto, esta institución se ha instaurado como una medida cotidiana de "seguridad" social y sobre todo de carácter político, pues tal parece que a mayor cantidad de presos, mayor tranquilidad se ofrece al ciudadano, sin medir siquiera las graves consecuencias de esta irracional medida.

Maximiliano Rusconi, en su obra "Las Fronteras del Poder Penal", manifiesta también su grave preocupación en relación con la prisión preventiva: "La posibilidad de que el Estado encarcele a un ciudadano preventivamente, en el marco de un proceso penal, causa a los juristas, desde hace muchos años, enorme cantidad de disgustos. Para quienes no han perdido todavía la capacidad de sorprenderse frente a la gran cantidad de violaciones a los derechos humanos que provoca el sistema penal, los últimos años han sido especialmente intensos. La prisión preventiva se ha convertido en una muestra absolutamente ilustrativa del modo en que el sistema penal ha divorciado el funcionamiento práctico del ejercicio del poder que administra y la enumeración y explicación de un conjunto de límites republicanos que pretenden que el derecho penal "lato sensu" pueda ser pensado como un sistema de resolución de conflictos que aporte alguna ventaja visible a la convivencia social."<sup>46</sup>

En nuestro país, antes de la Reforma, el artículo 18 Constitucional era el que fundamentaba y regulaba la prisión preventiva, al establecer:

"Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de éste será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Los gobiernos de la Federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente."

---

<sup>46</sup> Ibidem, pp. 19-20

A este respecto debemos señalar, en primer término, que al establecerse en la Constitución la frase "sólo por delito que merezca pena corporal", o "por delito que merezca pena privativa de libertad", se está cometiendo un grave error, pues el delito no es sancionable como tal, se sanciona a la persona que lo cometa, esto es, que en contra de ella existan pruebas bastantes y suficientes para demostrar indubitablemente su responsabilidad en la comisión de un delito que tenga señalada en la ley una pena corporal.

La eminente Doctora Emma Mendoza Bremauntz, en su obra "Derecho Penitenciario" analiza la creación y aprobación del artículo 18 Constitucional en comento y al respecto cita algunos párrafos de la argumentación que hiciera el diputado Macías, en la sesión ordinaria número 22 celebrada la tarde del lunes 25 de diciembre de 1916, en el teatro Iturbide de la ciudad de Querétaro, argumentación que por su evidente actualidad, consideramos de suma importancia recordar:

" . .La experiencia ha demostrado que este sistema es vicioso. . .supone que la responsabilidad de todos los individuos que infringen la ley es la misma, considera al delito como una entidad objetiva que puede desprenderse del sujeto que cometió el delito y que puede castigar aplicándole un metro en el cual pueda graduarse la responsabilidad del delincuente. No hay absolutamente delito como entidad objetiva, hay delincuentes y no delitos y la delincuencia, en el derecho penal moderno, en el derecho penal científico moderno, no es una cosa abstracta sino una cosa enteramente concreta. El individuo que obra, no por su sola voluntad, como lo supone el sistema penal clásico, sino que obra obedeciendo a un sistema de circunstancias múltiples, el delincuente que obra por la influencia de la herencia, del medio, de la educación, de las ideas dominantes en el momento histórico que vive y no solamente esto, sino que la experiencia y el estudio han venido a demostrar que la constitución interna del individuo es, en muchos casos, la que viene a determinar el delito....; de manera que ya el sistema de la responsabilidad penal, tal como lo consideraba la escuela de Beccaria, es una escuela enteramente desprestigiada. . .La cárcel hoy y los sistemas penales, deben tener exactamente el mismo objeto que tiene la educación de la niñez en la escuela y en la familia:

preparar al individuo para poderlo lanzar al mundo, pudiendo subsistir o convivir tranquilamente con sus semejantes. De manera que hoy los sistemas penales no son sistemas de venganza, no son sistemas de reparación, sino que son sistemas de adaptación de los individuos que están inhabilitados para poder vivir en las condiciones ordinarias de la sociedad. Esta es la teoría moderna. . .”<sup>47</sup>

Desafortunadamente y como es fácilmente verificable, las cárceles en la actualidad siguen siendo recintos oscuros, dentro de los cuales se gestan cotidianamente mejores delincuentes y no mejores seres humanos, por lo que podemos afirmar que en nuestro concepto, es la medida que menos se justifica al imponerse a alguien contra el que sólo existen sospechas o indicios que hacen suponer que cometió un delito punible con pena corporal, esto es, se aplica a un hombre al que no se le ha declarado culpable por sentencia debidamente ejecutoriada. Además, de acuerdo con la ley y los Tratados Internacionales debe presumirse inocente al encausado hasta que no se demuestre lo contrario, lo que se traduce necesariamente en una violación flagrante del derecho fundamental del individuo a su libertad personal. De tal manera, insistimos, la prisión preventiva debe ser la excepción y nunca la regla. Desafortunadamente, nuestra Reforma Constitucional 2007-2008 establece demasiadas excepciones y lo que es peor, excepciones imprecisas e interpretables que no otorgan seguridad alguna al indiciado.

Aclarado lo anterior, es necesario señalar además que no se cumple ahora y tampoco consideramos que podrá hacerse después de la reforma, con lo ordenado en el propio artículo 18 Constitucional, por cuanto a la separación de las personas que compurgan una pena impuesta en sentencia ejecutoriada, pues en los “Reclusorios Preventivos” supuestamente dedicados exclusivamente para aquellas personas que están detenidas preventivamente, se encuentra un alto

---

<sup>47</sup> Mendoza Breaumontz, Emma. Op. Cit. pp..204-205.

porcentaje de hombres y mujeres que ya fueron sentenciados y su sentencia causó ejecutoria. Esto a pesar de que la persona que está siendo procesada, no puede ser considerada como culpable y el propio Reglamento de los Centros de Reclusión del Distrito Federal establece en su artículo 36 que:

“El régimen interior de los establecimientos de reclusión preventiva estará fundado en la presunción de la inculpabilidad o la inocencia de los internos.”

Por otra parte, el Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal, en su artículo 4º. establece:

“En el Sistema de Reclusorios y Centros de Readaptación Social, se establecerán programas técnicos interdisciplinarios sobre la base del trabajo, la capacitación, la educación y la recreación que faciliten al “interno sentenciado” su readaptación a la vida en libertad y socialmente productiva y “eviten la contaminación de los internos procesados”

Nos preguntamos entonces: ¿Porqué se habla indiscriminadamente de sentenciados, procesados e indiciados, si a estos últimos debe tratárseles con la absoluta presunción de inculpabilidad o inocencia?

Otro ejemplo claro del desconocimiento de la presunción de inocencia en nuestro sistema jurídico penal, es lo establecido en la fr. II del artículo 38 Constitucional:

“Son causas de suspensión de las prerrogativas del ciudadano:

II. Por estar sujeto a un proceso criminal que merezca pena corporal”;

¿No estamos acaso, ante una flagrante violación a la presunción de inocencia? A este ciudadano se le están suspendiendo garantías individuales, aún cuando no existe en su contra una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada.

¡Tendremos entonces que aceptar que la prisión preventiva no es más que una pena adelantada, con el grave riesgo de que se convierta en una pena totalmente injusta al comprobarse la inocencia de aquella persona a la que se encarceló "preventivamente" como habremos de analizar en el capítulo V de este trabajo.

Al hablarnos el Maestro LUIGI FERRAJOLI de la prisión provisional, señala que le interesa reafirmar el alcance de la presunción de inocencia como regla del juicio y como regla de tratamiento del imputado:

"...quiero sostener la ilegitimidad y la inadmisibilidad que de ella se derivan para ese instituto, central en la experiencia procesal contemporánea, que es la prisión provisional del imputado antes de la condena ...La historia de la prisión cautelar del imputado en espera de juicio está estrechamente vinculada a la presunción de inocencia, en el sentido de que los límites dentro de los que la primera ha sido admitida y practicada en cada ocasión siguen de cerca los avatares teóricos y normativos de la segunda. Así sucedió que, mientras en Roma se llegó tras diversas alternativas a la total prohibición de la prisión preventiva, en la Edad Media, con el desarrollo del proceso inquisitivo, se convirtió en el presupuesto ordinario de la instrucción, basada esencialmente sobre la disponibilidad del cuerpo del acusado como medio para obtener la confesión "PER TORMENTA". Y sólo volvió a ser estigmatizada en la época de la Ilustración, de forma simultánea con la reafirmación del principio NULLA POENA, NULLA CULPA SINE IUDICIO y el redescubrimiento del proceso acusatorio. Así para Hobbes, la prisión provisional no es una pena sino un "acto hostil" contra el ciudadano, como "cualquier daño que se le obligue a padecer a un hombre al encadenarlo o al encerrarlo antes de que su causa haya sido oída, y que vaya más allá de lo

que es necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de la naturaleza.”<sup>48</sup>

Además, nos dice el Maestro:

“Al coste de la justicia, que depende de las opciones penales del legislador, la prohibición de los comportamientos que ha considerado delictivos, las penas y los procesos contra sus transgresores, se añade por tanto un altísimo coste de las injusticias, que depende del funcionamiento concreto de cualquier sistema penal. Y a lo que llaman los sociólogos la “cifra negra” de la criminalidad, formada por el número de culpables, que, sometidos o no a juicio, quedan impunes y/o ignorados, ha de añadirse una cifra no menos oscura pero aún más inquietante e intolerable: la formada por el número de inocentes procesados y a veces condenados,. Llamaré cifra de la ineficiencia a la primera de estas cifras y cifra de la injusticia a la segunda, en la que se incluyen:

- a. Los inocentes reconocidos como tales en sentencias absolutorias tras haber sufrido el proceso y en ocasiones la prisión preventiva;
- b. Los inocentes condenados por sentencia firme y ulteriormente absueltos a resultas de un procedimiento de revisión;
- c. Las víctimas, cuyo número quedará siempre sin calcular -verdadera cifra negra de la injusticia- los errores judiciales no reparados<sup>49</sup>.

Considero con firmeza que no es posible continuar con este irracional incremento de penas y de prisiones hacinadas de hombres y mujeres que dejan de ser productivos para ellos mismos, su familia y la sociedad, en contra de la cual necesariamente van a acumular un rencor que les va a impedir la reinserción en ese mundo que los despreció, situación que no consideramos, desafortunadamente, pueda cambiar radicalmente con las reformas, como ya lo expusimos.

Ciertamente existe aún, mientras no se adecuen los Códigos Adjetivos, (en un plazo de tres años) la figura de la “libertad provisional bajo caución” ya analizada, aunque debemos reconocer

---

<sup>48</sup>

<sup>49</sup> Ibidem. p. 4

que cada vez existen mayores limitaciones para su concesión y tendremos que esperar, además, los cambios que habrán de realizarse para adaptar los Códigos a la Reforma Constitucional, mismos que por su tónica en general, consideramos seguirán violando el principio de presunción de inocencia. En efecto, los Códigos de Procedimientos Penales, tanto el del Distrito Federal como el Federal y los de los estados, reconocen la figura de la libertad provisional, pero cada vez con mayores restricciones.

Así, el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal establece que procederá la libertad provisional solo para aquellas personas que hubieren cometido presumiblemente un delito considerado "no grave", esto es, aquel cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión, de acuerdo con lo establecido en el quinto párrafo del artículo 268.

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales establece en su artículo 194 un listado, cada vez más extenso, de aquellos delitos que deberán ser considerados como graves para los efectos de negar la posibilidad de la libertad provisional. En los estados de Tabasco y Veracruz se establece al igual que en el Distrito Federal, la media aritmética no mayor de cinco años para conceder la libertad provisional y en los demás estados de la República se establece el listado de "delitos graves".

Además al incluirse, al promediar la pena, las agravantes que pudieran haber concurrido con el delito, cuando se trata del otorgamiento de la libertad en razón de la media aritmética, suele ocurrir con frecuencia que por un delito de menor cuantía, por ejemplo un robo, al agregársele dos o tres calificativas, necesariamente va a resultar ser un "delito grave" sin derecho a la libertad provisional.

Sirva el siguiente caso de ejemplo: Una persona de 60 años robó unos cables que colgaban de un tráiler abandonado, cortándolos con unas pinzas. El indiciado aceptó el hecho y manifestó que como lo vieron los policías, corrió y lo detuvieron, pero la versión de los policías fue que "los amenazó con las pinzas", por lo que se le decretó formal prisión por el delito de robo calificado (dos agravantes: parte de vehículo automotriz y violencia al darse a la fuga). lo que representa un término medio aritmético de 9 AÑOS 3 MESES de prisión, obviamente sin derecho a libertad provisional, y aún la pena mínima que al dictársele sentencia se le aplicó, resulta del todo irracional: 4 AÑOS 6 SEIS MESES DE PRISIÓN.

Pero reiterando la gravedad de la prisión preventiva, es importante recordar lo que nos dice el Doctor LUIS RODRIGUEZ MANZANERA al referirse al fracaso de la prisión:

"El problema se agrava cuando sabemos que la mayoría de las personas privadas de su libertad están en prisión preventiva, es decir, se trata de procesados en espera de sentencia. En algunos países las personas en prisión preventiva alcanzan el 75 y 80% del total de la población privada de libertad. (En México era el 49% según el censo de 1976, había subido a 60% en 1988, para los años 2000-2003 baja a 43%). Estas personas que teóricamente son inocentes hasta que no se les pruebe lo contrario, tienen seriamente limitados sus derechos, ya que es común que compartan la misma institución que los delincuentes sentenciados, ignoran cuando saldrán en libertad, quedan registrados en los archivos penales, carecen de los beneficios concedidos a los sentenciados, etc. La magnitud del problema se aprecia si tomamos en cuenta que los juicios tienen duración media de un año, una alta proporción de procesados serán declarados inocentes y muchas personas privadas de libertad son simplemente pobres que no pueden pagar la fianza fijada por el juez....."<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Rodriguez Manzanera, Luis,. *Criminología*. Porrúa, México. 2005 p.514



Tenemos la certeza, desafortunadamente, que esta situación, tan acertadamente descrita por el Maestro, va a permanecer y seguramente en mayor grado, ante la desaparición de la garantía de la Libertad Provisional.

Consideramos importante cerrar este capítulo, con la disertación del Doctor Miguel Sarre Iguiniz, quien al respecto nos dice:

“Una sociedad donde impere la procuración y la administración de justicia eficientes y respetuosas del Derecho; en la que exista una seguridad pública basada en los derechos humanos y en el profesionalismo para la prevención y persecución del delito; una sociedad, en síntesis, evolucionada en los aspectos morales, culturales y jurídicos, debe ser una sociedad que tienda a la eliminación de la prisión preventiva, pues ésta no es más que la aplicación inversa del principio de que a toda persona se le presume inocente mientras no se prueba lo contrario. “Al aplicar la prisión preventiva, en los hechos se está considerando culpable a un individuo mientras no se demuestre lo contrario. Por eso se le mantiene detenido durante el proceso, por si acaso fuera culpable y, además, pretendiera evadirse.”<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Sarre Iguiniz, Miguel. *La pena sustitutiva de prisión*. México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1995. Pág. 92.

## CASOS PRACTICOS.

En este capítulo y a fin de ilustrar el grave perjuicio que se causa a personas que a la postre, ya sea en primera o segunda instancia y aún en Juicio de Amparo, son declaradas "no penalmente responsables" y se ordena su "inmediata y absoluta libertad" después de haber estado en prisión varios meses y aún años, situación propiciada, obviamente, por no cumplirse irrestrictamente con el principio de presunción de inocencia, me he permitido transcribir en forma sintetizada y plasmando lo trascendente de ellas, diversas resoluciones ciertas que conservamos, a las que por obvias razones se les han cambiado nombres y fechas.

### 5.1 CASO I. ROBO AGRAVADO

Resolución dictada por Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

- - - México, Distrito Federal, a 13 trece de agosto de 2006 dos mil seis.- - -

- - V I S T O para resolver el presente toca número 94/06, relativo al recurso de apelación interpuesto por los sentenciados **JAVIER CASTRO ROJAS y ROBERTO PARRAS ROJAS** en contra de la sentencia de fecha 22 veintidós de mayo de 2006 dos mil seis, por la comisión del delito de ROBO AGRAVADO EN PANDILLA; quienes dijeron ser el primero de 18 dieciocho años de edad, el segundo de 20 veinte años de edad. - - - - -

- - - - - RESULTANDO - - - - -

- -

1o.- La sentencia, que fue dictada el 22 de mayo de 2006, concluye con los siguientes puntos resolutivos:- - - - -

- - - - -

"PRIMERO.- ROBERTO PARRAS ROJAS Y JAVIER CASTRO ROJAS , SON PENALMENTE RESPONSABLES de la comisión del delito de ROBO AGRAVADO (HIPOTESIS DE VIOLENCIA FISICA) Y EN PANDILLA (HIPOTESIS DE CUANDO EL DELITO SE COMETE EN COMUN POR MAS DE TRES PERSONAS QUE SE REUNEN OCASIONALMENTE SIN ESTAR ORGANIZADOS CON FINES DELICTIVOS), cometido en agravio de DIEGO MORALES CRUZ Y JOSE MORALES, por el cual los acusó la Representante Social. SEGUNDO.- Por la comisión dolosa del delito de ROBO- AGRAVADO en comento, circunstancias de ejecución y peculiaridades de los sentenciados ROBERTO PARRAS ROJAS Y JAVIER CASTRO ROJAS, se estima justo y equitativo imponerles a cada uno LA PENA DE 5 CINCO AÑOS 01 UN MES 03 TRES DIAS DE PRISION y MULTA DE \$6,765.13 (SEIS MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS 13/100 M.N.) sanciones que deberán compurgar y cubrir en las condiciones precisadas en el considerando III de la presente resolución. TERCERO.- SE CONDENA A LOS SENTENCIADOS por concepto de reparación del daño derivada del delito de ROBO AGRAVADO que cometieron, a pagar al menor ofendido: la cantidad de \$100.00 (CIEN PESOS 00/100 M.N.); así como deberán restituir a dicho pasivo: una chamarra marca Volcano, de color azul marino y un teléfono celular de la marca Motorola C-331, y en caso de no ser posible dicha restitución deberán pagarle la cantidad en efectivo de \$1,080.00 (UN MIL OCHENTA PESOS 00/100 M.N.). CUARTO.- SE NIEGAN A LOS SENTENCIADOS ROBERTO PARRAS ROJAS Y JAVIER CASTRO ROJAS LOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISION ASI COMO LA SUSPENSION CONDICIONAL DE LA EJECUCION DE LA PENA. . . .

----- **CONSIDERANDO** -----

La Sala resolvió en los siguientes términos:

I.- El presente recurso tiene el objeto y alcance.....

