



**UNIVERSIDAD JUÁREZ DEL ESTADO DE DURANGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO E INVESTIGACIÓN**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA EL

M.D. ALEJANDRO VÁZQUEZ MELERO

CON EL TEMA:

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO
POR LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
AL APLICAR INJUSTIFICADAMENTE EL ARRAIGO PENAL**

COMITÉ TUTORIAL DE TESIS DOCTORAL:

**DIRECTOR: DR. EDGAR ALÁN ARROYO CISNEROS
ASESORA: DRA. MARÍA DEL REFUGIO BOBADILLA SAUCEDO
ASESOR: DR. CÉSAR MIGUEL GONZÁLEZ PIÑA NEVÁREZ**

VICTORIA DE DURANGO, DGO., SEPTIEMBRE DE 2019

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA

***Agradezco a Dios por haberme dado la vida
y todo lo que he recibido.***

***Agradezco a mi Comité Tutorial integrado por
el Dr. Edgar Alán Arroyo Cisneros,
la Dra. María del Refugio Bobadilla Saucedo,
el Dr. César Miguel González Piña y
el Dr. Salvador Rodríguez Lugo,
su comprensión y el gran apoyo que me dieron
para la elaboración de esta tesis doctoral.***

***Le dedico este trabajo a mi amada familia
integrada por mi esposa Cristy
y mis hijos Nancy y Alejandro.***

INTRODUCCIÓN

Para que concurra una relación de armonía entre gobernantes y gobernados, el tener acceso a una justicia imparcial así como la consolidación del Estado de Derecho son imprescindibles. No existe algún Estado que pueda pregonarse ser democrático sin ser justo, ni desplegarse social, económica y políticamente sin proteger los bienes jurídicos amparados por el Derecho Penal que la comunidad le ha confiado. Para los gobiernos de hoy en día, es evidente la necesidad con la que deben desafiar y solucionar de forma transparente, eficiente y eficaz en su actuar, los problemas de criminalidad que aquejan a nuestro Estado, especialmente los que están vinculados con el crimen organizado.

Este trabajo de investigación tiene como uno de sus propósitos principales, constituirse en mi Tesis Doctoral en Derecho como becario del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología dentro del Programa Nacional de Posgrados de Calidad, cuyos estudios los realicé en la División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango.

De conformidad al Reglamento de la División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango, es una línea de investigación propositiva que fortalece al Derecho Constitucional en concordancia con el Derecho Procesal Penal y el Derecho Administrativo.

El tema central de esta tesis de grado doctoral consiste en: “La Responsabilidad Patrimonial del Estado por la violación de los Derechos Humanos al aplicar injustificadamente el arraigo penal.”

Señalo como premisa del planteamiento del problema del tema a investigar, que en el párrafo tercero del primer artículo Constitucional, se establece la obligación del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos

humanos, en los términos establecidos por la ley; por ello es necesario señalar que en nuestro sistema jurídico mexicano existe la alternativa para el reclamo de violación de derechos humanos identificada como la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual está instaurada en el último párrafo del artículo 109 de la Carta Magna de nuestro país y que a la letra dice: “La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”, y derivado de este la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado reglamentaria del último párrafo del citado artículo Constitucional.

Dado que el referido último párrafo del artículo 109 Constitucional no considera la reparación de daños y perjuicios por error jurisdiccional, el planteamiento del problema consiste en llevar a cabo el establecimiento y la reglamentación necesaria en la figura jurídica del error judicial partiendo para ello del marco legal constitucional, con el fin de estar en condiciones de poder resarcir a los ciudadanos que en un momento dado se ven agraviados por la diligencia, ya sea dolosa o en su caso negligente de los representantes del Estado en su función de administrar la justicia.

En nuestro país se han vertido gran cantidad de comentarios en virtud de la reforma formulada al artículo primero de nuestra Carta Magna en junio del año 2011 inherente a los derechos humanos, pues ello implica una gran cantidad de retos importantes en la manera de relacionarse ya se refiera a las obligaciones y de igual forma a los derechos que tiene el Estado hacia los gobernados.