II.- A fin de determinar si el cuerpo del delito de ROBO previsto en el párrafo primero del artículo 220, con relación al 17 fracción I, ambos del nuevo Código Penal, en agravio de.....quedó comprobado en el sumario en términos del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, se analizarán los elementos de prueba que obran en autos:

- - -..... a).- **Declaración ante el Ministerio Público del denunciante DIEGO MORALES CRUZ**, de fecha 20 veinte de enero de 2006 dos mil seis quien manifestó que el día anterior 19 diecinueve, aproximadamente a las 21:30 veintiuna horas con treinta minutos, el dicente conjuntamente con sus amigos, llegaron al billar "Toritos", ubicado en la calle de Hipocampo, colonia Del Mar, a bordo del vehículo de la marca Tsuru, toda vez que iban a recoger a su amigo JOSE MORALES, que iban bajando por las escaleras del billar y se encontraron a 8 ocho sujetos del sexo masculino y una mujer, los cuales al parecer forman parte de la banda "Los Terren" y uno de ellos, el que ahora sabe responde al nombre de JORGE le dijo a su amigo JOSE: "tu eres el que te pasaste de lanza con mi hermana", por lo que su amigo JOSE le contestó "yo no fui" y recuerda el emitente que otro sujeto de los integrantes de la banda citada le dijo a JORGE "él no es", por lo que JORGE le dio un cabezazo en la cara a JOSE ; que el de la voz intervino y le dijo a JORGE "que se calme" y le contestó textualmente JORGE "cálmate tu pinche madre", por lo que el dicente sintió que lo jalaron de la camisa y por la espalda, tirándolo por las escaleras y ya estando en el suelo el emitente sintió que le pegaban en la cara, toda vez que le dieron un botellazo y después le dieron de rodillazos y otros 3 tres botellazos, escuchando que se rompían las botellas, por lo que se logró parar al de la voz y se cruzó la calle de Piraña y **ahí es cuando se percata de que le habían robado un teléfono celular de la marca Sony Ericsson, modelo W800, con un valor de \$3,000.00 tres mil pesos, así como la cantidad de \$100.00 cien pesos**, ya que traía 2 dos billetes de \$50.00 cincuenta pesos; que entre los 8 ocho sujetos que los rodearon, estaban JORGE y FRANCISCO, a los cuales reconoció

plenamente y sin temor a equivocarse como los mismos sujetos que lo golpearon, tanto a él como a su amigo JOSE y que de igual forma los asaltaron, aunque por la violencia empleada por dichos sujetos no pudo saber quién de ellos lo desapoderó de sus pertenencias; que denuncia el delito de ROBO y lo que resulte cometido en agravio del de la voz, en contra de JORGE, ROGELIO y FRANCISCO y quién o quiénes resulten responsables; asimismo se querrela por el ilícito de LESIONES cometido en su agravio y en contra de JORGE, ROGELIO y FRANCISCO y quién o quiénes resulten responsables; que el teléfono celular que poseía el dicente en el momento de los hechos, es propiedad de su tía PATRICIA. En su **ampliación de declaración** a preguntas de las partes contestó: P: Que diga si recuerda cómo era la visibilidad en el momento en que iban bajando las escaleras el dicente y su amigo. R: Que era regular, que era de noche y afuera hay una propaganda del billar con luz y por eso sí se veía bien; P: que diga en qué posición se encontraba el de la voz en relación con su amigo MARIO cuando bajaban las escaleras. R: Que su amigo estaba a la derecha del dicente; P: Que diga si se percató en dónde se encontraban los otros sujetos en el momento en que LUIS le dice a su amigo tú eres el que te pasaste de lanza con mi hermana. R: Que algunos estaban en las escaleras y otros en la calle de Hipocampo; P: Que diga si recuerda cómo era la afluencia vehicular en la calle de Hipocampo en el momento en que LUIS le dice a su amigo tu eres el que te pasaste de lanza con mi hermana. R: Que sí pasaban muchos carros; P: Que diga si puede describir el objeto con el cual refiere le dieron un botellazo. R: Que era una cerveza familiar Corona color café, el logotipo amarillo; P: Que diga si recuerda en qué parte del cuerpo le dieron los rodillazos. R: Que fue en la boca, en los labios y que los rodillazos se los dieron entre ellos dos

(señalando hacia la reja de prácticas a los dos procesados); P: Que diga desde cuándo conoce a los hoy procesados. R: Que de vista como 3 tres meses, de nombres los acaba de conocer; P: Que diga si le decían algo específicamente al dicente los sujetos que lo golpeaban. R: Que no lo recuerda; P: Que diga qué tiempo transcurre desde el momento en que el emitente ya se encontraba en la patrulla hasta el momento en que vuelve a tener a la vista a los hoy procesados. R: Que 20 veinte minutos; P: Que diga qué hizo el de la voz durante esos 20 veinte minutos. R: Que estando en la patrulla los llevan al parecer a un Ministerio Público que está por Canal de Chalco y ahí les dan a reconocer y los reconocen, aclarando que después de que le pegaron al dicente, el emitente se fue a la casa de un amigo a lavarse y su amigo le dijo súbete al carro y lo llevaron a la patrulla a la que ya tenían; P: Que diga si sabe en dónde fueron detenidos los hoy procesados después de los hechos. R: Que en dónde se juntan, que cree que es un kiosco Ayepetiali; - - - - - c).- **Declaración ante el Ministerio Público del menor denunciante JOSE MORALES**, quien manifestó que el día anterior 19 diecinueve, aproximadamente a las 21:30 veintiuna horas con treinta minutos, se encontraba en el interior del billar "Toritos", ubicado en la calle de Hipocampo esquina Piraña, colonia Del Mar, llegó su amigo DIEGO, el cual le dijo traigo carro vamos a Villacoapa, por lo que el dicente accedió y al bajar por las escaleras del billar, se encontraron a 8 ocho sujetos del sexo masculino y una mujer, los cuales al parecer forman parte de la banda de "Los Terren", y es cuando **el que ahora sabe responde al nombre de JORGE le dijo "tú eres el que te pasaste de lanza con mi hermana", por, lo que el emitente le contestó "yo no fui", repentinamente JORGE le dio un cabezazo entre la cara y el cuello e inmediatamente después JORGE lo tomó de los cabellos y de la cabeza y lo jaló tirándolo por las escaleras y**

ya en el suelo los otros integrantes de la banda "Los Terren" lo empezaron a patear en el cuerpo y en la cara, agarrándolo y apretándolo del cuello y otro lo agarró de las mano para que los demás le siguieran pegando en el cuerpo y cara y es ahí cuando uno de los sujetos, sin saber quién, gritó "vamos a robarles", por lo que el mismo JORGE le jaló y desapoderó al emitente de su chamarra marca Volcano, color azul marino, con un valor de \$200.00 doscientos pesos y luego sintió cómo otro de los sujetos integrantes de la banda "Los Terren" le metió la mano a la bolsa de su pantalón y lo desapoderó de un billete de \$100.00 cien pesos, así como de su teléfono celular de la marca Sony Ericsson, color azul con gris, con un valor de \$1,200.00 mil doscientos pesos, posteriormente sintió cómo lo siguieron golpeando en cuerpo y cara; luego ya logró ver a su amigo DIEGO subiéndose ambos a una patrulla de policías y ahí tanto su amigo DIEGO como el dicente le señalaban a los policías hacia donde se habían ido corriendo los probables responsables y donde se juntaban; que minutos después ya llegaron los policías con los que ahora sabe responden a los nombres de ROGELIO, FRANCISCO y JORGE.- - - - - d).- **Dictamen**

**médico practicado al menor denunciante JOSE MORALES**, presenta **zona equimótica** la cual abarca **región matar** o zigomática y **mejilla del lado izquierdo. Edema de pirámide nasal** con equimosis violácea en dorso de nariz del lado izquierdo, **edema inflamación y laceración de mucosa interna de labio superior del lado izquierdo. Equimosis violácea** de 5x2 centímetros en **región temporal derecha**. Conclusión.- JOSE MORALES presenta lesiones que tardan en sanar menos de quince días. **Fe de lesiones y certificado médico** - - - - -

- - - - - f).- **Declaración ante el Ministerio Público del policía preventivo EZEQUIEL GONZALEZ** de fecha 19 diecinueve de febrero de 2006 dos mil seis quien manifestó que

junto con su compañera IVONNE CORCHERA PEÑA, que ese día, aproximadamente a las 22:00 veintidós horas, circulando sobre la Avenida Piraña, llegando al cruce con la calle de Hipocampo, colonia Del Mar, se les acercaron 2 dos personas del sexo masculino, quienes dijeron llamarse JOSE MORALES de 16 dieciséis años de edad y DIEGO MORALES CRUZ de 18 dieciocho años de edad, los cuales se encontraban lesionados y quienes les solicitaron el apoyo, manifestando que sobre la calle de Hipocampo se encontraban aproximadamente 10 diez sietos, los cuales los habían asaltado, desapoderándolos de sus pertenencias y mismos que los habían golpeado, a la mitad de la citada calle de Hipocampo efectivamente se encontraban un número aproximado de 10 diez sujetos del sexo masculino desconocidos, los cuales al notar la presencia de las unidades, procedieron a darse a la fuga, procediendo su compañera de labores y el dicente a perseguir a éstos, siendo asegurado por el emitente al sujeto que ahora sabe responde al nombre de JOSE LUIS, así como también su compañero LUIS CABALLERO PIÑA de otra unidad, logró asegurar al sujeto que ahora sabe responde al nombre de FRANCISCO y que el tercer sujeto de nombre JORGE éste fue asegurado por su compañero EZEQUIEL, y los demás sujetos procedieron a darse a la fuga y; por lo que ponen a disposición de esa oficinas a los que ahora sabe responden a los nombres de JORGE, ROGELIO y FRANCISCO, **los cuales fueron señalados por los hoy denunciantes de nombres JOSE MORALES y DIEGO MORALES CRUZ como los mismos que en compañía de otros sujetos hoy prófugos los desapoderan de sus pertenencias y a los cuales al realizarles una revisión minuciosa no se les encontró objeto alguno relacionado con los presentes hechos; que al emitente no le constan los hechos por no haberlos presenciado.- - - - -**  
**- - - - - g).- Declaración ante el Ministerio Público del policía**



**preventivo GABRIEL**, que el día anterior 19 diecinueve, aproximadamente a las 22:00 veintidós horas, encontrándose en el desempeño de sus funciones, circulando por la Avenida Piraña, se les acercaron 2 dos personas del sexo masculino, los cuales se encontraban lesionados y quienes les solicitaron el apoyo, manifestando que sobre la calle de Hipocampo se encontraban aproximadamente 10 diez sujetos, los cuales los habían asaltado, desapoderándolos de sus pertenencias y mismos que los habían golpeado, al entrar a la calle de Piraña sobre la calle de Hipocampo, en donde a la mitad de la citada calle de Hipocampo efectivamente existía un grupo como de 10 diez sujetos del sexo masculino desconocidos, los cuales al notar la presencia de las unidades, procedieron a darse a la fuga, logrando su compañero de labores y el dicente a perseguir a éstos, siendo asegurado por el emitente al sujeto que ahora sabe responde al nombre de ROGELIO, su compañero LUIS, logró asegurar al sujeto que ahora sabe responde al nombre de FRANCISCO al cual también introdujo a la misma unidad y que el tercer sujeto de nombre JORGE, éste fue asegurado por su compañero EZEQUIEL, ponen a disposición de esa oficinas a los que ahora sabe responden a los nombres de JORGE, ROGELIO y FRANCISCO.- - - - - j).- **Declaración ante el Ministerio Público de la testigo PATRICIA MENDEZ**, tía del denunciante DIEGO MORALES CRUZ y que sabe y le consta que su sobrino traía un celular de la marca Motorola, modelo C331, color plateado, con pantalla oscura, el cual le costó a la dicente la cantidad de \$2,800.00 dos mil ochocientos pesos, que de los hechos de la presente averiguación previa, salió con lesiones su sobrino. - - - - - k).- **Informe de policía judicial**, en el que se asentó la entrevista realizada al sentenciado FRANCISCO, quien manifestó: "Que

pertenece a la banda denominada los 'TR' y que se juntan como 15 sujetos de diferentes edades, que el día de ayer como a las 21:00 hrs el de la voz y cuatro amigos más caminaban por la col. Del Mar y de repente uno de sus amigos de nombre **JORGE se empezó a pelear con varios sujetos que se encontraron y se pelearon ambas bandas al parecer por viejas rencillas de JORGE** y los sujetos contrarios y como esos sujetos iban perdiendo la pelea, uno de los sujetos los acusa por el delito de robo, siendo todo lo que desea manifestar'. ROGELIO PACHECO ESCAMILLA, manifestó: "...se junta con varios amigos que les apodan la banda de los 'TR' y que el día de ayer como a las 21:00 hrs el de la voz y cuatro amigos más, dos de los presentados y los sujetos que les apodan EL JOSUÉ y EL POPE y se encontraban tomando bebidas embriagantes y de repente **al pasar frente a un billar salieron varios sujetos y se hicieron de palabras con su amigo JORGE LUIS y de repente se empezaron a pelear con uno de los sujetos que salían del billar, que el de la voz y sus amigos únicamente estaban viendo, aclarando que su amigo JORGE LUIS** fue el único que se estaba peleando con uno de los sujetos que salía del billar y el de la banda contraria iban perdiendo y esos sujetos los acusan de robo, siendo todo lo que desea manifestar'.

- - - m).- **Declaración ante el Ministerio Público del menor JORGE**, el día anterior 19 diecinueve, aproximadamente a las 20:30 veinte horas con treinta minutos, se encontraba con unos amigos de nombres ROGELIO PACHECO y una amiga, **el dicente se encontró a un sujeto de sexo masculino, el cual sabe responde al nombre de DIEGO, en ese momento el emitente retó a dicha persona a golpes, ya que tenían problemas anteriores, a lo que el de la voz le soltó un cabezazo, pegándole en la frente, por lo que el de la voz le dijo "que mejor se salieran del billar", por lo que el emitente se**

**bajó y salió del billar y se comenzó a liar a golpes con DIEGO; que sus amigos se comenzaron a pelear con otro sujeto; que por lo que hace a las lesiones que el dicente presenta, éstas se las ocasionó golpeando al hoy denunciante. se empezaron a golpear entre todos e incluso la mamá de DIEGO les pegó; que a varios de sus amigos les dejaron lesiones y entonces días después se encontró a DIEGO en el billar y le dijo que él se había querido pasar de lanza con su hermana y ya pasó todo lo que declaró; que no les robaron ni nada;**

**- - - n).- Dictamen médico practicado al sentenciado FRANCISCO "N" quien presenta tres excoriaciones dérmicas la mayor de 1.5 centímetros en cara lateral interna de codo izquierdo, otra de 0.5 centímetros en codo y una en tercio superior cara externa de antebrazo izquierdo. Excoriación dérmica de 3x0.5 centímetros en tercio medio cara anterior de pierna derecha.**

**- - - ñ).- Declaración ante el Ministerio Público del sentenciado , FRANCISCO que enterado de la imputación que obra en su contra la niega y que la verdad de éstos es que el día anterior 19 diecinueve, aproximadamente a las 21:30 veintiuna horas con treinta minutos, el dicente en compañía de JORGE y ROGELIO, iban caminando frente al billar llamado "Los Toritos", ubicado en la calle de Hipocampo y calle Piraña, colonia Del Mar, cuando JORGE LUIS vio al que ahora sabe responde al nombre de DIEGO y le dijo "no te metas con mi hermana" y en ese momento comenzaron a pelearse y el sujeto que acompañaba a DIEGO, quien ahora sabe responde al nombre de MARIO se metió para ayudar a DIEGO y al ver el emitente y ROGELIO que estaban golpeando a JORGE LUIS se metieron y comenzaron a golpearse entre todos. A preguntas directas formuladas por la Representante Social, refirió Que diga cómo le fueron provocadas**

las lesiones que presenta. Respuesta: Que éstas se las produjeron los policías preventivos que lo detuvieron, sin saber nombres ni número de patrullas, así como tampoco su media filiación, porque no pudo verlos bien, por lo que no es su deseo formular querrela. Sexta: Que diga su grado de participación en los presentes hechos. Respuesta: **Que no robó, únicamente agredió a los ahora denunciantes y que ignora quién les haya robado sus pertenencias.**

- - - o).- **Dictamen médico practicado al sentenciado ROBERTO PARRA ESCAMILLA,** presenta **equimosis violácea** de 4x0.5 centímetros en región infraescapular derecha a 3 tres centímetros de la línea media posterior, múltiples **equimosis violáceas** en un parte de 10x2 centímetros en cara interna tercio medio y superior de **brazo derecho,** **equimosis violácea** de 2x0.5 en tercio superior cara anterolateral interna de **brazo derecho.**

- - - p).- **Declaración ante el Ministerio Público del sentenciado ROGELIO,** manifestó que el día anterior 19 diecinueve, aproximadamente a las 21:00 veintiuna horas, el dicente acompañado de JORGE, FRANCISCO y 2 dos sujetos más de nombres JOSUE "N" "N" y CARLOS "N" "N", apodados "JOS" y "POPE", de quienes no sabe sus apellidos, iban pasando por el billar denominado "Toritos", ubicado sobre la calle de Hipocampo, colonia Del Mar, **cuando JORGE LUIS se dirigió al sujeto que ahora sabe responde al nombre de DIEGO SANCHEZ CRUZ y le reclamó "que no se metiera con su hermana", entonces DIEGO le dijo "que no hizo nada", entonces JORGE LUIS le dijo "que sí, que él lo vio" y en ese momento JORGE LUIS jaló a DIEGO quien iba saliendo del billar junto con un sujeto del que ahora sabe responde al nombre de MARIO quien le dijo a JORGE LUIS "que le pegara" y cuando vieron que MARIO se iba a meter, "POPE" jaló a MARIO y comenzaron a golpear, JORGE LUIS con**

**DIEGO y MARIO con "POPE" y el emítente, FRANCISCO y una chava que se llama ANA "N" "N", el de la voz y sus amigos quienes les dijeron a los demás "ya cálmense" y en ese momento el dicente y sus amigos se fueron pero minutos después llegaron elementos de la policía preventiva y los detuvieron. Preguntas directas formuladas por la Representante Social: **Que diga quién le robó sus pertenencias a los que responden a los nombres de DIEGO SANCHEZ CRUZ y MARIO SANCHEZ MORALES. Respuesta: Que no vio quién les robó, pero ahora recuerda que después de los hechos el sujeto que responde al nombre de JOSUE "N" "N" apodado "JOS" les dijo que iban a empeñar un teléfono celular, el cual mostró y era un Sony Ericsson, sin recordar el modelo, lo cual iba a ser para que compraran otras cervezas; que por lo que hace a la chamarra y al dinero en efectivo, no sabe quién se lo robó.** En su declaración preparatoria, ratificó su declaración anterior y agregó **que sí vio que se llevaron la chamarra y fue JOSUE y CARLOS al que le apodan "POPE" y ellos despojaron de la chamarra a MARIO SANCHEZ y ante el Ministerio Público no lo había dicho pero ahorita lo aclara y lo de los \$100.00 cien pesos, también vio que los sacó JOSUE cuando ya no teníamos dinero para las cervezas y también vio que JOSUE sacó el celular, pero en ningún momento les robó y el emitente no estaba ni enterado que se habían perdido las cosas, se enteró hasta el Ministerio Público que los acusaban de robo.****

**La Sala, después de analizados los elementos probatorios, concluye:**

- - - III.- Del análisis de los anteriores elementos de convicción se advierte que los mismos son aptos para acreditar los elementos del tipo penal del delito de **ROBO**, previsto en el párrafo primero de artículo 220, con relación al 17 fracción 1, ambos de nuevo Código Penal para

el Distrito Federal, en virtud de que se desarrolló una **conducta humana**, consistente en que el día 19 diecinueve de febrero de 2006 dos mil seis, aproximadamente a las 21:30 veintiuna horas con treinta minutos, en las afueras del al billar "Toritos", ubicado en la calle de Hipocampo esquina con Piraña, colonia Del Mar, se suscitó una riña entre los integrantes de la banda "Los Terren" y los elementos de otra banda y **2 dos sujetos activos** se aprovecharon de esta situación para desapoderar a 2 dos sujetos pasivos de sus pertenencias, consistentes en un teléfono celular de la marca Sony Ericsson, modelo W800 y la cantidad de \$1 00.00 cien pesos a uno de los pasivos y una chamarra marca Volcano, de color azul marino, un teléfono celular de la marca Motorola C-331 y la cantidad de \$1 00.00 cien pesos al segundo de ellos.

- - - Así, los elementos de cargo, son suficientes para tener acreditada la conducta de los sujetos activos, por lo que valorados los elementos probatorios de cargo examinados se concluye que se encuentra acreditado el elemento objetivo, consistente en la **conducta humana** - -

- - - - Respecto a la conducta penalmente relevante realizada por los sujetos activos en el presente caso, no existe ningún elemento del cual pudiera desprenderse la ausencia de conducta; por lo tanto, se considera que se encuentra debidamente acreditado el primer elemento del delito: la conducta - - - - -  
- - - - -

- - - **JUICIO DE TIPICIDAD.-** Por todo lo anterior y tomando en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución de los hechos, la naturaleza y eficacia de las pruebas, y muy especialmente el enlace lógico y natural entre ellas, se puede establecer válidamente que **se encuentran satisfechos los extremos de las hipótesis normativas** que contiene el **párrafo primero del artículo 220 del nuevo Código Penal del Distrito**

**Federal**; toda vez que el día 19 diecinueve de enero de 2006 dos mil seis, aproximadamente a las 21:30 veintiuna horas con treinta minutos, en las afueras del al billar "Toritos", ubicado en la calle de Hipocampo esquina con Piraña, colonia Del Mar, se suscitó una riña entre los integrantes de la banda "Los Terren" y los elementos de otra banda y **2 dos sujetos activos** se aprovecharon de esta situación para desapoderar a 2 dos sujetos pasivos de sus pertenencias- - - - -

- - - **IV.-** Se encuentra acreditada en autos la calificativa de **violencia física**, prevista en el artículo 255 fracción I del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en virtud de que los sujetos activos golpearon a los pasivos, lo que se acredita con lo manifestado por los sujetos pasivos, deposición a la que se le otorga valor probatorio como se analizó en el apartado correspondiente a la conducta humana, mismo que se tiene por reproducido, así como con el **dictamen médico practicado al denunciante DIEGO.** - - - - -

- - - **No se encuentra acreditada** la calificativa de **pandilla**, prevista en el artículo 252 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal que establece en su segundo párrafo "*Se entiende que hay pandilla, cuando el delito se comete en común por tres o más personas, que se reúnen ocasional o habitualmente, sin estar organizados con fines delictivos*"; ya que del análisis de las pruebas que obran en la causa únicamente se advierte la intervención de 2 dos sujetos activos; pues FRANCISCO manifestó "*... que los que robaron a los chavos... fue un chavo que le dicen "EL POPE", que se llama CARLOS y otro que se llama JOSUÉ RODRÍGUEZ...*", asimismo ROGELIO manifestó que "*no vio quién les robó, pero ahora recuerda que después de los hechos el sujeto que*

responde al nombre de JOSUE "N' "N' apodado "JOS' les dijo que iban a empeñar un teléfono celular, el cual mostró y era un Sony Ericsson... -

- - -

- - - **V.-** Los anteriores elementos de prueba **no son aptos ni suficientes para acreditar la responsabilidad penal de FRANCISCO y ROGELIO alias "EL TESK", en la comisión del delito de ROBO,** pues este Tribunal considera que con el total de las pruebas que obran en autos no puede acreditarse plenamente que los hoy enjuiciados hayan desposeído a DIEGO y MARIO de un teléfono celular de la marca Sony Ericsson, modelo W800 y la cantidad de \$100.00 cien pesos y una chamarra marca Volcano, de color azul marino, un teléfono celular de la marca Motorola C-331 y la cantidad de \$1 00.00 cien pesos, en virtud de las siguientes consideraciones:- los policías preventivos remitentes **no les encontraron en su poder** a los enjuiciados FRANCISCO y ROGELIO alias "EL TESK", los objetos de que fueron desposeídos los ofendidos, ni les consta el momento del apoderamiento - - - - - Así, los hoy sentenciados aceptan haberse golpeado con los ofendidos MARIO y DIEGO, pero **niegan haberse apoderado de los objetos y dinero en efectivo** - - - - -

- - - - En tales condiciones, los elementos probatorios aportados por el Ministerio Público no son suficientes para fundar una sentencia condenatoria, pues éste debe acreditar que se perpetró el delito de ROBO y que los ahora sentenciados **FRANCISCO y ROGELIO alias "EL TESK"**, lo cometieron; sirve de apoyo el criterio que emerge de la tesis que a continuación se transcribe, **interpretada a contrario sensu:**

- - - - -

- - - "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 de; inculpado corresponde a éste la carga de la prueba de su inocencia, esto es, sólo ante la comprobación por parte de; representante social de que se ha perpetrado un hecho catalogado por la ley como delito y establecido el nexo causa; 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". Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo IX. Enero de 1992. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Vi. 2'. Pág. 537.-

- - - En mérito de lo anterior, este Tribunal Colegiado considera que los elementos probatorios aportados por el Representación Social no son idóneos, bastantes, ni concluyentes para arribar a la plena certidumbre sobre la acreditación de la responsabilidad penal de los sentenciados en la comisión del delito en estudio, por lo que esa insuficiencia de elementos incriminatorios, obliga a su absolución por la falta de prueba; en consecuencia, al no acreditarse su responsabilidad penal en la comisión **del delito de ROBO**, es procedente **absolverlos de la acusación ministerial, así como de todas sus consecuencias legales y ordenar su inmediata y definitiva libertad.** - - - - -

- - - Por lo expuesto y fundado; - - - - -

- - - - - **RESUELVE:** - - - - -

- - - - - **SEGUNDO.- Al no acreditarse la responsabilidad penal de FRANCISCO y ROGELIO alias "EL TESK", en la comisión del delito de ROBO CALIFICADO se les absuelve de la acusación ministerial formulada en su contra, así como de todas sus consecuencias legales y "se ordena la inmediata y definitiva libertad de los enjuiciados de mérito"** - - - - -

- - - - - A S I, por unanimidad de votos lo resolvieron los Magistrados....ante el Secretario de Acuerdos, que da fe - - - - -

- - - - -

Es importante observar en esta resolución, que dos jóvenes estuvieron privados de su libertad en un Reclusorio en el que igualmente se encuentran múltiples reclusos compurgando sentencias ejecutoriadas, por diversos ilícitos y sin esperanza alguna. Además, permanecieron internos siete meses, con el sentimiento de estar injustamente encarcelados y en una permanente contaminación. ¿Podemos llamar a esto una “medida preventiva”? Puede esperarse que estos jóvenes se reintegren a la sociedad, a la educación y al trabajo sin problema alguno?

## 5.2 CASO 2. VIOLACIÓN

- - - México Distrito Federal a 30 treinta de octubre de 2007 dos mil siete.  
- - - - - V I S T O para resolver el presente toca número 1200/07, relativo al recurso de apelación hecho valer por el defensor de oficio y en tal carácter de sentenciado **MANUEL GARZA HERNANDEZ** en contra de la sentencia de fecha 31 treinta y uno de julio de 2007 dos mil siete. Por la comisión del delito de **VIOLACION**, quien dijo ser de 27 veintisiete años de edad, soltero, católico, instrucción secundaria terminada, - - - - -

-----

### ----- **RESULTANDO:** -----

- - - 1º.- La sentencia recurrida concluye con los siguientes puntos resolutivos: -----  
----- -"PRIMERO MANUEL GARZA HERNANDEZ es penalmente responsable en la comisión del delito de VIOLACIÓN, en agravio de MARÍA ABURTO. SEGUNDO.- Por su comisión y circunstancias especiales de ejecución y peculiaridades del sentenciado, MANUEL GARZA HERNÁNDEZ respecto del delito de VIOLACIÓN, se le impone la pena de 08 OCHO AÑOS 09 NUEVE MESES DE PRISIÓN. TERCERO.- Se condena a MANUEL GARZA HERNÁNDEZ a la reparación del daño moral, solicitada por la Representación Social, por el delito de VIOLACIÓN cometido en agravio de MARÍA ABURTO por lo que deberá

enterar a la ofendida, la cantidad líquida de \$113,760.00 ciento trece mil setecientos sesenta pesos 00/100. VI. CUARTO.- Se niega al sentenciado MANUEL GARZA HERNANDEZ la sustitución de la pena de prisión. - - - - -

- - - **2º.-** Notificadas que fueron las partes de dicha resolución, el defensor de oficio y en tal carácter del sentenciado MANUEL GARZA HERNANDEZ, así como el Agente del Ministerio Público, interpusieron en su contra el recurso de apelación,- - - - -

En la Sala del Tribunal Superior a quien correspondió el recurso interpuesto, se resolvió:

- - - - - **C O N S I D E R A N D O** - - - - -

- -

- - - II.- A fin de determinar si el cuerpo del delito de **VIOLACION** previsto en el artículo 174 párrafo primero quedó acreditado en autos en términos de la regla contenida por el numeral 122 del Código de Procedimientos Penales, con los elementos de prueba que obran en autos y serán analizados, los que son:- - - - - **a).- Declaración ante el Ministerio Público de la denunciante MARIA ABURTO**, de fecha 4 cuatro de abril de 2004 dos mil cuatro quien manifestó que el señor MANUEL quien labora en la empresa denominada "Excelencia en Seguridad Privada El Águila, S.A. de C.V.", la recomendó para que entrara a laborar a dicha empresa, el día jueves 1º primero de abril de 2004 dos mil cuatro y al presentarse le indicaron que se quedaría a trabajar como operadora de radio y que iba a laborar de las 07:00 siete horas del día sábado 3 tres de abril, a las 07:00 siete horas del domingo 4 cuatro de ese mes, que el día viernes 2 dos de abril de ese año, entró a su oficina un sujeto de nombre MANUEL GARZA RODRÍGUEZ, quien le reclamó a la emitente el motivo por el cual no le había pasado una llamada, y la de la voz le dijo que no la metiera en problemas, ya que ella no había recibido ninguna llamada de dicha persona; que el día 4 cuatro de abril de 2004 dos mil cuatro, al estar cubriendo su horario de labores, aproximadamente a las 4:30 cuatro horas con treinta minutos, la de la voz se encontraba prácticamente sola en su oficina, ya que las 2 dos personas que estaban con ella, siendo el señor HECTOR LUJA y CARLOS "N" se encontraban en el área destinada a estacionamiento, cuando entró un

sujeto del sexo masculino, de nombre MANUEL GARZA HERNANDEZ, quien tiene cargo de custodio, quien llegó en forma agresiva abriendo de golpe la puerta y se sentó junto a la dicente, diciéndole "y yo te caigo mal verdad", por lo que la emitente solamente dijo "que no", diciéndole este sujeto "sí, yo sé que te caigo gordo, por eso aquí ya valiste madres", por lo que la emitente le dijo que le bajara a su actitud y tono en el que le estaba hablando, ya que si no lo hacia lo iba a reportar, debido a que la de la voz tenía en su escritorio 2 dos teléfonos Nextel, los cuales usan para reportar toda la noche los servicios dicha persona tomó uno de los teléfonos y le dijo "que sí quería reportarlo lo hiciera", la dicente tomó el teléfono para hacer su respectivo reporte, pero MANUEL GARZA HERNANDEZ le arrebató el teléfono y tomando el otro, el cual lo guardo en su pantalón y al mismo tiempo sacó de entre sus ropas un cuchillo de aproximadamente 30 treinta centímetros de largo, con mango de madera y el restante de acero inoxidable, en color gris plata, el cual se lo puso a la emitente en el cuello, diciéndole "cállate y no grites porque aquí está el GATO y se va a despertar", al momento dicho sujeto con su mano derecha la estaba amagando con el cuchillo y con su mano izquierda le estaba presionando el cuello, por lo que la dicente con su mano derecha trató de quitarle la mano de su cuello, pero no podía y no decía nada, ya que estaba muy asustada y solamente empezó a llorar, llevándola dicho sujeto hacia un sillón que se encuentra en dicha oficina, en donde sin dejarla de amagar le dijo "...que con la mano izquierda que tenía libre se bajara el pantalón y la pantaleta por lo que la emitente como tenia mucho miedo, así lo hizo, mientras que dicho sujeto dejó de presionarle el cuello con la mano, pero sin dejarla de amagar con la otra, procedió a bajarse el pantalón y la traza hasta los tobillos, acostándola en el sillón y con sus piernas le abrió las piernas a la de la voz, procediendo a penetrarla vía vaginal, por aproximadamente 10 diez a 15 quince minutos, con movimientos de adentro hacia fuera; que la dicente ya no trató de quitarlo en virtud de que dicho sujeto le presionaba el cuchillo en su cuello y que en todo momento le decía que se callara y que no fuera a gritar, dicho sujeto la tomó por el cuello con el brazo, llevándola hacia el teléfono, en donde hizo una llamada, al parecer con su novia, en donde le dijo que él tenía tratos con los narcos y que le iban a entregar un

dinero, colgando posteriormente el teléfono y diciéndole a la de la voz que su sobre se lo iba a dar a ella, posteriormente dicho sujeto vio hacia fuera de la oficina, por el vidrio y se encontraba un sujeto del sexo masculino a quien le tronó los dedos y dicha persona se metió preguntándole qué quería, el cual desconoce la dicente quién sea y el cual sabe se encontraba afuera de la oficina, que piensa que dicho sujeto estaba vigilando que no se despertara a quien le dicen "EL GATO", por lo que la dicente se esperó hasta que vio por el monitor que efectivamente ya se habían salido y bajó hacia donde estaba el señor HECTOR a quien lo conocen como "EL GATO", y como la vio que estaba llorando, es como la emitente le platicó lo que había pasado, motivo por el cual le avisaron a la familia de la de la voz y se presentaron a estas oficinas; que denuncia el delito de VIOLACIÓN. En **posterior comparecencia** ante la misma autoridad, ratificó su declaración anterior y agregó que el sujeto de repente le da una cachetada con su mano derecha, cae sentada en el sillón, momento en el que él le presiona el cuello con el cuchillo para que la dicente se fuera haciendo hacia atrás, hasta que quedó acostada en el sillón y él se encimó en ella, y la de la voz no podía quitarse de encima a MANUEL, ya que éste la lastimaba con sus mismas piernas, ya que hacia fuerza sobre la emitente para que no tratara de cerrar sus piernas, por lo que con esto la lastimaba mucho, además de que le seguía presionado el cuchillo en el cuello, que desde la fecha en que ocurrieron estos hechos MANUEL GARZA HERNANDEZ no ha regresado a la empresa, ni sabe nada de él, pero en esa empresa laboran su papá de homónimo, de nombre MANUEL GARZA HERNÁNDEZ.-----

- - - - - **c).- Dictamen médico de integridad física y ginecológico**, practicado a la ofendida MARIA ABURTO de fecha 4 cuatro de abril de 2004 dos mil cuatro. A la exploración física general: No presenta huellas de lesiones recientes. Conclusión: no presenta huellas externas de lesiones recientes al momento de la exploración, con desfloración no reciente, sin datos clínicos de embarazo o enfermedad venérea" -----

----- **d).- Dictamen en psicología forense** practicado a la ofendida MARIA ABURTO, por la perito Dra. SONIA SANCHEZ, en el que asentó: "Descripción de los hechos: Hoy temprano,

estaba en mi lugar de trabajo, MANUEL (pr), entró y me dijo que si me caía mal, sacó un cuchillo y me empezó a amenazar, me lo puso en el cuello y con la otra mano me prensó del cuello, me puso el cuchillo en la cara por el ojo, dijo que si hacia algo o gritaba me iba a sacar el ojo, él también se bajó su ropa y me aventó a un sillón, se subió encima de mí y me penetró por la vagina, cuando terminó, me levantó del cuello de la ropa, Conclusiones Las alteraciones emocionales que presenta corresponden a los hechos que menciona y son compatibles con las que se han encontrado en personas que han sido trastocadas en su esfera sexual.----- g).

**Dictamen de laboratorio de genética forense (estudio seminológico), suscrito por el perito Q.B.P. ARTURO PINEDA**, a fin de efectuar estudio seminológico en: tres hisopos de cavidad vaginal y pantaleta, concluyó: "única.- En las muestras arriba descritas, sí se identificó la presencia de semen. -----

- - - **i).- Declaración ante el Ministerio Público del testigo de hechos HECTOR LUJA**, de fecha 14 catorce de abril de 2004 dos mil cuatro quien manifestó el día 4 cuatro de abril de ese año, el de la voz estaba supervisando en la empresa, por lo que aproximadamente a las 21:35 horas se encontraba en la calle de Bolívar, donde le estaba pasando revista a un guardia, cuando MARIA ABURTO, se comunicó con el dicente vía Nextel le dijo "GATO hay aquí una persona que llegó con 'EL FLACO', dice que es su primo", refiriéndose a MANUEL HERNANDEZ, aproximadamente a las 22:00 veintidós horas, el de la voz llegó a la empresa y al entrar vio a MANUEL GARZA que estaba en el área de los perros y otro sujeto estaba en la oficina de custodios, fue hasta aproximadamente las 2:00 dos horas, cuando el emitente salió del área de las oficinas hacia el estacionamiento, diciéndoles antes de salir a MARÍA que si se le ofrecía algo le hablara, que él iba a estar en el carro, por lo que el de la voz se fue a dormir su carro, que se encontraba en el estacionamiento, hasta que despertó porque escuchó zapatos en ese momento, se levantó y todavía sin salir del carro, vio que 2 dos sujetos bajaban corriendo de los escalones que dan al estacionamiento y vio que eran MANUEL y su supuesto primo y ambos vestían unas chamarras, por lo que el dicente de inmediato abrió la puerta del carro y en ese momento los 2 dos sujetos se dieron cuenta de su

presencia, por lo que corrieron más rápido, abrieron la puerta del estacionamiento, que el de la voz estaba sin zapatos, por lo que al dirigirse de nuevo hacia dentro del inmueble, vio que salía del mismo MARIA quien iba muy alterada y llorando que el dicente al verla en ese estado la abrazó y le preguntó qué le pasaba y MARÍA le dijo que MANUEL había abusado de ella, entonces el emitente la llevó hacia dentro de la recepción y le dijo que se calmara; asimismo le preguntó por qué no le había gritado y MARÍA le dijo que MANUEL la tenía amenazada con un cuchillo, que desde que ocurrieron los hechos MANUEL no ha regresado a la empresa y el emitente no ha vuelto a verlo. -----

----- **j).- Inspección ministerial**, practicada en el lugar señalado como el de los hechos. -----

----- **k).- Informe de policía judicial**. oficina le dijo 'repórtame quiero que lo hagas', sacando un cuchillo, comenzó a amenazarla diciéndole 'no grites' y sujetándola en el cuello, por lo cual ella trató de defenderse, pero MANUEL continuó ordenándole que se desvistiera, bajándose su pantalón; él también se baja la ropa, la golpea en la cara y acostándola en el sofá, la agrede sexualmente imponiéndole la cópula vía vaginal; cuando termina la levanta y la lleva al teléfono, escuchando que dice es el último día que me vez, ya que me voy a ir a Estados Unidos, le dices a mi hermano que lo quiero mucho', sin soltarla, al terminar de hablar la siguió amenazando, voltea a la puerta y con una seña de los dedos, le habla a otro sujeto el cual anteriormente el mismo le había permitido entrar a las oficinas, diciendo que éste era su primo, a quien le indicó que fuera por la ropa, retirándose y regresando enseguida con una ropa, se comenzaron a cambiar de ropa, finalmente salieron de la oficina, dirigiéndose ella después a la salida, donde se entrevistó con el señor HECTOR LUJA, quien le preguntó 'por qué salieron corriendo' 'qué pasó', comentándole lo sucedido, debido a esto comunicaron con la encargada de la oficina de prestamos SONIA 'N' 'N', decidieron trasladarse a las oficinas de esta Representación Social a dar inició a la denuncia correspondiente. . . . . - - - **l).- Declaración ante el Ministerio Público de**