La justificación para la realización de este trabajo de investigación consiste en lo siguiente: si bien es cierto que en lo que respecta al tema de reparación de daños y perjuicios a nivel nacional, este puede considerarse como un asunto que es recurrente y con alto nivel de estudio dentro del derecho privado, también lo es, que en lo concerniente a la esfera del derecho público se ha dado un escaso nivel de investigación y menos aún se ha llevado a la práctica en lo referente a la

responsabilidad patrimonial del Estado por la violación de los derechos humanos al aplicar el arraigo injustificadamente, tal como sucede cuando un juez de control decreta el arraigo penal y este se aplica para investigar a la persona, una vez transcurrido el término de cuarenta días o de ochenta días si hubo prórroga, luego de llegar al final de la “investigación” se determina que el sospechoso no tenía responsabilidad alguna en el delito del que se le estaba inculcando. En virtud de ello, es imprescindible analizar la figura del arraigo, así como todas las repercusiones que acarrea para aquellos a quienes se les aplica y que posteriormente se determina que no tuvieron ninguna participación en el delito en el que la autoridad presume que intervinieron, por lo que el Estado debe asumir y responder por los daños y perjuicios que se causan por la violación de los derechos humanos a las víctimas del error judicial de los servidores públicos en su función de administrar justicia.

Por lo anteriormente expuesto, considero que se justifica plenamente abordar el tema señalado para la realización de esta tesis doctoral, pues es un tema novedoso del que poco se ha investigado y en la actualidad debido a que el propósito de la salvaguarda de los derechos humanos está en boga, dicho tópico demanda que sea atendido por los estudiosos del derecho.

De esta investigación se desprenden diversas interrogantes, las cuales son congruentes con los objetivos que se plantean más adelante.

1. ¿Con el arraigo se configura la violación de derechos humanos al ser contradictorio con la presunción de inocencia?
2. ¿Incluye la Responsabilidad Patrimonial del Estado la totalidad de los componentes de la reparación del daño por violación de los derechos humanos por el Estado?
3. ¿Hay armonía en la regulación de los medios de defensa, contenidos en el Sistema Jurídico Mexicano, que den acceso a los gobernados a una real justicia en la defensa de sus derechos humanos ante la figura del arraigo?

4. ¿Está la Responsabilidad Patrimonial del Estado limitada únicamente a los actos materialmente administrativos, de tal forma que quedan excluidos los actos de carácter jurisdiccional?
5. ¿Se considera en el derecho internacional la Responsabilidad Patrimonial del Estado por error judicial?
6. ¿Qué tipo de mecanismos para la reparación de daños y perjuicios por el Estado se contemplan en el ámbito internacional por la violación de derechos humanos?

Para efecto de la presente investigación mi hipótesis consiste en que: La Carta Magna de nuestro país en su artículo 109 último párrafo, así como la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado reglamentaria de dicho párrafo, tienen deficiencias de origen al no contemplar en su contenido la responsabilidad patrimonial por error judicial, ya que la reduce exclusivamente a la actividad administrativa irregular, excluyendo con ello la aplicación de dicha responsabilidad patrimonial a los actos judiciales, por lo que debe reformarse el referido artículo Constitucional y consecuentemente su Ley reglamentaria, en el sentido de que se incluya de manera operativa y obligatoria la responsabilidad patrimonial en la naturaleza y caracteres de los actos judiciales, con el fin de que sea posible reclamar al Estado la reparación de daños y perjuicios por la violación de los derechos humanos en la aplicación injustificada del arraigo.

Parte Objetiva: La Responsabilidad Patrimonial del Estado está contemplada en el último párrafo del artículo 109 de la Constitución federal, así como en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado reglamentaria de dicho párrafo; sin embargo, ambas disposiciones legales no contemplan la responsabilidad patrimonial por error judicial, lo que limita el acceso a reclamar al Estado los daños y perjuicios por la violación de los derechos humanos en la aplicación injustificada del arraigo penal.

Parte Subjetiva: Es necesario que se reforme el último párrafo del artículo 109 Constitucional y consecuentemente su Ley reglamentaria, a efecto de que se amplíe la Responsabilidad Patrimonial del Estado en la naturaleza y caracteres de los actos

judiciales, para así lograr un equilibrio en la administración de justicia de nuestro país, lo cual es prioritario en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Variable Independiente: La violación de los derechos humanos por error judicial en la aplicación de la medida cautelar del arraigo penal de manera injustificada hacia algún ciudadano y al final de la “investigación” se concluye que no tenía responsabilidad alguna.

Variable Dependiente: La Responsabilidad Patrimonial del Estado consistente en el resarcimiento o indemnización al gobernado afectado por una injusticia o anomalía en el proceder del Estado derivada de la decisión judicial errónea.