**ARMANDO MALDONADO**, de fecha 3 tres de mayo de 2005 dos mil cinco (foja 137-139) quien manifestó que es dueño de la empresa denominada

"Excelencia en Seguridad Privada Internacional Águila, S.A. de C.V.", ubicada en calle Cerro de la Estrella 27, lote 40, colonia Paraje Zacatepec, delegación Iztapalapa; que dicha empresa tiene aproximadamente un año y medio de que la creó, por ello, sin poder recordar la fecha, pero al parecer por el mes de febrero de 2004 dos mil cuatro, le fue recomendado una persona de nombre MANUEL HERNANDEZ, de aproximadamente 22 veintidós años, para que laborara en la empresa, misma persona que le fue recomendada por el señor MANUEL , padre de esta persona, quien ya tenía aproximadamente un año de laborar en la empresa, por lo que el dicente le dijo al señor ANDRES LONGORIO, quien en ese entonces era el gerente general de la empresa, que se contratara a MANUEL HERNANDEZ, como guardia de seguridad, quien no tenía un horario fijo de labores debido a que siempre estaba ahí, toda vez que no tenía donde vivir, por lo que se quedaba a dormir en la empresa; que a partir del mes de febrero de ese año, empezó a laborar este muchacho para la empresa; posteriormente días después, **por el mismo mes de febrero,** entró a laborar a la empresa una persona del sexo **femenino, de la cual no recuerda su nombre, pero ella laboraba como recepcionista con un horario de 24 veinticuatro horas de trabajo por 24 veinticuatro horas de descanso;** que un día, sin poder recordar la fecha, pero del 2004, aproximadamente a las 06:00 seis horas, al estar el emitente en su domicilio, recibió una llamada telefónica de una empleada, de nombre SONIA , quien le dijo que había pasado un problema, que era necesario que el de la voz se presentara a la empresa, por lo que sin decirle nada más, el dicente se trasladó a la empresa y se entrevistó con SONIA y con ANDRES, quienes le dijeron que MANUEL había violado a la muchacha que trabaja como recepcionista sin obtener detalles y que la muchacha aún se encontraba en la administración; que el de la voz junto con sus empleados en mención, acompañaron a esta muchacha a esta Quinta Agencia para levantar el acta y después el dicente ya no supo qué más se hizo, pero sabe que ese mismo día de los hechos MANUEL ya no regresó a la empresa.- - - - -  
- - - - - m).- **Declaración preparatoria ante el juzgado de origen del sentenciado Manuel Garza Hernández, de fecha 2 de enero de 2007, quien manifestó que no era su deseo declarar.- - -** En su



**ampliación de declaración ante el Juzgado de origen**, en fecha 20 veinte de febrero de 2007 dos mil siete (foja 357 frente y vuelta), en la que ratificó su declaración anterior y agregó que no conoce a la persona que lo acusa; que no sabe porqué hasta ahora le avientan ese problema; que no sabe cuándo fue eso y que cuando trabajaba ahí siempre se quedaba alguien de guardia. - - - - - Los anteriores elementos de convicción, no son aptos ni suficientes para acreditar los elementos del tipo delictivo de **VIOLACION** previsto en el artículo 174 párrafos primero y segundo, en relación al 17 fracción I (instantáneo) del Código Penal para el Distrito Federal, en virtud de las siguientes consideraciones: - - - - -

- - - - - Para que se acredite el delito en estudio se tiene que comprobar que el sujeto activo por medio de la **violencia física** realice cópula (introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal en la sujeto pasivo. - - - Analizadas las declaraciones de la denunciante MARIA..... se advierte que es contradictoria en sus deposados, además de que su versión en el sentido de que el enjuiciado en todo momento la amagó con el cuchillo poniéndoselo en el cuello y presionándoselo, la presionó del cuello y con sus piernas abría las de ella, lastimándola, “no encuentra apoyo en el dictamen médico de integridad física y ginecológico, practicado a la ofendida MARIA “N” aproximadamente cinco horas después de los hechos, en el que se concluyó que “no presentaba huellas de lesiones recientes”. Además, son varias las contradicciones en las que incurre en sus declaraciones (lo que se detalla en la resolución de segunda instancia).- - - En consecuencia, no se encuentra comprobado que dicha conducta del sentenciado haya sido realizada **por medio de la violencia física y** moral. - - - De sus deposados se advierte que **de haber realizado el ahora sentenciado tales conductas, la ofendida debió presentar necesariamente lesiones a nivel del cuello ocasionadas por el cuchillo y por la presión de la mano y a nivel de las entrepiernas, pues manifiesta que la lastimaba al presionar para lograr introducir el pene en la vagina, ante la resistencia que ella presentaba; pues al desplegar una fuerza física para lograr someterla, necesariamente tendría que haber dejado huellas en el cuerpo de la víctima** - - - Circunstancia que además, no se

valora en forma aislada, sino concatenada con los demás aspectos de las declaraciones de la denunciante, de las que se advierte que incurre en muchas contradicciones: En su **primera declaración** manifestó que el padre del ahora sentenciado, el señor MANUEL GARDUÑO "N", fue quien la recomendó para que entrara a trabajar en ese lugar y que **apenas 3 tres días antes de los hechos habla entrado a laborar** y que se había entrevistado con *"la Licenciada DULCE ROMERO "N", quién le indicó que se presentara al siguiente día, el día jueves 10 primero de abril de 2004 dos mil cuatro y al presentarse le indicaron que se quedaría a trabajar como operadora de radio y que iba a **laborar de las 7:00 siete horas del día sábado 3 tres de abril a las 7:00 horas del domingo 4 de ese mes.***

----- Sin embargo, el testigo ARMANDO AGUILAR MALDONADO, dueño de la empresa denominada "Excelencia en Seguridad Privada Internacional Águila, S.A. de C.V.", donde laboraban la denunciante y el ahora sentenciado y donde sucedieron los hechos, en lo conducente, manifestó que *"...por el mes de febrero de 2004 dos mil cuatro, le fue recomendado una persona de nombre MANUEL GARDUÑO HERNANDEZ, de aproximadamente 22 veintidós años, para que laborara en la empresa... días después, por el mismo mes de febrero, entró a laborar a la empresa una **persona del sexo femenino, de la cual no recuerda su nombre, pero ella laboraba como recepcionista con un horario de 24 veinticuatro horas de trabajo por 24 veinticuatro horas de descanso...**".* Por lo que se advierte que MARIA ISABEL PADILLA ABURTO **había entrado a laborar a ese lugar aproximadamente 2 dos meses antes de los hechos**, por lo que no se condujo con verdad y este órgano colegiado infiere que lo que ella pretendía justificar es su afirmación en el sentido de que conoció al ahora sentenciado hasta el momento que se introdujo a la oficina, pues en su deposado inicial manifestó que *"... **aproximadamente a las 4:30 cuatro horas con treinta minutos... entró un sujeto del sexo masculino, de nombre MANUEL GARDUÑO HERNANDEZ, quien tiene cargo de custodio y con el cual desde que entró a trabajar, nunca había tenido ningún tipo de trato, ya que ni lo conocía...**"*-, asimismo, respecto del sujeto que se encontraba afuera de la oficina manifestó *"...se encontraba un sujeto del sexo masculino a quien le*

tronó los dedos y dicha persona se metió preguntándole qué quería, el **cual desconoce la dicente quién sea...**"; así, también refiere que no conocía ni había visto a ese sujeto; sin embargo en su posterior comparecencia, manifestó **"...pero aclara que ya lo había visto horas antes, MANUEL GARDUÑO el mismo día, aproximadamente a las 22:00 veintidós horas del día 3 tres de abril de ese año, cuando entró a la empresa le había dicho a la emitente que era su** primo.- - - Señala también la denunciante en sus depósitos que aunque ella tenía consigo 2 dos teléfonos Nextel, MANUEL GARDUÑO HERNANDEZ se los arrebató y se los guardó, sin embargo el testigo **HECTOR SANCHEZ LUJA** (foja 54-55) a este respecto manifestó que cuando vio a MARIA ISABEL PADILLA ABURTO que salía de la oficina " ... muy alterada y llorando y **llevaba en la mano un Nextel...**"; sin embargo la denunciante no manifiesta que MANUEL GARDUÑO HERNANDEZ le hubiese regresado los teléfonos Nextel mencionados. Además, ni el testigo HECTOR SANCHEZ LUJA, ni el dueño de la empresa manifiestan que efectivamente faltaran los teléfonos Nextel. Por otra parte, de acuerdo a lo asentado por la perito en psicología **SONIA IVONNES SANCHEZ BERNAL**, en su dictamen en psicología (foja 29) el mismo día de los hechos la denunciante MARIA ISABEL PADILLA ABURTO, le dio una versión distinta de lo que hizo el enjuiciado después de imponerle la cópula, al asentar la perito en su dictamen que la denunciante le refirió: ***"...después me empezó a decir que robáramos a la empresa, pero yo me negué, dijo que me iba a dar mucho dinero, yo le dije que no, se molestó y me dijo de cosas, hizo una llamada telefónica..."***- - - - - En este sentido, la declaración de la ofendida debe analizarse concatenada con todos los elementos de convicción existentes en la indagatoria y por ello no puede dársele crédito si constituye una narración aislada y menos aún si ésta es contradicha por las pruebas que obran en autos, como ocurre en el presente caso.- - - La versión de la ofendida no se encuentra robustecida por otros medios de convicción y además, no existen en el sumario circunstancias que la hagan verosímil, por lo que la preponderancia valorativa de su declaración se minimiza, se desvanece y no es factible, por razones de lógica jurídica, concederle el valor de prueba plena; como se desprende del criterio que se sustenta en las tesis que a continuación se

transcriben: - - - - -

- - -

- - - "DELITOS SEXUALES, VALOR DE LA DECLARACION DEL OFENDIDO EN LOS. Si bien en los delitos sexuales la declaración de; ofendido tiene valor preponderante, ya que esta clase de delitos generalmente se consuman en ausencia de testigos, tal criterio **no puede llegar al extremo de darle crédito a narraciones inverosímiles, imprecisas, aisladas y contradictorias evidentemente con propias deposiciones de; agraviado y constancias de autos, siendo en todo caso indispensable analizar la declaración de; sujeto pasivo con sano juicio con vista al hecho a probar y al resultado de todos los elemento de convicción existentes en la indagatoria**". Octava Epoca. Segundo Tribunal Colegiado del sexto circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VIII, Agosto de 1991. Página 172 - - - - -

- - - "OFENDIDA. VALOR DE SU DECLARACION. Para que a la declaración de la pasivo pueda atribuírsela el valor preponderante que tienen las imputaciones de los ofendidos en los ilícitos que por razón de su naturaleza (delitos sexuales), son cometidos en ausencia de testigos, es necesario que la misma, no sólo cuando ocurran los' requisitos contenidos en la jurisprudencia número 166 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 341 del tomo correspondiente a la Primera Sala de la compilación 1917- 1985, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, esto es, que **tales testimonios de los ofendidos, se encuentren robustecidos por otros medios de convicción, sino además, que no existan en el sumario, circunstancias que los hagan inverosímiles e ilógicos, y que tampoco existan datos o hechos que conlleven a una duda de su veracidad, pues de ser así, esa preponderancia valorativa se minimiza, se desvanece, es decir, ya no es factible por razones de lógica jurídica, concederles el valor a que se refiere la tesis de jurisprudencia número 166 invocada**". Octava Epoca. Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo: Viii, Julio de 1991. Página 185 - Este Tribunal Colegiado tampoco pasa por alto el hecho de que la perito en psicología SONIA IVONNE SANCHEZ BERNAL, en su **dictamen en psicología forense practicado a la ofendida MARIA ISABEL PADILLA ABURTO**

(foja 29) haya concluido, en lo conducente qué: " ... *al momento de la Intervención se detecta alteraciones emocionales como: Enojo y rechazo hacia el sujeto (pr) por los hechos que menciona, así mismo se muestra vulnerable, teme ante la posibilidad de ser nuevamente agredida. Las alteraciones emocionales que presenta corresponden a los hechos que menciona y son compatibles con las que se han encontrado en personas que han sido trastocadas en su esfera sexual. Se sugiere atención psicológica a fin de manejar educadamente las secuelas derivadas e los hechos que se investigan...*"; pues dicho dictamen periciaj debe valorarse en relación al cúmulo de pruebas que obran en autos y que ya han sido analizadas - - - - - En mérito de lo anterior, si bien es cierto que se acredita plenamente que el sujeto activo realizó la conducta de introducir su pene por vía vaginaj, en el cuerpo de la ofendida, sin embargo **no se comprueba que el sujeto activo lo haya ejecutado por medio de la violencia física o moral**, pues como se analizó, el dicho de la ofendida no se encuentra adminiculado con otras pruebas que constituyan un dato bastante para demostrar que le impuso la cópula por medio de la violencia física o moral. - - - - -

- - - "TESTIGO SINGULAR. A fin de que el testimonio de un testigo singular pueda apoyar la emisión de una orden de aprehensión, de un auto de formal prisión o de una **sentencia condenatoria, es necesario que su dicho sea verosímil, por lo que el juzgador debe tomar en cuenta las características de] delito, la forma de su realización, las particularidades que revista tanto el testigo como su declaración y que, además, el dicho de éste se encuentre adminiculado con otras pruebas que constituyan un dato bastante para demostrar la responsabilidad de] inculpado".** Novena Epoca. Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VI, Diciembre de 1997. Tesis: XXII. 7 P. Página 703 - - - - -  
- - - - -

- - - En mérito de lo anterior, este Tribunal Colegiado determina que los elementos probatorios aportados por el Representación Social no son idóneos, bastantes, ni concluyentes para arribar a la plena certidumbre sobre la acreditación del delito en estudio, por lo que esa insuficiencia de elementos inculpativos, obliga a su absolución por la falta de prueba; en consecuencia, por **incomprobación del cuerpo del delito de VIOLACION**, sin entrar al estudio de la **responsabilidad penal del sentenciado MANUEL GARDUÑO HERNANDEZ**, es procedente **absolverlo de la acusación ministerial, así como de todas sus consecuencias legales y ordenar su definitiva libertad**. Por lo que se revocarán los puntos resolutive primero al cuarto de la sentencia de fecha 31 treinta y uno de julio de 2007 dos mil siete; dictada por la Juez Quincuagésimo Sexto Penal del Distrito Federal, dentro de la causa número 270106, instruida en contra de sentenciado MANUEL GARDUÑO HERNANDEZ, por la comisión del delito de VIOLACIÓN .-----

----- **RESUELVE:** -----

--

PRIMERO.- Se revocan los puntos resolutive primero, segundo, tercero y cuarto de la sentencia de fecha de dos mil siete, dictada por la Juez Quincuagésimo Sexto Penal del Distrito Federal, dentro de la causa número 270106, instruida en contra del sentenciado MANUEL GARDUÑO HERNANDEZ, por la comisión de delito de VIOLACIÓN, y en su lugar: - - -  
- - - - - SEGUNDO.- **Al no acreditarse el cuerpo del delito de VIOLACIÓN, se absuelve a MANUEL GARDUÑO HERNANDEZ de la acusación ministerial formulada en su contra, así como de todas sus consecuencias legales y se ordena la definitiva libertad del enjuiciado de mérito. TERCERO.- Notifíquese a las partes la presente resolución como lo ordena el artículo 432 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y hecho lo anterior remítase copia debidamente certificada y los autos originales al Juzgado Penal de su procedencia.**

En el caso que nos ocupa, debe recordarse que de acuerdo con la Reforma Constitucional 2007-2008, la persona que sea investigada por el delito de Violación, no tendrá derecho a permanecer en libertad durante el proceso,

razón por la que antes o después de la reforma, el indiciado en la causa que se resume estaría privado de su libertad, para concluir que no fue responsable del delito que se le imputó. Esta persona estuvo presa de enero a octubre, esto es, 10 diez meses, sin que nadie le hubiera restituído su tiempo, su prestigio o su trabajo. Además, es conocido por todos que aquellos que ingresan a prisión por el delito de violación, normalmente y como se dice en el lenguaje del interior, “debe pagar con la misma moneda”. ¿Es posible llamar a esto respeto al principio de presunción de inocencia?

### 5.3 CASO 3. CORRUPCIÓN DE MENORES

- - - **México, Distrito Federal a 28 veintiocho de enero de 2008 dos mil ocho** -----

- - - - - V I S T O para resolver el presente toca número 1660/07 relativo al recurso de apelación hecho valer por los enjuiciados **JESUS GARCIA y ALEJANDRO VARGAS** por su propio derecho, así como el defensor particular del enjuiciado **GABRIEL REYES**, en contra del auto de plazo constitucional de fecha 20 veinte de septiembre de 2007 dos siete; así como por el Ministerio Público en contra del resolutive segundo de dicho auto, dictado por el Juez Quincuagésimo Penal del Distrito Federal, en la causa 260/07 en el que se decretó la formal prisión a los inculpados por el delito de CORRUPCION DE PERSONAS MENORES DE EDAD; enjuiciados quienes se encuentran internos en Reclusorio Preventivo Varonil Oriente; y -----

-----  
Al haberse interpuesto el recurso de apelación, la Sala correspondiente resolvió:

-----**RESULTANDO:**-----

- - - - - 1º. El auto de plazo constitucional recurrido concluye con los

siguientes puntos resolutivos: - - - - -

-

- - - . . . **SEGUNDO.-** Se decreta a **GABRIEL REYES, JESUS GARCIA, PAMELA HERNANDEZ y ALEJANDRO VARGAS,** su formal prisión o preventiva al haberse acreditado su probable culpabilidad (responsabilidad) penal en la comisión dolosa y en su calidad de coautores materiales del delito de **CORRUPCION DE PERSONAS MENORES DE EDAD** (hipótesis de: al que por cualquier medio facilite e induzca a una persona menor de dieciocho años de edad a realizar actos de ebriedad) por el que se les seguirá proceso. . . . **QUINTO.-** Se declara abierta la VIA SUMARIA para la tramitación de la presente causa por encontrarnos en presencia de delitos flagrantes, contando las partes con 3 tres días hábiles comunes para proponer las pruebas que estimen pertinentes las que previa admisión se desahogarán en la audiencia que para esos efectos se señale; asimismo cuentan con igual plazo para interponer el recurso de apelación en contra de este auto en caso de inconformidad con el mismo y asimismo los encausados y sus defensores, en este último caso con ratificación de los primeros para optar por la vía ordinaria de plazos más amplios. **SEXTO.-** Identifíquese a los ahora procesados por el sistema administrativo en vigor, recábase el informe de sus anteriores ingresos a prisión y practíquese su estudio de personalidad. **SEPTIMO.** Expídanse las boletas y copias de ley, háganse las anotaciones correspondientes en el Libro de Gobierno. **OCTAVO.-** Notifíquese y cúmplase...". - - - - -

- - - **3º.-** Con motivo de la interposición de dicho recurso se formó en esta Sala el presente toca 1660/07 y por escrito presentado en fecha 14 cuatro de diciembre de 2007 dos mil siete, el Agente del Ministerio Público presentó escrito de agravios, los cuales se dan por reproducidos en este apartado como si obraren a la letra, procediéndose a su estudio en su momento procesal oportuno - - - - -

- - - - - **CONSIDERANDO:** - - - - -

- - - - - **II.** A fin de determinar si el cuerpo del delito de **CORRUPCION DE PERSONAS MENORES DE EDAD**, previsto por los artículos 184 (hipótesis de al que por cualquier medio, induzca o facilite a una persona menor de edad a realizar actos de ebriedad), 7", fracción 1 (instantáneo), quedó acreditado en autos, en términos de la regla contenida por el numeral 122 del Código de Procedimientos Penales, a continuación se analizaran los elementos de prueba que obran en autos,



a saber: - - - - - 1).- **Declaración ante el Ministerio Público del policía remitente** quien manifestó que el día de ayer, 13 trece del mes de septiembre del año 2007, se nos gira una orden de investigación por nuestra superioridad en la que se denuncia que en el bar denominado GREEN PADDOCK ubicado en la Avenida San Jerónimo, se les permite el ingreso a menores de edad y a los cuales se les expenden bebidas alcohólicas permitiendo que éstos la consuman sin restricción alguna; una vez que tiene conocimiento de la denuncia ciudadana implementan un operativo de manera conjunta con el grupo especial de reacción e intervención (GERI) llegando al lugar a las 20:45 horas del día 14 catorce de septiembre de 2007; se encontraban ingresando varios menores de edad, se procedió de manera inmediata a entrevistarse con el sujeto que se encontraba controlando la entrada, indicándole que el motivo de nuestra presencia en el bar era debido a que se denunciaba de manera anónima que en dicho bar se permitía el acceso a menores de edad y se les vendían bebidas embriagantes, se le dijo que habían visto ingresar al bar a varios menores de edad, por ello ingresarían al bar a realizar una revisión del mismo toda vez que a los bares y discotecas está prohibido el acceso a menores de edad, percatándonos que el interior del mismo había varios menores de edad ingiriendo bebían embriagantes, toda vez que por su simple apariencia física se apreciaba que eran menores de edad y los cuales tenían en sus mesas bebidas embriagantes como eran botellas de bebidas alcohólicas con un contenido de media botella, cervezas y vasos con bebidas embriagantes, efectuando la detención del sujeto que dijo ser el jefe de seguridad, así también se realizó la detención de los meseros conforme a su lugar de funciones, una vez concluido el operativo y efectuada la detención del personal del bar denominado GREEN PADDOCK BRITISH se procedió a realizar el traslado de los mismos a esta Representación social, por lo que se les solicitó a los menores que nos acompañaran al interior de estas oficinas y quienes de manera voluntaria accedieron ser trasladadas a efecto de rendir su declaración con relación a los hechos, por lo que en este acto denuncio del delito de corrupción de menores y lo que resulte en agravio de los

menores víctimas. -----

----- **4).- Declaración ante el Ministerio Público DEL** padre del menor GERARDO, de 15 años de edad, que ha sido informado que su menor hijo entró a un establecimiento al cual le debieron negar el acceso por la venta sin restricción de alcohol que ahí se da y que esto se enteró por voz del mismo menor, por lo que en este acto denuncia el delito de Corrupción de menores cometido en agravio de la sociedad y en contra de su menor hijo GERARDO -----

----- **5).- Declaración ante el Ministerio Público del menor GERARDO** "...el día 15 de septiembre se encontraba en su casa y empezó a recibir llamadas telefónicas de sus amigos los cuales cuentan con la misma edad que el de la voz para ponerse de acuerdo para festejar a otro de sus amigos sin recordar el nombre ya que el mismo cumplía años, por lo que acordaron verse en el bar de nombre "GREEN PADDOCK, a lo cual acudió siendo aproximadamente las 19:30 horas encontrándose con otros mas amigos a parte de los que ya había quedado, disponiendo a ingresar a dicho bar el cadenero no les restringió la entrada ni les solicitó a nadie identificación alguna, el citado vende de todo tipo de bebidas alcoholizantes, siendo importante mencionar que el declarante le ofrecieron bebidas embriagantes los meseros de dicho lugar, y así mismo el de la entrada que son los cadeneros y personal de seguridad de dicha negociación al momento de entrara a dicho establecimiento le preguntaron su edad, siendo que le manifestó que efectivamente era menor de edad si embargo le permitieron el acceso le ofrecieron bebidas embriagantes las cuales consumieron. Llegaron al lugar varias personas y agentes de la policía judicial, quienes por medio de un operativo trasladan a varios menores de edad que habían en dicho lugar. -----

----- **6).- Certificado médico,** practicado a **GERARDO** a quien apreció de 15 quince años de edad consciente, orientado globalmente, aliento sin olor especial, Romberg negativo, no ebrio. -----

----- **7).- Declaración ante el Ministerio Público de RAFAEL** padre del menor RAFAEL de 16 años de edad, quien en este acto autoriza para que rinda declaración, que ha

sido informado que su menor hijo entró a un establecimiento al cual le debieron negar el acceso por la venta sin restricción de alcohol y que esto se enteró por voz de su hijo, por lo que en este acto denuncia el delito de corrupción de menores cometidos en agravio de la sociedad y de su menor hijo RAFAEL. - - - - - **8).**-

**Declaración ante el Ministerio Público del menor RAFAEL, quien manifestó** que el día de 15 de septiembre del año 2007, entre las 17:30 y 18:00 horas el emitente llegó en compañía de amigos de la escuela al bar de nombre GREEN PADDOCK toda vez que festejarían en dicho lugar el cumpleaños de su amigo de nombre ANTONIO de 17 años de edad, que no les solicitaron alguna identificación así como tampoco a sus amigos y que para el acceso a dicho lugar tienen que pagar al cadenero por la estancia la cantidad de \$100.00 por lo cual el de la voz entregó a un sujeto masculino que se encuentra en la puerta del referido bar dicha cantidad y una vez que pagó la entrada se le hizo entrega por dicha persona de un vale, del cual se puede hacer uso de él en el consumo de bebidas alcohólicas, billar y comida misma que se vende en el lugar, que dicho vale lo gasto en una hora de billar y en la cooperación para una cubeta la cual contiene 7 siete cervezas, mismas que el emitente en compañía de sus amigos consumió, de igual forma el emitente manifiesta que en dicho bar ha consumido únicamente cerveza de diversas marcas se sirven bebidas alcohólicas consistentes en licores de diversas marcas, y manifiesta que la persona que les permite el acceso el cual se encuentra en la cadena es una persona alta de tez morena y de complexión robusta de cabello corto de tipo corte militar. Que frecuenta dicho bar dos veces por mes aproximadamente y en ninguna de las ocasiones en que ha asistido le han solicitado identificación alguna, que hay bastantes jóvenes que tienen la apariencia de menores de edad a quienes los meseros del lugar les ofrecen bebidas alcohólicas. Aproximadamente las 21:30 del día 12 de octubre de 2007 llegaron al lugar, varias personas y agentes de la policía judicial, quienes por medio de un operativo trasladan a varios menores de edad que había en dicho lugar a esta agencia investigadora. - - - - -

- - - - - **9).**- **Certificado Médico,** practicado a **RAFAEL** quien apreció

de 16 dieciséis años de edad consciente, orientado globalmente, aliento etílico, Romberg negativo, no ebrio, sin huella de lesiones externas recientes. - - - - - 10).- **Declaración ante el Ministerio Público de EDUARDO** que es padre del menor DIEGO que ha sido informado que su menor hijo entró a un establecimiento al cual le debieron negar el acceso por la venta sin restricción de alcohol que ahí se da y que esto se enteró por voz de su hijo, por lo que en este acto denuncia el delito de corrupción de menores cometidos en agravio de la sociedad y de su menor hijo DIEGO. - - - - - 11).- **Declaración ante el Ministerio Público de menor DIEGO** quien en compañía de sus amigos se dirigieron al bar de nombre GREEN PADDOCK dejándolos entrar la persona del sexo masculino que se encuentra en la puerta, que aproximadamente tres cuartas partes de las personas que se encontraban eran menores de edad, los meseros del lugar les ofrecen bebidas alcohólicas y les dan la carta que dicho lugar denominado bandaza (sic) tiene para su servicio, que se ubica en la plazas bosques de las lomas, local 31, entre bosques de ciruelos y bosques de duraznos, delegación Miguel Hidalgo, que el declarante, le ofrecieron bebidas embriagantes, los meseros de dicho lugar, al momento de entrar a dicho establecimiento le preguntaron su edad, siendo que le manifestó que efectivamente era menor, sin embargo le permitieron el acceso, pidieron dos cervezas para cada quien, las cuales consumieron y fueron pagados a los meseros y al cajero, dándoles, unos tacos de cortesía, y solicitaron una mesa de billar, que si ha ido anteriormente a dicho bar y en las otras ocasiones al entrar les piden \$100.00 (cien pesos 001100 m.n) a cada quien para entrar, dándoles un vale con el sello del lugar y un número de folio para que este lo cambien por alguna bebida o alguna otro producto señalado en la carta. - - - - -

- - - - - **12).- Certificado médico,** practicado a **DIEGO** orientado globalmente, aliento etílico, Romberg negativo, no ebrio, sin huella de lesiones externas recientes. - - - - -

- - - - - **13).- Dictamen en materia de psicología practicado al menor DIEGO** no presenta alteraciones psicoemocionales que desestabilicen su estructura psíquica y moral, así

como su sano desarrollo a consecuencia de la corrupción de menores denunciado por trabajar en el bar denominado Green Paddock. - - - - -

- - - - - **14).- Inspección ministerial**, realizada por el personal de actuaciones del Ministerio Público el cual: "... se constituyó en el lugar de los hechos siendo el negocio denominado "Green Paddock, se aprecian botellas de bebidas embriagantes de diversas marcas así como botellas de refrescos, botellas de cervezas, vasos, en la parte de arriba de la mesas diversas botellas de licor de diferentes marcas, botellas de refrescos de cervezas, ceniceros y vasos (vacíos, semivacíos v llenos), al fondo existe la barra de bebidas con base de madera. - - - - -

- - - - - **15).- Declaración de la probable responsable PAMELA** que hace aproximadamente dos meses estaba buscando trabajo, ya que por las mañanas estudio la carrera de arquitectura en la Universidad Nacional Autónoma de México y me metí a una pagina de internet a fin de ubicar trabajo y localicé una vacante en un bar denominado "green paddock", que se ubica en avenida San Jerónimo, me entrevisté con una persona que digo llamarse SERGIO ESPINOZA, quien dijo ser el gerente -general del establecimiento, y me dijo que si me interesaba el trabajo que era de garrotero, y que tenía que hacer funciones de limpieza de mesas, barrer, recoger vasos, con un horario de 18:00 horas al cierre que aproximadamente seria a las 04:00 o 05:00 horas, aproximadamente y que seria con dos días de descanso que seria el día domingo y otro día a elegir en la semana, con un sueldo de \$2,000.00 (dos mil pesos m.n.) mensuales, a lo que le contesté que si me interesaba; a partir de esa fecha comencé mis funciones en el lugar como era barrer, trapear, recoger vasos sucios, en ocasiones lavar los sanitarios, en la puerta de acceso se encuentran generalmente dos personas, quienes son los encargados de permitir la entrada a los clientes, tengo conocimiento que son los encargados de solicitar las credenciales que acredite que las personas que van a entrar son mayores de edad, no percatándome si realizaban su función de esta manera, ya que yo siempre me encontraba en el interior del bar. A preguntas especiales formuladas por la Representación Social

manifiesta: primera: ¿Tenia conocimiento que en el interior del bar, se encontraban personas menores de edad? respuesta: No tenía conocimiento; ¿En tu labor que desempeñabas dentro del bar, tenias a la vista a los clientes? respuesta: Sí ya que limpiaba las mesas; tercera: ¿En el bar green paddock, se venden bebidas alcohólicas? respuesta: Sí; séptima: ¿Sabe que la venta de bebidas alcohólicas a menores de edad, se encuentra prohibida?, respuesta: Si tengo conocimiento; - - - - -

-----  
-----  
----- **16).- Declaración ante el Ministerio Público del probable responsable apelante JESÚS** quien manifestó: "

... que se encuentra enterado que es acusado por el delito de corrupción de personas menores de edad y en forma afirmativa que los niega y que si es su deseo declarar para lo cual manifiesta lo siguiente: que el dicente labora como mesero para el restaurante bar denominado GREEN PADDOCK en la calle de San Jerónimo número que ingresó a laborar a dicho lugar desde hace un mes aproximadamente sin recordar la fecha exacta, y es el caso de que cuando ingresó a laborar en dicho lugar fue contratado por el C. SERGIO quien ocupa el cargo de gerente general en dicho lugar, que lo contrataron con el cargo de garrotero, con un horario de los días jueves, viernes y sábados de las 18:00 dieciocho horas con cero minutos hasta la hora de cierre de lugar, no habiendo una hora especifica pero salía entre las 06:00 seis y las 08:00 ocho horas de la mañana aproximadamente, con un sueldo de \$495.00 cuatrocientos noventa y cinco pesos en moneda nacional a la quincena, el dicente únicamente firmaba una hoja en la que anotaba su nombre, su cargo y la cantidad de dinero que le estaban pagando, asimismo manifiesta que como garrotero sus funciones consistían en limpiar mesas, recoger las cosas sucias de las mesas, barrer vasos rotos y cambiar ceniceros únicamente, por lo que no tenia contacto con la gente en cuanto a servirles algo que el día 15 de septiembre del año 2007 dos mil siete, siendo aproximadamente las 19:30 diecinueve horas con treinta minutos llego el gerente de las noches, para notificarle que desde ese momento el dicente tenia que cubrir a su compañero de nombre JAIME "N" "N", quien tiene el cargo de mesero, pero en virtud de que

no se había presentado el dicente tenía que cubrirlo por ese día, y se puso a realizar las funciones propias de un mesero consistentes en recibir mesa y atenderla, es decir, atender al cliente en llevarle las bebidas que solicite, verificar que no le falte nada en la mesa y cobrar la cuenta de lo que hayan consumido, el dicente desconocía que le fuera permitido el acceso a menores de edad y que los meseros al momento de tomar la orden nunca pedían alguna identificación para cerciorarse de que le estuvieran vendiendo bebidas embriagantes a mayores de edad, cuando el dicente llegó a las 18:00 dieciocho horas con cero minutos aproximadamente ya se encontraban en el interior del lugar bastantes jóvenes menores de edad, los cuales algunos estaban ingiriendo bebidas embriagantes, desconociendo quien les haya permitido el acceso al lugar, ya que el dicente únicamente se encarga de limpiar mesas v/o servir, y que desconoce quien sea el encargado de permitir el acceso al lugar "que el trabajo para el cual fue contratado fue de garrotero y no de mesero como se señala en el inicio de su declaración ministerial, por lo demás es correcta la misma" - - - - -

**----- 17).- Declaración ante el Ministerio Público del probable responsable apelante ALEJANDRO**

quien manifestó: " ... que el emitente se desempeña como 'bartender', lo que quiere decir, es que es el encargado de la barra, que entre sus funciones se encuentran las de servir bebidas, derivado de la comanda que le traigan los meseros, por lo que difícilmente atiende a clientes en la barra, salvo cuando el lugar este lleno, momento en que se abre el servicio de barra a el publico, lo cual ocurre por lo general viernes y sábado, después de las 10:30 horas aproximadamente, que el emitente labora para GREEN PADDOCK, hace mes y medio aproximadamente, habiendo ingresando en fecha 31 de agosto de 2007, con el puesto que desempeña actualmente, con un sueldo de \$1,700.00 m.n. quincenales, con un horario de labores de 18:00 horas a cierre, lo cual ocurre a las 24:00 horas a la clientela y en tanto se realiza el aseo y demás actividades como a las 05:00 horas, que el emitente entre las bebidas que expende se encuentran coctelería, así como bebidas nacionales e internacionales, tales como rones, brandys, tequilas, así como cervezas

de la marca de grupo modelo. Como gerente general se encuentra SERGIO, que el emitente sabe que el nombre del dueño del lugar, responde al nombre de GUILLERMO sin saber sus apellidos, persona a quien únicamente ha visto una sola vez, que el emitente sabe que en el bar ingresan menores de edad, que asimismo sabe que a dichos menores de edad se les ofrece bebidas embriagantes, que el emitente al momento en que ha atendido la barra para el público, que es aproximadamente a las 22:00 horas no se ha percatado que haya atendido a menores de edad, aunado que al momento en que les abres la cuenta les pide una tarjeta de crédito v una identificación, la cual por lo general es la credencial de el por lo que el emitente no ha dado bebidas embriagantes a menores de edad, que en dicho bar se prestan otros servicios como el del área de juegos compuesto por un mesa de billar, futbolito y dardos, asimismo también se brinda el servicio de comida, como son hamburguesas y demás platillos de comida rápida, que el día 14 de septiembre de 2007, siendo aproximadamente las 21:00 horas al lugar llegaron varios sujetos vestidos de negro y armados, quienes les decían que se calmaran y cooperaran, separando a los menores de edad, a los mayores de edad y a los trabajadores del lugar que es su deseo manifestar que el emitente únicamente se encontraba trabajando, por lo que no cometió ningún delito, que al tener a la vista en el interior de estas oficinas la carta de menú así como de bebidas, los vales por la cantidad de cien pesos, las facturas las reconoce como las mismas que expide el bar GREEN PADDOCK, en donde trabaja. - - - -

----- 18).-

**Declaración ante el Ministerio Público del probable responsable apelante GABRIEL,** quien manifestó: " ... que una vez que me fue leída por esta representación social la imputación que obran en mi contra, así como de las personas que deponen en mi contra, manifiesto que las niega por no ser ciertas y que los hechos ocurrieron de la siguiente manera: que el emitente trabaja en el bar denominado GREEN PADDOCK desde hace aproximadamente un año, que tiene el cargo de gerente administrativo de dicho bar, para lo cual me contraté como mesero, con un horario de las 18:00 horas a las 02:00 horas del día



siguiente, y que en relación a los hechos refiere que el día 14 del mes de septiembre del año en curso entre a trabajar como de costumbre, llegando a mi trabajo aproximadamente a las 18:00 horas, el cual me percaté que en dicho bar había un evento, me puse a trabajar en mi mesa ubicada en el área del billar, el cual llegaron aproximadamente cinco clientes, empezando a atender a los mismos, los cuales les ofrecí una botella de la marca brandy torres diez, el cual la serví con cuatro refrescos de cola así como de igual manera atendí a otra mesa por el mismo lugar ahí con cuatro clientes a los cuales les serví una bebida denominada clamato, una cerveza, y una coca cola, aclarando el emitente que todos mis clientes que atendía en ese momento eran mayores de edad, que siendo aproximadamente a las 20:30 horas me percaté que se presentan al interior del bar varios policías judiciales los cuales mencionaba que se trataba de un operativo, motivo por el cual fui asegurado por unos elementos de la policía judicial con mis demás compañeros de trabajo, deseando aclarar que en el interior del mencionado bar para esa hora ya había un aproximado de 25 menores de edad en varias de las mesas así como se encontraban parados, los cuales se les estaban dando bebidas embriagantes, - - - - -

Analizado lo anterior, la Sala Revisora concluyó:

- - - III.- Los anteriores elementos de convicción **no** son aptos para acreditar el cuerpo del delito de **CORRUPCION DE MENORES DE EDAD**, previsto por el artículo 184 (hipótesis de al que por cualquier medio, **induzca o facilite** a una persona menor de edad a realizar actos de ebriedad), 70 fracción 1, del Código Penal. En efecto, para que se acredite el tipo en estudio, se necesita que el sujeto activo: a).- induzca o facilite; b).- La corrupción de un menor de 18 años de edad; c).- A realizar actos de ebriedad - - - - -

- - - - - El artículo 184 del Código Penal para el Distrito Federal establece, en la hipótesis por la que acusó el Ministerio Público, que comete el delito de CORRUPCION DE MENORES DE EDAD, "Al que por cualquier medio... induzca o facilite a una persona menor de edad... a realizar actos de... ebriedad...". - - - - -