En cuanto a los objetivos que persigo al llevar a cabo este trabajo son:

Objetivo general:

Analizar lo relativo a la Responsabilidad Patrimonial del Estado en nuestro país, en relación con las disposiciones legales internacionales referentes a la reparación de daños y perjuicios por el Estado cuando se incurre en violación a los derechos humanos por error de carácter judicial, como sucede en la aplicación injustificada del arraigo.

Objetivos específicos:

- a)** Analizar si la figura del arraigo es violatoria de derechos humanos por ser contradictoria de la presunción de inocencia.
- b)** Examinar si hay armonía en la regulación de los medios de defensa, contenidos en el Sistema Jurídico de nuestro país, que den acceso a los gobernados a una real justicia en la defensa de sus derechos humanos ante la figura del arraigo.

- c) Escudriñar si la Responsabilidad Patrimonial del Estado solo se limita exclusivamente a los actos materialmente administrativos, de tal forma que no se incluyan los actos de carácter jurisdiccional.
- d) Analizar diferentes legislaciones extranjeras en lo concerniente a la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de naturaleza judicial.
- e) Escrutar la opinión de la doctrina, tanto mexicana como internacional, respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de naturaleza judicial.
- f) Indagar la opinión de diversos organismos internacionales, acerca de la figura del arraigo en México.

Para el desarrollo de esta tesis doctoral utilicé diversos métodos de investigación como lo son: el método documental-histórico, utilicé la investigación documental toda vez que requerí estudiar libros, textos, artículos, etcétera, tanto físicos como electrónicos que me aportaron información concerniente a mi trabajo, además empleé el método histórico ya que tuve que ingresar a la historia para analizar las condiciones en que se encontraban los antecedentes y forma de evolución de las distintas instituciones jurídicas que intervienen en el tema de esta investigación, tales como: la responsabilidad patrimonial del Estado, los derechos humanos, la presunción de inocencia, el arraigo y el error judicial en materia penal, hasta llegar al estado en que se encuentran en la actualidad.

También manejé el método analítico-sintético, pues en las primeras fases de la investigación hice el análisis de opciones de elección del tema, la elaboración de plan de trabajo y la recopilación del material de trabajo –fuentes de información-, asimismo desarrollé el método sintético mediante el raciocinio que tendió a rehacer un todo a través de los componentes identificados por el análisis, consiste en una exposición breve y metódica, es decir, resúmenes. El análisis me proporcionó el material requerido por la síntesis.

De igual forma acudí al método inductivo-deductivo, con el inductivo partí de lo particular para llegar a lo general, con él construí principios generales después de

realizar el estudio y análisis de hechos o fenómenos en particular; mediante el deductivo fui de lo general a lo particular, esto es, inicié de datos generales admitidos como válidos, para deducir, mediante el razonamiento lógico, varias suposiciones y conclusiones.

Asimismo me apoyé en el método comparativo, en virtud de que apliqué el derecho comparado al realizar ejercicios de contraste entre las instituciones jurídicas que se utilizan en nuestro país, las cuales se abordaron en el tema de investigación de este trabajo, comparándolas a las similares de otras naciones, tanto de latinoamérica como de europa, para después sacar una conclusión lógica al respecto.

Por último, apliqué el análisis de contenido cualitativo como método de investigación, consistente en el análisis e interpretación de los textos de normas jurídicas, casos, jurisprudencias, comentarios de la doctrina jurídica, etcétera, para llegar a deducciones lógicas justificadas, es decir, conclusiones personales.

El esquema de este trabajo de investigación doctoral está constituido por cuatro capítulos que son los siguientes:

Capítulo Primero denominado: “Los Derechos Humanos en México”, el cual contiene: el garantismo a través de uno de sus principales precursores como lo es Luigi Ferrajoli, definición, generalidades y principios rectores de los derechos humanos, así como su diferencia con los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, antecedentes y clasificación de los derechos humanos en México y en el ámbito internacional, el marco jurídico de los derechos humanos en México, la Constitución mexicana, sus reformas de junio de 2011 en materia de derechos humanos y de amparo, análisis de su parte dogmática y lo relativo a derechos humanos, bloque de constitucionalidad y leyes secundarias.

Capítulo Segundo denominado: “El Principio de Presunción de Inocencia en el derecho mexicano y en el derecho internacional”, el cual contiene: el origen, marco

jurídico y distintas visiones para explicar el principio de presunción de inocencia, comparación de este con la prisión preventiva y su influencia en la construcción de un Estado Democrático de Derecho.