----- - - - En primer término se advierte que el Ministerio Público en su pliego de consignación es confuso, pues hace referencia a las 2 dos hipótesis distintas de: **inducir** y **facilitar**, como si fueran análogas, pues señala que los inculpados mencionados -como meseros- indujeron a los menores ofendidos a realizar actos de embriaguez y más adelante señala que el tipo penal a estudio no requiere que la conducta implique haber enseñado a los pasivos a consumir bebidas alcohólicas o que estos tengan que encontrarse en estado de ebriedad, pues la literalidad del precepto que lo contiene sólo exige que facilite; así, en la motivación, el Ministerio Público no establece claramente si la conducta que se les atribuye a dichos inculpados es la de inducir o la de facilitar, pues se refiere a ellas como si fueren sinónimos, -----

- - - - - Ahora bien, del análisis de los elementos probatorios que obran en el sumario se advierte que el Ministerio Público no acreditó que JAVIER, GABRIEL y ALEJANDRO, en su carácter de empleados del establecimiento comercial denominado "Bar Green Paddock", ubicado en la Avenida San Jerónimo, hayan inducido ni facilitado la corrupción de los menores de edad que acudieron el día 14 de septiembre de 2007 dos mil siete a ese establecimiento comercial, exigiéndoles el consumo de una botella y ofreciéndoles las opciones de la carta, a sabiendas que eran menores de edad y con el ánimo de corromperlos, es decir de generar en ellos la dependencia a bebidas alcohólicas.-----

----- En efecto, de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española., por "**inducir**", se entiende "1. tr. Instigar, persuadir, mover a alguien. 2. tr. Ocasionar (ser una causa)", y por "**facilitar**". "1. tr. Hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin. 2. tr. Proporcionar o entregar"; mientras que según el doctrinario Carlos Montan Palestra, en su obra "Tratado de Derecho Penal", tomo V, parte especial, página 118 ciento dieciocho, establece que "**Facilitar** es poner a disposición la oportunidad o los medios para que el sujeto pasivo se prostituya o se corrompa. A diferencia del que **promueve** que impulsa al hecho, el que facilita encuentra a la víctima decidida a realizarlo"-----

- - - - - Así las cosas, partiendo de que “inducir” significa **instigar, persuadir, mover a alguien, ‘ser la causa de’**, es evidente que en el caso concreto, para tener por actualizada tal hipótesis, el Ministerio Público debió acreditar que los meseros y el cantinero del bar mencionado, fueron **los causantes de que los menores de edad realizaran** actos de ebriedad, **que los hayan instigado o persuadido a hacerlo**; sin embargo y atendiendo a que de conformidad con el pliego de consignación y el auto de plazo constitucional impugnado, la forma en que se dice intervinieron las personas que fungían como meseros y cantinero, al desplegar la conducta típica de CORRUPCIÓN DE MENORES DE EDAD, en su hipótesis de inducir, consistieron en que en ese carácter indujeron a los menores a realizar actos de embriaguez, al imponer como exigencia consumir de una botella de bebida alcohólica en caso de que solicitaran una mesa; sin embargo, por una parte, de las declaraciones de los menores, se advierte que todos ellos mencionan **que acordaron con sus amigos de la escuela o vecinos, ir al "Bar Green Paddock"**, ubicado en la Avenida San Jerónimo; **inclusive varios de los padres manifestaron que ellos mismos los llevaron a ese lugar**, aunque precisaron que ignoraban que vendieran bebidas alcohólicas, sin embargo de la inspección ministerial se advierte que en la parte de afuera dice la palabra "Bar" y de las fotos del lugar se advierte que hay publicidad de la cerveza "Heineken" en la entrada; incluso el menor DAVID, manifestó, que con sus amigos ALAN y MARIO, acordaron que irían a un bar, por lo que fueron en busca de otros amigos de la misma cuadra en donde vive, encontrándose con otros; para lo cual **acordaron** ir al "Bar Blue House", *el cual se ubica en la Avenida de la Paz, de la colonia San Ángel, por lo que al llegar a dicho bar, siendo aproximadamente a las 17.,30 horas y al querer ingresar, les prohibieron la entrada ya que les manifestaron que no podían entrar menores de edad, por lo que se dispusieron a trasladarse al bar denominado Green Paddock, al que ya habían ido en repetidas ocasiones;* depositados de todos los menores de los que se advierte que acudieron al "Bar Green Paddock", por ellos mismos, y no hay prueba de que de los meseros o del cantinero haya mediado acto de inducción

para que los menores realizaran actos de ebriedad en ese lugar. Por otra parte, el Ministerio Público no acredita cuáles eran -antes de los hechos- sus conceptos morales o si tenían ideas definidas o costumbres respecto o en contra del consumo de bebidas embriagantes. - - - - -

- - - - - Es por ello, que no se acredita lo aseverado por el Ministerio Público en su pliego de consignación, cuando aduce que el acto de inducción consistió en negarles una mesa si no ingerían una botella, pues dichas reglas fueron impuestas por el dueño de dicha negociación comercial, por lo que en todo caso dicha conducta sería atribuible a dichas personas, **pues los meseros y cantineros únicamente cumplen con la función laboral que le es encomendada y no que tuviesen la intención de alterar la moral y hábitos de los menores, ya que todos los empleados manifestaron tener necesidades económicas, por lo que aceptaron ese empleo; incluso JAVIER, manifestó " ... que les había explicado el gerente que no se le iba a dar ninguna prestación, solo el sueldo mínimo y las propinas y como la gente que llega a pedir trabajo son la mayoría estudiantes aceptan el mismo, porque tiene la necesidad de superarse..."** - - - - -

- - - - - Por otra parte, no existe prueba aportada por el Ministerio Público que acredite que los inculpados recurrentes, supieran que les servían bebidas alcohólicas a 'menores de edad, pues a este respecto el inculpado (no apelante) IVAN 'manifestó: "...**que no soy el indicado para pedir las credenciales de las personas que entran al lugar y esto lo hacen otras personas que están en la entrada... que el salón cuenta con áreas que se rentan para tardeadas u otros eventos, que empiezan antes de abrir el restaurant bar y terminan a las 21:00 horas y que el viernes había un evento, que era tardeada, que van personas de cualquier edad..**"; " ... son los de seguridad de nombres JOSE LUIS Y RODRIGO, ya que estas personas son las que se encuentran en la entrada, permiten el acceso a la gente al interior del bar.. el día 14 de septiembre del año 2007 tengo conocimiento que hubo un evento en el transcurso del día, por lo que al momento que yo ingresé al bar, siendo aproximadamente las 18:00 horas, en el interior ya había

varios sujetos entre ellos algunos menores de edad y el gerente de nombre SERGIO nos indicó que a las 21:00 horas, ya deberían de estar a fuera del lugar todas las personas que se encontraban en el evento antes referido...". - - - - - Es por ello que de los autos no se advierte que existiera por parte de los inculpados el ánimo de corromper a los menores, únicamente el dueño del negocio tendría en todo caso un interés económico para inducir a que los menores realizaran actos de embriaguez, pues es quien obtenía las ganancias por la venta de bebidas embriagantes. Además, aun y cuando es independiente la materia administrativa a la penal, de la "**Ley para el funcionamiento de establecimientos mercantiles del Distrito Federal**", se advierte que no depende de los meseros ni del cantinero la conducta que les atribuye el Ministerio Público a los meseros y el cantinero; pues en dicha ley se establece, en su **artículo 10 diez**, que: "**Queda prohibido a los Titulares y sus dependientes realizar o participar en las siguientes actividades: I. La venta de cualquier tipo de bebidas alcohólicas y cigarros a los menores de edad, aún cuando consuman alimentos**"; en el artículo 34, en su párrafo tercero se establece "**Sus titulares serán responsables que la asignación de una mesa o el ingreso del público asistente no se condicione al pago de un consumo mínimo, y no se exija el consumo constante de alimentos v/o bebidas,** - - - - - Por lo expuesto, no se acredita que los inculpados de mérito en su carácter de meseros y cantinero, respectivamente, tuviesen la intención de alterar las normas de conducta de los menores, de modo que se pudiera producir o se produzca su perversión, depravación o relajamiento moral. - - - - Ahora bien, respecto de la diversa hipótesis de "**facilitar**", es decir, hacer posible la ejecución de los actos de ebriedad, proporcionando los medios para ello, es evidente que en el caso concreto, no se acredita que los meseros y el cantinero, proporcionaron a los menores de edad, los medios adecuados para que realizaran actos de ebriedad; en efecto, de conformidad con el pliego de consignación y el auto de plazo constitucional impugnado, la forma en que se dice intervinieron las personas que fungían como meseros y cantinero en la conducta típica

de CORRUPCIÓN DE MENORES, en su hipótesis facilitar, consistieron en que en ese carácter facilitaron el consumo de las bebidas alcohólicas, ofreciéndoles un repertorio de posibilidades de bebidas alcohólicas; sin embargo, de las declaraciones de los menores se advierte que en ese lugar no había únicamente bebidas alcohólicas, también había otro tipo de bebidas y comida y que podían acudir a este lugar únicamente para bailar y divertirse; incluso a todos los menores de edad se les encontró **"no ebrios y con romberg negativo"** y de 37 menores, 10 **se encontraban sin aliento alcohólico**; por lo que se advierte que pese a que es evidente que los menores de edad tenían la posibilidad de adquirir e ingerir bebidas embriagantes; sin embargo, también tenían la alternativa de no hacerlo y limitarse a estar en dicho lugar conviviendo o bailando, tan es así, que en la inspección ministerial se dio fe de que: ". . . en el lugar de los hechos siendo el negocio denominado *"Green Paddock"* ... en la parte central se aprecia una mesa de billar.. un área de aproximados cuatro metros de ancho... una mesa de juego que se le conoce como *'futbolitos'* Es por ello que la conducta que se les imputa a los inculcados recurrentes, en su carácter de meseros y cantinero, respectivamente, consistente para los dos primeros, en proporcionar a los menores la carta y para el último, surtir los pedidos, no puede considerarse suficiente por sí misma, para acreditar que les hayan proporcionado a los menores los medios adecuados para que realizaran actos de ebriedad, pues la estimación de la idoneidad de los actos para producir el efecto corruptor tipificado por la ley, no puede limitarse al análisis del acto en sí mismo, sino con relación al sujeto pasivo; máxime que en el caso concreto, las actividades que los menores de edad realizaban en ese establecimiento, dependía, en principio, de lo que ellos decidieran hacer, sin que estuvieran determinados, incitados o propiciados por los inculcados de mérito; -----  
----- Por lo que -como se analizó al momento de estudiar la hipótesis de inducir- no se acredita que los meseros y el cantinero tuviesen la intención de alterar las normas de conducta de los menores, de modo que se pudiera producir o se produzca su perversión, depravación o relajamiento moral. - - - - Por lo expuesto, las anteriores

probanzas no son suficientes para acreditar el cuerpo del delito de CORRUPCIÓN DE MENORES, materia de la consignación; por lo que conforme al principio de presunción de inocencia, a partir del cual, toda persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario- y por ello es al Ministerio Público, a quien le corresponde aportar las pruebas que acrediten los elementos constitutivos del delito y de la probable responsabilidad penal de los inculpados, materia de la consignación y, sólo a partir de ese momento se revierte la carga de la prueba a éstos y su defensa para demostrar su inocencia; de ahí que es evidente que no existen "*suficientes elementos incriminatorios*" en la consignación del Ministerio Público en su contra, como se advierte del criterio que se sostiene en la tesis que se transcribe a continuación: - - - - -

- - - **"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 de debido proceso legal que implica que al inculpadado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo de mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso pena; en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales de 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 de delito y hacer probable la** responsabilidad de 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 de orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe

estimarse que los principios constitucionales de; 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 de; delito y de la culpabilidad de; imputado". P. XXXV/2002; Amparo en revisión 129312000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXV/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencia;. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época. Tomo XVI, Agosto de 2002. Pág. 14. Tesis Aislada - - - - -

- - - Por lo que se declaran esencialmente fundados los agravios expresados por la defensa de los inculpados recurrentes de mérito; y al no acreditarse el cuerpo del delito de CORRUPCIÓN DE MENORES, con fundamento en el artículo 302, con relación al 427, ambos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se ordena la libertad por falta de elementos para procesar de JAVIER, GABRIEL y ALEJANDRO y por ello se revocará en la materia del recurso, el segundo punto resolutorio del auto de plazo constitucional impugnado. - -

- - - - - **IV.-** En virtud de que lo resuelto en el apartado que antecede, se refiere a la incomprobación del cuerpo del delito y tal situación resulta benéfica a la diversa inculpada **PAMELA**, es procedente que esta Sala, con fundamento en el artículo 434 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, haga extensiva a su favor la declaratoria correspondiente, en virtud de que la disposición adjetiva invocada establece que la resolución que emita la Sala en los recursos de apelación tendrá alcance extensivo y operará cuando así lo declare dicho Tribunal en una **causa** en la que existan varios inculpados y varios de ellos interpusieron recurso de apelación, si



la sentencia es favorable, ésta surtirá los mismos efectos para los demás, siempre que se trate de los mismos hechos y las constancias así lo indiquen, tratándose, entre otros, por la inprobación del cuerpo del delito, como sucede en el caso concreto, - - - - - Por lo expuesto, resultando esencialmente fundados los agravios expresados por los defensores particulares e inoperantes los expresados por el Ministerio Público; al no estar satisfechos los requisitos del artículo 19 Constitucional y 297 del Código de Procedimientos Penales y con apoyo además en los artículos 414 a 418 y 427 del mismo ordenamiento, se: - -

- - - - - **RESUELVE:** - - - - -

- - - - - **PRIMERO.- Se revoca, en la materia del recurso, el segundo punto resolutivo del auto de plazo constitucional de fecha 20 veinte de octubre de 2007 dos mil siete, dictado por el Juez Quincuagésimo Penal del Distrito Federal, en el que se decretó la formal prisión a los inculpados JAVIER, ALEJANDRO y GABRIEL; así mismo, esta determinación tendrá alcance extensivo respecto de la diversa inculpada (no apelante) PAMELA.** Por lo que éste quedará redactado como sigue - - - -

- - - **"SEGUNDO.- Se decreta la libertad por falta de elementos para procesar a JAVIER, ALEJANDRO, GABRIEL y PAMELA, por inprobación del delito de CORRUPCION DE MENORES DE EDAD (hipótesis de: al que por cualquier medio facilite e induzca a una persona menor de dieciocho años de edad a realizar actos de ebriedad)"** - - - - -

...

- - - **CUARTO.-** Notifíquese. - - - - -

- - - - - A S I, por unanimidad de votos lo resolvieron los ciudadanos Magistrados que integran la Primera Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. - - - - -

- - -

Resultan evidentes, después de la lectura de la anterior Resolución, una serie de irregularidades que se llevaron a cabo por diversas Autoridades: Policía Preventiva, Policía Judicial, Ministerio Público y aún el Juez de Primera Instancia. En efecto, la práctica de

“denuncias anónimas” es del todo irregular, además de improbable y no se trata sino de los famosos “operativos” de los que como hemos visto lamentablemente sus resultados recientemente, como fue la muerte de doce personas y las vejaciones a un gran número de jóvenes, incluso menores de edad..

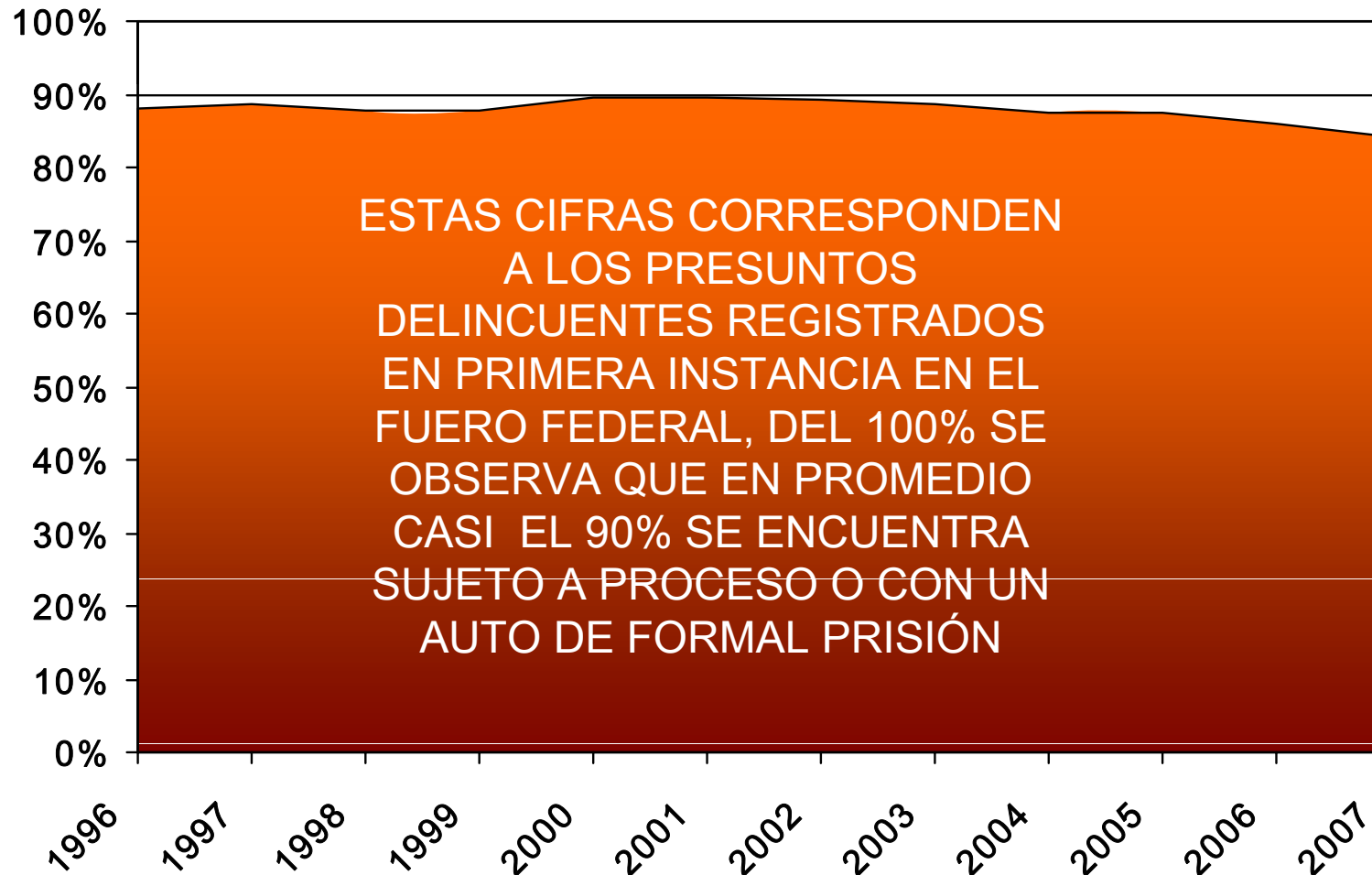
Por otra parte, se observa en esta resolución afortunadamente revocada, que en el caso fueron involucradas como probables responsables personas jóvenes, estudiantes que prestan sus servicios para solventar sus estudios sin que nadie, de nueva cuenta, les repare el daño causado.

Debemos recordar además que este ilícito de Corrupción de Menores, de manera genérica fue considerado como aquellos que no permitirán la libertad de los procesados de acuerdo con la Reforma Constitucional, sin considerar siquiera que son múltiples las hipótesis en este ilícito, algunas de ellas realmente graves y que inexplicablemente se persiguen en nuestro país en muy contadas excepciones-

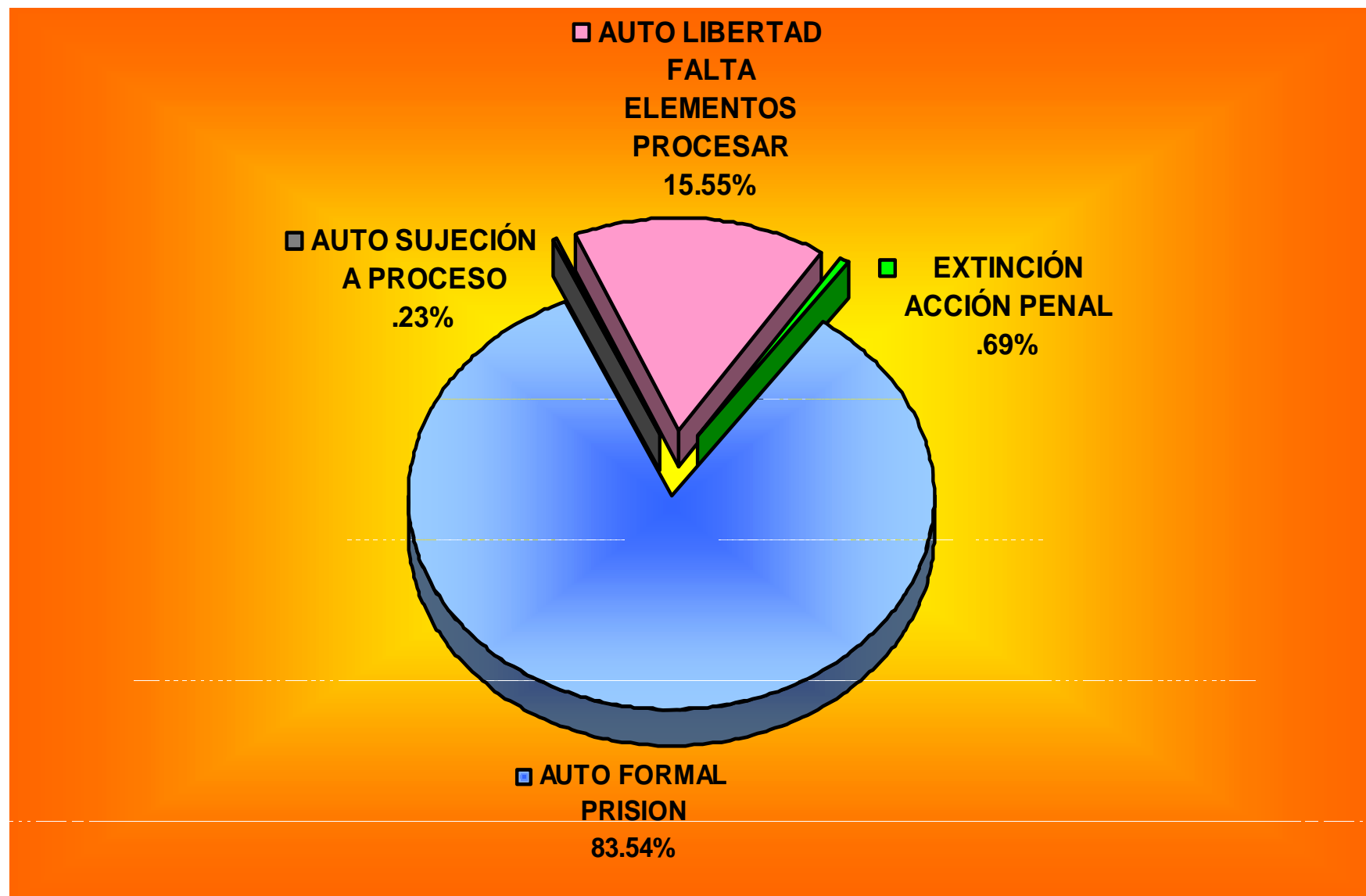
Con el resumen de las resoluciones que se han presentado, he querido plasmar lo que sucede y seguirá ocurriendo en la práctica, en tanto no se respete de manera irrestricta el principio de presunción de inocencia, y su aplicación sea general, pues deberán ser únicamente excepciones aquellas en las que no se permita la libertad de las personas durante el proceso que se siga en su contra.



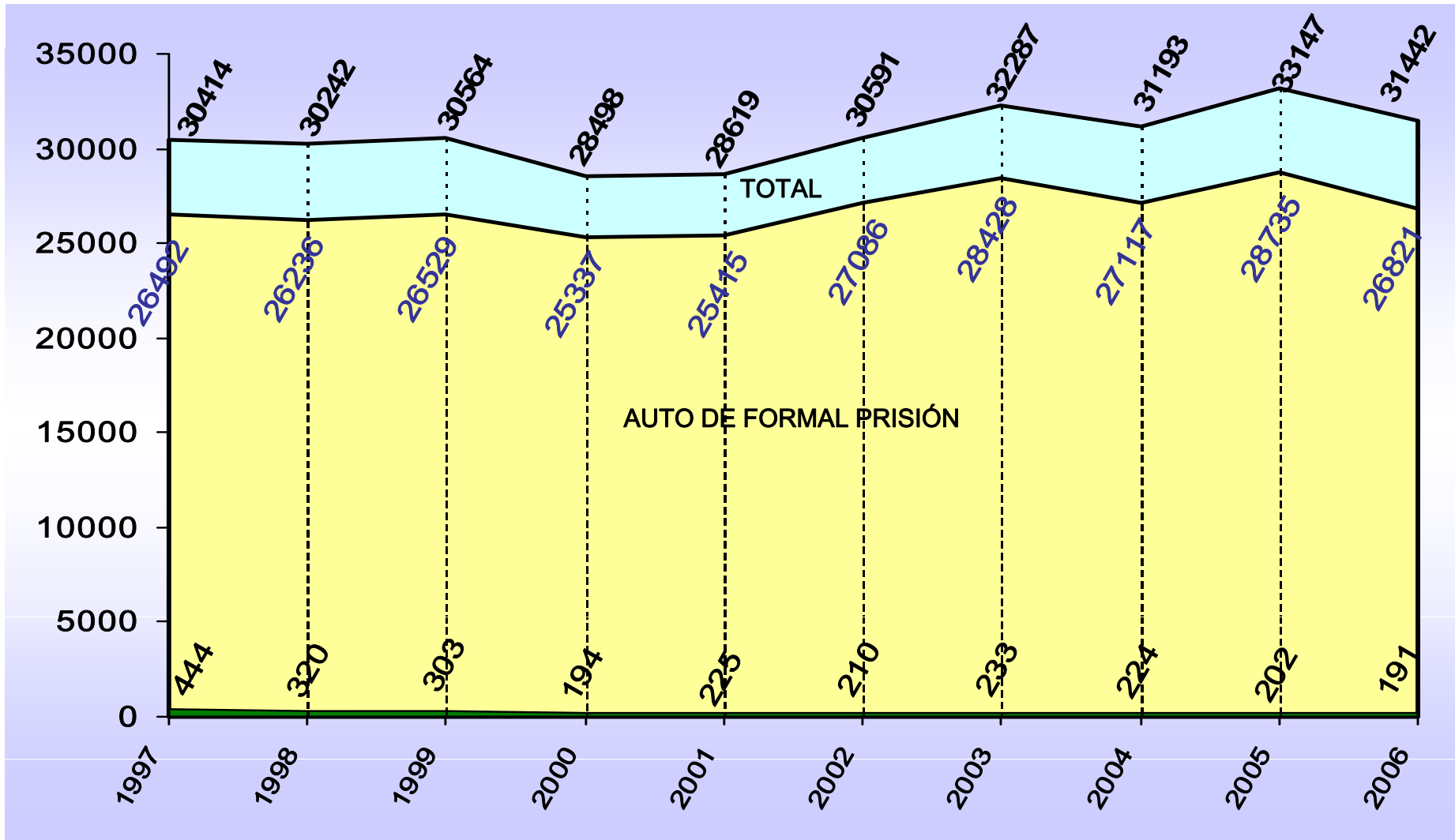
# PRESUNTOS DELINCUENTES FUERO FEDERAL 1996 - 2007



## SITUACIÓN JURÍDICA PRESUNTOS DELICUENTES 2007 (FUERO FEDERAL)

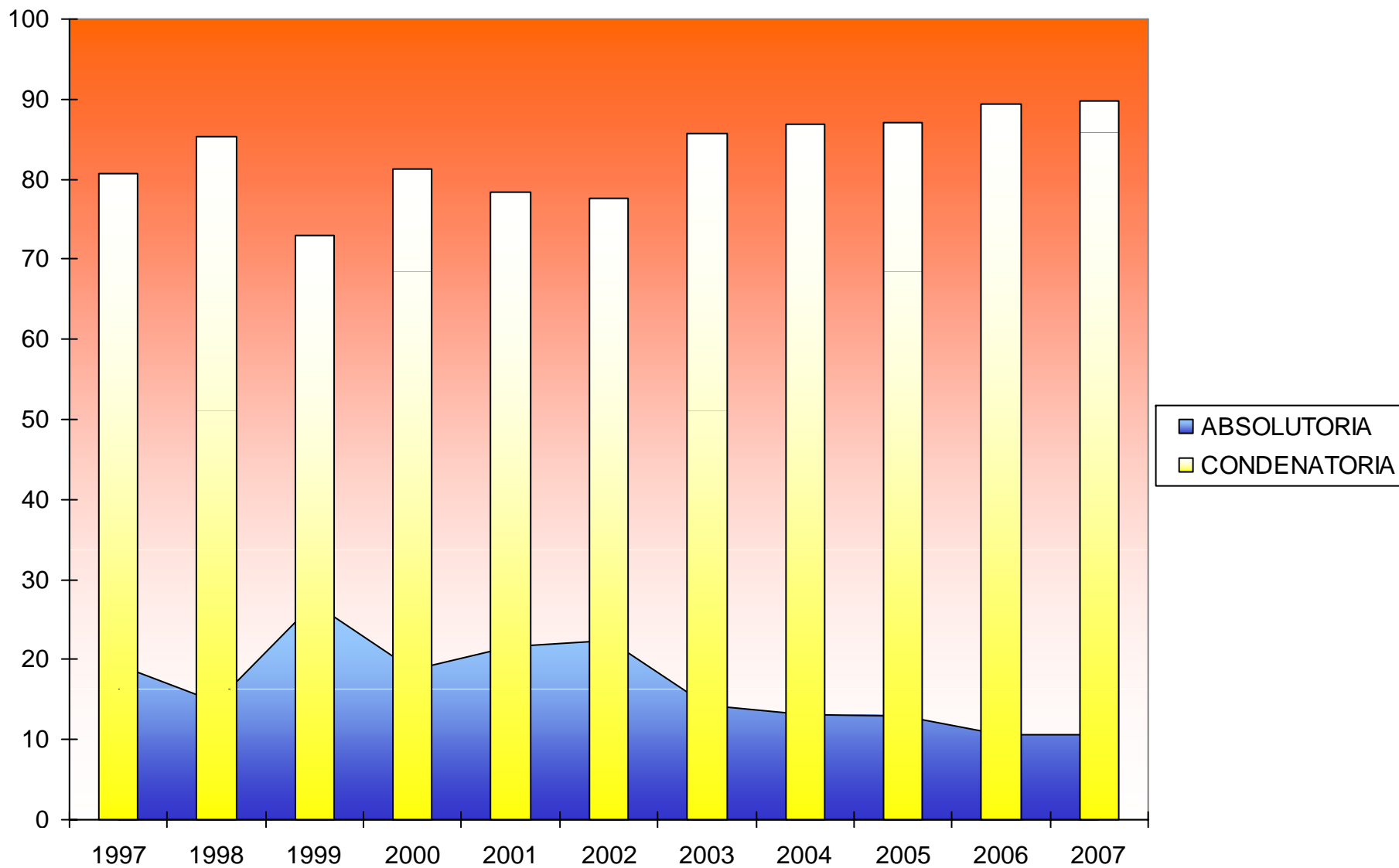


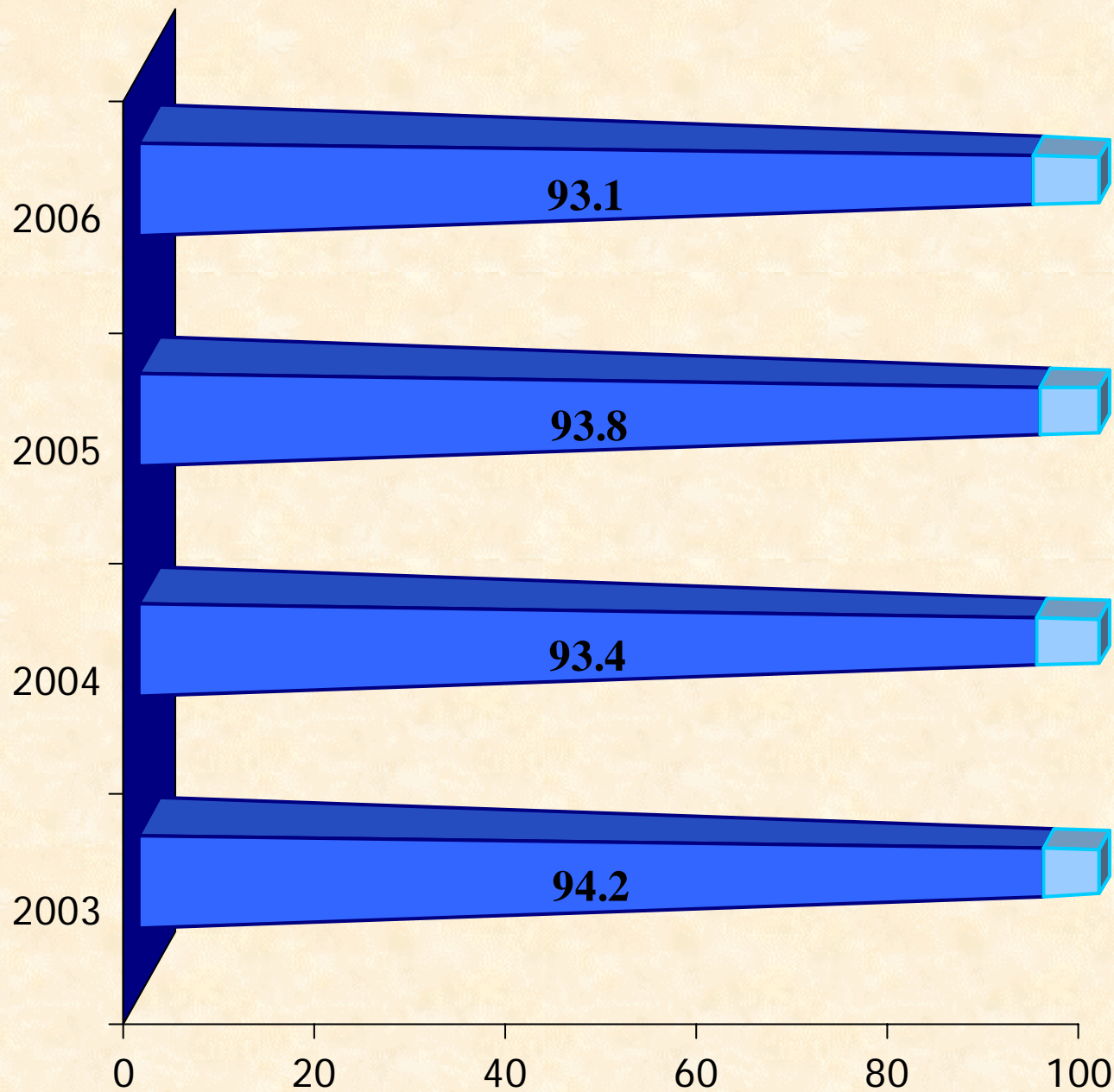
SITUACIÓN JURÍDICA DE PRESUNTOS DELINCUENTES EN EL FUERO FEDERAL 1997-2006



LA MISMA TENDENCIA SE OBSERVA EN EL FUERO FEDERAL, EN DONDE LA RESOLUCIÓN MAS FRECUENTE ES EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN COMPARACIÓN CON DEL DE SUJECCIÓN A PROCESO EL CUAL ES CASI IMPERCEPTIBLE EN LA GRÁFICA.

## DELICUENTES SENTENCIADOS FUERO FEDERAL 1997-2007

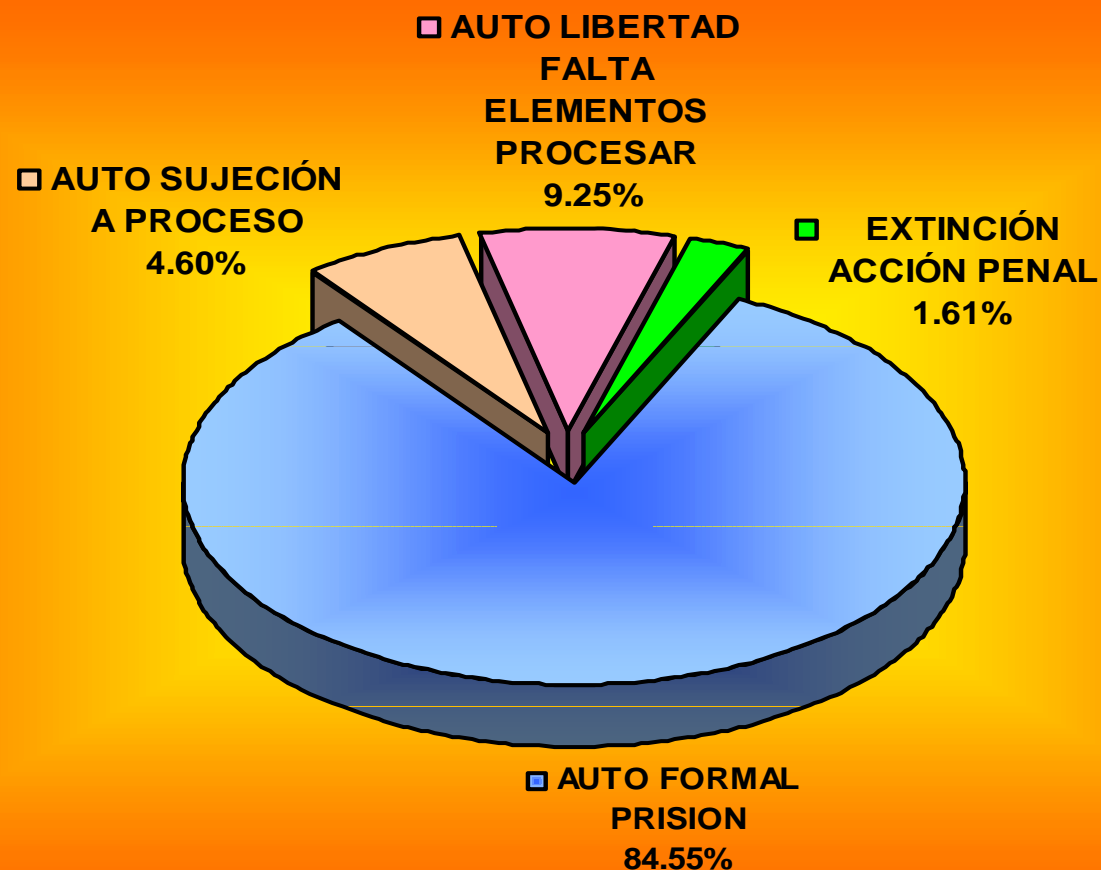




DE 2003 A 2006  
MAS DEL 90%  
DE LOS  
PREUNTOS  
DELINCUENTES  
REGISTRADOS  
EN LOS  
JUZGADOS DE  
PRIMERA  
INSTANCIA DEL  
DISTRITO  
FEDERAL  
ESTAN  
SUJETOS A  
PROCESO CON  
UN AUTO DE  
FORMAL  
PRISION