Capítulo Tercero denominado: “El arraigo penal en el sistema jurídico mexicano y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, el cual contiene: concepto jurídico del arraigo, sus antecedentes y evolución en Italia, España y México, las medidas cautelares, la naturaleza cautelar del arraigo y el estándar probatorio para concederlo en México, la institución del arraigo en otros países latinoamericanos, marco Constitucional y leyes secundarias, discordancia del arraigo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el debate internacional sobre el arraigo en México.

Capítulo Cuarto denominado: “Responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial”, el cual contiene: naturaleza jurídica y concepto de la responsabilidad patrimonial del Estado, breve examen del último párrafo del artículo 109 Constitucional, concepto y tipos de error judicial, responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial en México, en otros países de Europa, de Latinoamérica y en tratados, convenciones y cortes internacionales de derechos humanos, procedimientos para exigir el pago de la indemnización y cálculo de la indemnización que repare el daño causado.

Finalmente, presento una sección de conclusiones a las que llegué una vez examinado el tema abordado, así como los elementos que integran su contexto, también expongo otro apartado de propuestas que son motivo esencial de lo novedoso de esta investigación, toda vez que dentro de ellas están algunas que implican reformas a nuestra Constitución nacional, y en último lugar despliego las fuentes de información que consulté durante el desarrollo de esta investigación.

CONTENIDO

Agradecimientos y dedicatoria	2
Introducción	3
CAPÍTULO PRIMERO	
LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO	
1. El garantismo de Luigi Ferrajoli	14
2. Concepto y generalidades de los derechos humanos	16
2.1. Principios rectores de los derechos humanos	18
2.1.1. Principio de universalidad	19
2.1.2. Principio de interdependencia	20
2.1.3. Principio de indivisibilidad	21
2.1.4. Principio de progresividad	22
2.2. Diferencias entre derechos humanos, derechos fundamentales y garantías constitucionales	25
3. Antecedentes de los derechos humanos	29
4. Clasificación de los derechos humanos	36
4.1. En México	36
4.2. En el ámbito internacional	40
5. Marco jurídico de los derechos humanos	42
5.1. Constitución General de la República Mexicana	45
5.1.1. Caso Rosendo Radilla Pacheco	46
5.1.2. Reforma Constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos	53
5.1.2.1. Artículo 1o Constitucional	56
5.1.2.2. Artículo 29 Constitucional	60
5.1.3. Reforma Constitucional del 6 de junio de 2011 en materia de amparo	62
5.1.4. Análisis parte dogmática de la Constitución -artículos 1 al 29- y los relativos a derechos humanos	63
5.2. Bloque de constitucionalidad	71
5.3. Leyes secundarias	74
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	
EN EL DERECHO MEXICANO Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL	
1. Origen del principio de presunción de inocencia	77
1.1. Marco jurídico de la presunción de inocencia en el derecho mexicano y en instrumentos internacionales de derechos humanos	87
1.2. Distintas visiones para explicar la presunción de inocencia en países de América y de Europa	101
1.2.1. La presunción de inocencia en Constituciones de países del continente americano	102
1.2.2. La presunción de inocencia en Constituciones de países del continente europeo	108
2. La presunción de inocencia versus la prisión preventiva	113

3. La presunción de inocencia en la construcción de un Estado Democrático de Derecho	119
--	-----

CAPÍTULO TERCERO

EL ARRAIGO PENAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

	130
1. Concepto jurídico del arraigo	130
2. Antecedentes y evolución	137
2.1. En el ámbito europeo	137
2.1.1. En Italia	138
2.1.2. En España	139
2.2. En México	140
2.2.1. Época prehispánica	140
2.2.2. Época colonial	141
2.2.3. Época independiente	142
2.2.4. Época contemporánea	143
3. Las medidas cautelares	144
3.1. Naturaleza cautelar del arraigo	149
3.2. Estándar probatorio para conceder el arraigo en México	150
3.3. La institución del arraigo en otros países latinoamericanos	175
3.3.1. Venezuela	176
3.3.2. Chile	177
3.3.3. Bolivia	179
4. Marco Constitucional y leyes secundarias	181
4.1. Constitución General de la República Mexicana	182
4.2. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	183
4.3. Código Nacional de Procedimientos Penales	185
5. Discordancia del arraigo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	186
5.1. Debate internacional sobre el arraigo en México	188

CAPÍTULO CUARTO

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL

	194
1. Responsabilidad patrimonial del Estado	194
1.1. Naturaleza jurídica	194
1.2. Concepto	199
2. Breve examen del último párrafo del artículo 109 Constitucional	201
3. El error	211
3.1. El error judicial	212
3.2. Concepto de error judicial	213
3.3. Tipos de error judicial	218
3.3.1. Error de hecho	218
3.3.2. Error de derecho	220
4. Responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial	221
4.1. En México	222
4.2. En otros países	226

4.2.1. En europa	227
4.2.1.1. España	228
4.2.1.2. Italia	230
4.2.1.3. Francia	232
4.2.1.4. Alemania	233
4.2.2. En latinoamérica	234
4.2.2.1. Colombia	234
4.2.2.2. Chile	235
4.2.2.3. Ecuador	236
4.2.2.4. Perú	238
4.2.2.5. Venezuela	239
5. Responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial en tratados, convenciones y cortes internacionales de derechos humanos	239
5.1. Convención Americana sobre Derechos humanos	241
5.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos	245
5.3. Otros tratados y convenciones	247
5.3.1. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes	247
5.3.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	248
5.3.3. Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional	249
6. Procedimientos para exigir el pago de la indemnización	250
7. Cálculo de la indemnización que repare el daño causado	251
Conclusiones	254
Propuestas	262
Fuentes de información	269

CAPÍTULO PRIMERO LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

1. El garantismo de Luigi Ferrajoli

En esta época, podemos encontrar una extensa relación de libros y documentos acerca del garantismo que plantea el maestro Luigi Ferrajoli,¹ quien es considerado como uno de los principales precursores del actual modelo de la corriente jurídica conocida con el nombre de constitucionalismo contemporáneo, personaje del cual han emanado doctrinas que gozan a su vez de significativa aprobación como de acentuada polémica, en los diversos entornos jurídicos a nivel mundial.

Referente a la corriente garantista desarrollada por Ferrajoli, podemos decir que realiza un escrupuloso examen del léxico formal exclusivo del ámbito de la teoría del derecho, el cual la define como el acervo de conocimientos formulados para el esclarecimiento del contenido de las normas, asimismo, debatibles a través de la observación del lenguaje legal, expresando su estructura y desplegando de manera indiscutible su estatuto de aplicación.² Podemos concebir al garantismo mediante diversas acepciones, las cuales de acuerdo a Ferrajoli se plantean de la siguiente manera:³

La corriente ideológica que es identificada en el medio jurídico con el nombre de garantismo, tiene su origen en el ámbito penal como una manifestación a su

¹ Ferrajoli, Luigi. *Los derechos y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2016. *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta, 2008. *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara, 2004. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2004. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. Las mencionadas obras son algunas de su amplia colección de publicaciones de manera individual, ya que ha participado en otras en coautoría, ello además de diversos artículos en revistas especializadas en la ciencia jurídica.

² Ferrajoli, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*. *op. cit.*, p. 17.

³ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. *op. cit.*, pp. 851-880.

avance progresivo, paralelamente a las culturas jurídicas y políticas que han fungido como su soporte, ello en custodia del estado de derecho y de la democracia. Podemos considerar tres sentidos del término garantismo, los cuales son disímiles, sin embargo, están vinculados unos con otros.

Inicialmente mencionamos el denominado modelo del Estado de Derecho, el cual presenta como característica esencial manifestarse mediante un sistema de potestad limitado que distingue a los derechos humanos como objetivos, por medio del cual se vincula el derecho a la independencia para el ciudadano, disminuyéndose la injusticia de quien despliega el poder público. Proyecta llevar a cabo una nueva organización, bifurcando la forma de gobierno, esto es, una democracia formal, la cual está vinculada con el procedimiento y una democracia fundamental enlazada claramente con la legalidad esencial y formal, instaurada por medio del replanteamiento de democracia en concordancia con la observancia de las disposiciones propias de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Enseguida está la Teoría Jurídica Crítica, en la que la contribución que confiere la positivización de los derechos es inherente al positivismo jurídico; ya que tiene un vínculo estrecho con el garantismo, arguyendo que a través de la instauración del Estado Liberal de Derecho se otorgó al gobernado la prerrogativa consistente en la seguridad jurídica. Formula un iuspositivismo opinante ante el iuspositivismo irrefutable, el cual continúa con el