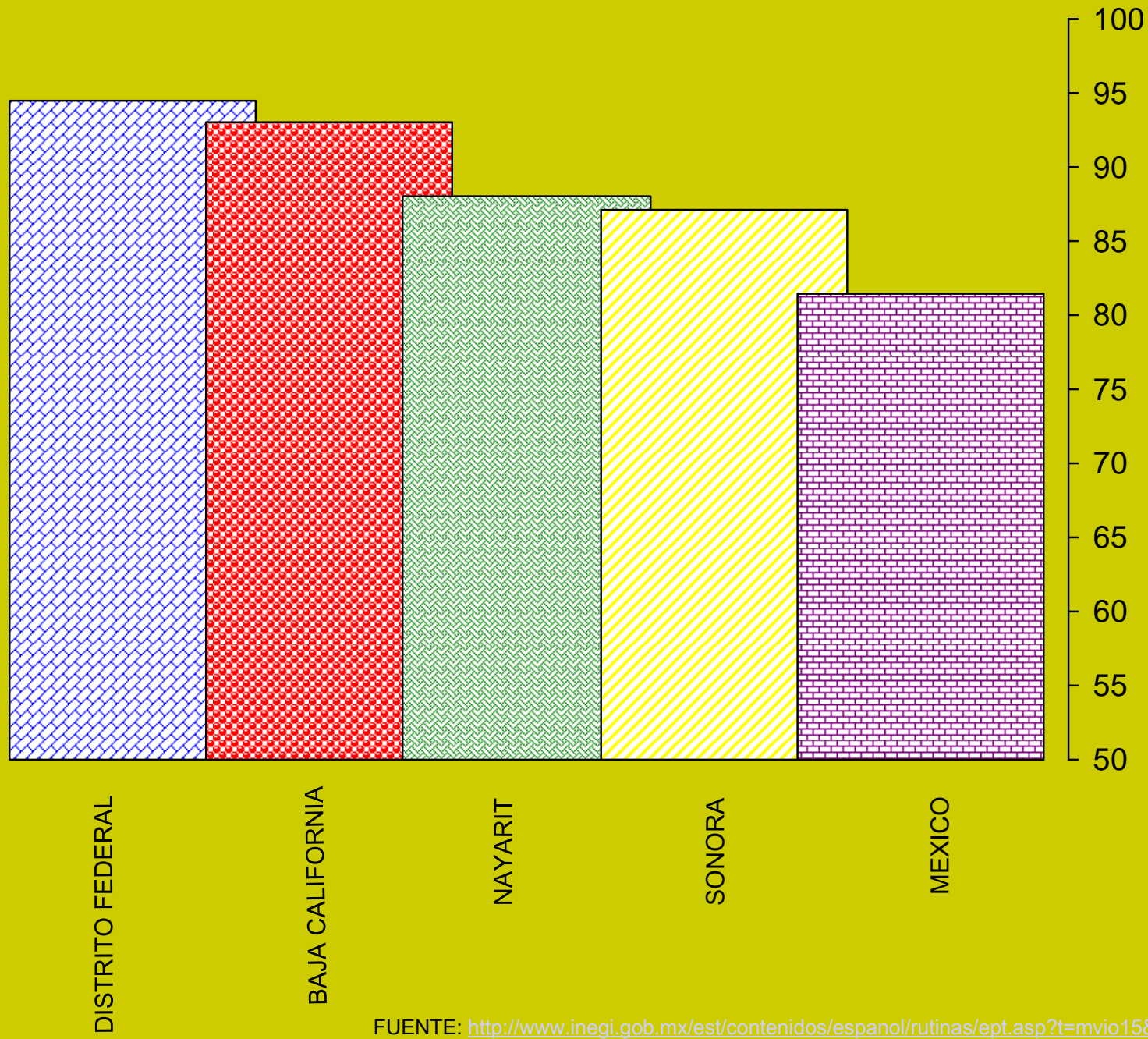


## SITUACIÓN JURÍDICA PRESUNTOS DELICUENTES 2007 (FUERO COMÚN)



FUENTE: [www.inegi.gob.mx](http://www.inegi.gob.mx) 07/01/08 20:29

DE UN TOTAL DE 176 927 RESOLUCIONES DICTADAS EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES DEL FUERO COMÚN EN LA REPÚBLICA MEXICANA EN EL AÑO 2006, EL **82%** DE LAS MISMAS CORRESPONDE A UN **AUTO DE FORMAL PRISIÓN**, AL **8%** AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR, AL **7%** AUTO DE SUJECIÓN A PROCESO Y SOLO UN **3%** CORRESPONDE A LA **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL**. CON LO QUE SE CORROBORA QUE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ES CASI INEXISTENTE EN EL SISTEMA JUDICIAL PENAL.



# SOBREPOBLACION PENITENCIARIA ABRIL 2008

## **CONSIDERACIONES PERSONALES.**

Un gran Maestro y un gran hombre, el Doctor Pedro Hernández Silva, me solicitó, cuando con toda bondad accedió a ser uno de mis tutores en esta investigación, que incluyera en este trabajo un apartado de Consideraciones Personales. Él ya no está entre nosotros por ahora, pero yo deseo cumplir con su petición.

En efecto, a lo largo de casi treinta años de vivir el mundo del derecho penal que desde mi juventud me apasionó, he sentido la necesidad de plasmar cuando menos algunas de mis principales inquietudes al respecto. Afortunadamente obtuve mi primer trabajo como proyectista en una Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y desde entonces pude constatar el dolor humano y la desesperación de muchos seres ante las injusticias de las que eran objeto, al igual que la enorme satisfacción de poder afirmar que se impartió justicia. Pude constatar también que aún en aquellas ocasiones en que las sentencias dictadas eran apegadas a derecho y los procesados aceptaban con humildad su castigo, era muy doloroso saber que difícilmente estos seres podrían recuperar algún día su vida, ante las terribles condiciones de la prisión a la que eran sometidos.

Cuando fui nombrada Juez en Materia Penal, pude constatar directamente las condiciones de los "Reclusorios Preventivos" y la tragedia humana que representa un proceso penal, que incluye no sólo al procesado, sino a su familia al igual que a la víctima y sus allegados.

Desde entonces pude percatarme ya de la ineficiencia y corrupción existentes en todos los actores de un procedimiento penal y tengo la tranquilidad de que cuando menos luché incansablemente

para que estos factores dañaran lo menos posible el ámbito de mi competencia. Ya como Magistrada, aunque extrañé profundamente el contacto con "mis procesados" y "mis víctimas" pude remediar un mayor número de injusticias al tener a mi cargo la Resolución de múltiples apelaciones. De ninguna manera he querido decir con lo anterior, que yo nunca cometí injusticias y graves errores, pero afortunadamente sí puedo aseverar que jamás lo hice con conocimiento de ello y menos aún con el propósito de dañar a persona alguna.

La Procuración de Justicia, que también me correspondió atender por un tiempo, resulta en múltiples ocasiones ser de una crueldad inusitada, ante la que parece ser una lucha sin esperanza en contra de la ignorancia, la insensibilidad y la corrupción.

Afortunadamente, también tuve la fortuna de presenciar actos justos y nobles de muchos de mis compañeros en todos los ámbitos, pues de ninguna manera puede afirmarse que todo está dañado. Es precisamente por todas las anteriores razones que decidí trabajar en el tema de la presunción de inocencia, pues tengo la certeza de que nuestros sistemas de Procuración e Impartición de Justicia al igual que los penitenciarios pueden mejorarse en gran medida, simplemente con una verdadera voluntad y la comunicación entre todos los actores de este drama cotidiano que es la aplicación del Derecho Penal. Por estos motivos, además, opté por dedicar mi tiempo completo a la enseñanza, al saber de que a través de ella podremos transmitir a los jóvenes estudiantes nuestro conocimiento y experiencia, instándolos siempre a perseguir el maravilloso anhelo de la realización de la justicia.

## **CONCLUSIONES.**

PRIMERA.- La presunción de inocencia es reconocida como un principio universal y como tal debe ser respetado de manera irrestricta en todos aquellos países que se precien de ser Estados Democráticos de Derecho.

SEGUNDA.- Un Estado es una forma de organización jurídica y será mediante su Constitución que podamos constatar si estamos o no ante un Estado Democrático de Derecho.

TERCERA.- No puede hablarse de un Estado Democrático de Derecho en tanto en éste no se limite el ejercicio del poder y se respeten los derechos fundamentales de los individuos que lo integran.

CUARTA.- Si bien es cierto que parte de nuestra libertad se cede al Estado para que éste pueda mantener el orden social, ello no implica que mediante esa facultad pueda violentar el ejercicio de los derechos fundamentales del hombre, entre ellos el máspreciado, como es la libertad.

QUINTA.- México ha suscrito diversos Tratados Internacionales mediante los cuales se ha comprometido a reconocer y aplicar el principio de presunción de inocencia, sin que esto se haya respetado en su integridad.

SEXTA.- Es precisamente en la materia penal, al estar en juego la vida y la libertad de las personas, que debe aplicarse irrestrictamente el principio de presunción de inocencia, en congruencia además con los compromisos del Estado Mexicano.

SEPTIMA.- El fin primordial del procedimiento penal es encontrar la verdad histórica de un hecho considerado como delito y que éste pueda ser imputado a una persona mediante prueba irrefutable. En tanto esto no ocurra, no puede imponerse pena alguna.

OCTAVA.- En la Constitución de 1917 se trató de erradicar la política criminal dictatorial de Porfirio Díaz, en la que arbitrariedades de jueces y policías eran abiertamente permitidas, surgiendo así la figura del Ministerio Público.

NOVENA.- A pesar de la gran visión y buena voluntad del Congreso Constituyente, la figura del Ministerio Público, al igual que la de Policías, Jueces y aún Magistrados, son criticadas desde hace tiempo por sus altos niveles de ignorancia, negligencia y corrupción, sin que se tome medida alguna para subsanar estos problemas.

DECIMA.- En lugar de tratar, en primer término, de buscar y analizar las causas del grave deterioro de nuestros sistemas de Procuración e Impartición de Justicia, para estar en posibilidad de remediarlo, se emprenden nuevas Reformas penales que representan el grave riesgo de caer en un sistema represivo, ante el fortalecimiento de figuras como el arraigo y la delincuencia organizada, así como la debilidad de los requisitos exigidos para considerar la existencia de un delito.

DECIMO PRIMERA.- Al ser la Prisión Preventiva el principal instrumento utilizado por el Estado que violenta el principio de presunción de inocencia, tendremos que aceptar que las consecuencias legales de la presunción de inocencia operan contrariamente a los Principios del Derecho Penal y a las garantías que le son inherentes.

DECIMO SEGUNDA.- La Prisión Preventiva es una institución totalmente deteriorada que se aplica arbitraria e irracionalmente en la mayoría de los casos, a pesar de que su aplicación, en última instancia, debe ser excepcional y en circunstancias tales que no se convierta en una pena más.

DECIMO TERCERA.- A pesar de que se ha verificado ampliamente su ineficacia, las penas de prisión en nuestro país son las más altas de los Estados que se denominan Democráticos, entre ellos la mayoría de los países europeos.

DÉCIMO CUARTA.- Las cárceles no cumplen con los fines de la pena, sino por el contrario, son un claro factor de incremento delincencial, al no aplicarse en ellas programas integrales para lograr la reinserción social de los reclusos liberados.

DECIMO QUINTA.- Es imprescindible reconocer y aceptar que las condiciones socio-económicas de nuestro país, han propiciado y seguirán propiciando la comisión de delitos que no podrán frenarse mediante la represión, sino con educación y el logro de una verdadera justicia social.

.

DECIMO SEXTA.- Es absolutamente indispensable que en nuestro país se legisle y se actúe con el propósito irrestricto de cumplir cabalmente con el principio de presunción de inocencia, si se quiere terminar con la gran cantidad de injusticias que se cometen al privar de su libertad a personas inocentes.

DECIMO SEPTIMA.- La justicia en su más amplio significado ha sido una constante inquietud de filósofos y juristas a través de los siglos. La que suscribe se adhiere en forma definitiva al gran filósofo y jurista Hans Kelsen, cuando dice que la justicia para él es “la justicia de la libertad, la de la paz, la de la democracia y la de la tolerancia-“

## **BIBLIOGRAFIA**

**ARELLANO GARCÍA, CARLOS**, Derecho Procesal Civil, 9<sup>a</sup>. Ed., Porrúa, México, 2003

**AZÚA REYES, SERGIO**, Los principios Generales del derecho, 3<sup>a</sup>. Ed. Porrúa, México, 2001,

**BECCARIA, CESARE**, De los delitos y las penas. Editorial Losada, Buenos Aires, 2002,

**BETTIOL, GIUSEPPE**, Instituciones de derecho penal y procesal, Ed. Bosch, Barcelona, 1977

**BURGOA, IGNACIO**, Las garantías individuales, 11<sup>a</sup>. Ed. Porrúa, México, 1978,

\_\_\_\_\_, Derecho Constitucional Mexicano, 9<sup>a</sup>. Ed., Porrúa, México 1994

**CALAMANDREI, PIERO**, "Elogio de los jueces escrito por un abogado", Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1980.

**CÁRDENAS RIOSECO, RAÚL**, La presunción de Inocencia, Porrúa, México, 2006

**COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO**, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 4<sup>a</sup>. Ed., Porrúa, México, 1977.

**DE LA PEÑA GARCÍA, ROSA MARÍA**, La teoría de la democracia, el error de accidente, Germika, México, 2003.

Declaración Universal de Derechos Humanos (versión comentada) Epressa, México, 1998.

**DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO**, Historia Del Derecho Penal y Procesal Penal Mexicanos, Tomo II., Porrúa, México, 2005,

**MENDOZA BREMAUNTZ, EMMA**, Derecho Penitenciario. Mc. Graw Hill, México, 2005.



**ESER, ALBIN**, Una justicia penal "a la medida del ser humano en la época de la globalización". Encuentro Internacional "Tendencias del Derecho Penal y la Política Criminal del Tercer Milenio. Inacipe, 2002.

**FERRAJOLI, LUIGI**, Derecho y Razón., Trotta, Madrid, 1989.

\_\_\_\_\_, Derechos y Garantías. La ley del más débil. Trotta, Madrid, 2006.

**FOUCAULT, MICHEL**. Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión, Siglo XXI Editores, México, 2005.

**GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO**, Filosofía del derecho, 9ª. ed. Porrúa, México, 1997

**GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO**, La Reforma Penal Constitucional 2007-2008, Porrúa, México, 2008.

**GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO**, El ius cogens internacional. Estudio Histórico-crítico. UNAM. México, 1982.

**HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO A.**, Programa de derecho procesal penal, 15ª. Ed., Porrúa, México, 2007.

\_\_\_\_\_, "El Proceso Penal Mexicano, 2ª. Ed., Porrúa, México, 2003.

**HERNÁNDEZ SILVA, PEDRO**, Procedimientos Penales en el Derecho Mexicano, Porrúa, México, 2006.

**HOBBS, THOMAS**, Leviatan, La Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil Sánchez Sato, Traducción, 13 Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

**KELSEN, HANS**, Teoría pura del derecho, tr. Roberto J. Vernengo, 13ª. Ed., Porrúa, México, 2003.

\_\_\_\_\_, ¿Qué es la justicia? Tr. Albert Calsamiglia, Planeta Agostini, España

**MARCHIORI, HILDA**, Criminología 2, Institución Penitenciaria, Córdoba SRL. Argentina

**MÁRQUEZ RÁBAGO, SERGIO R.** Evolución Constitucional Mexicana, Porrúa, México, 2002.

**MONTAÑÉS PARDO, MIGUEL ANGEL,** La presunción de inocencia, Aranzandi, Pamplona, 1999.

**ORTIZ AHLF, LORETTA.** Derecho Internacional Público. 2ª. Ed. Oxford Univ. Press. México.

**PALAVICINI, FÉLIX, F.** Historia de la Constitución de 1917. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Comisión Especial de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, Lito Impresiones Macabsa, México, 1992.

**PRECIADO HERNÁNDEZ, RAFAEL.** Lecciones de Filosofía del Derecho. Textos Universitarios. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1997.

**RECASENS SICHES LUIS,** Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México. 1974.

**RODRÍGUEZ LAPUENTE, MIGUEL.** Sociología del Derecho, Porrúa, México. 2002.

**RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS,** La Crisis Penitenciaria y los Substitutos de la Prisión, Porrúa, México 2004.

**ROMERO ARIAS, ESTEBAN,** La presunción de inocencia, Aranzandi, Pamplona, 1985

**RUSCONI, MAXIMILIANO,** Las Fronteras del Poder Penal, Editorial Ciudad, Argentina, 2005.

**SARRE IGUINIZ, MIGUEL.** La pena sustitutiva de prisión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1995.

**SEARA VÁZQUEZ, MODESTO,** Derecho Internacional Público. 16ª., Ed. Porrúa, México, 1997.

**TAPIA HERNÁNDEZ, SILVERIO.** Compilador. Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por México, CNDH, México, 1999.

**TENA RAMÍREZ, FELIPE.** Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, México, 1977.

**VEGA TORRES, JAIME,** Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal, La Ley, Madrid, 1993.

**VELA TREVIÑO, SERGIO.** Miscelánea Penal, Trillas, México.

**VILLORO TORANZO, MIGUEL.** Introducción al estudio del derecho, Porrúa, México, 1999.

**ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL,** Manual de Derecho Penal, Porrúa, México.

\_\_\_\_\_, "El Enemigo en el Derecho Penal", Coyoacán, México, 2007.

**ZAFFARONI EUGENIO RAÚL, VANNELLI-VIEL RENATO L.,** "El Dilema de la Seguridad en la realidad Latinoamericana", del libro "Uso Ilegítimo de la Fuerza" INACIPE, México, 2008.

**ZAGREBESKY, GUSTAVO,** El derecho dúctil, 5ª. Ed., Trotta, Madrid, 2003.

**ZAMORA PIERCE, JESUS,** Garantías y Proceso Penal, Porrúa, México, 1998.

## HEMEROGRAFÍA

**NADER KURI, JORGE,** Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales, Núm. 12, Segunda Época, México, 2007.

**PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL,** El Arraigo y los Derechos Humanos, Derechos Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, año 1, Número 1, 2006, México.

## **DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS**

**ALONSO, MARTÍN**, Enciclopedia del Idioma, Aguilar, México, 1998.

**DE PINA RAFAEL**, Diccionario de Derecho, Porrúa, México,

**DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO**, Diccionario de Derecho Procesal Penal, T. II, 5ª. Ed., Porrúa, México, 2004.

**DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO**, Tomo D-H, P-Z, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 7ª. ed., UNAM-Porrúa, México, 1994.

**ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA**, Tomo XXIV Real-Retr, Driskill, Buenos Aires, 1987.

## **LEGISLACIÓN**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales

Código Penal para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, agosto de 2002.

Diario Oficial de la Federación 19 junio 2008.

## **OTRAS FUENTES.**

Compilación de Documentos Internacionales en materia penitenciaria. CNDH. 1996.

**Flores, Julia Isabel**; notas recabadas durante el Diplomado "Derecho a la no Discriminación" 23 de octubre de 2007, IJUNAM.

<http://buscon.rae.es/drael/>

[http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=alma](http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=alma)

<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.

[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a\\_ccpr\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm).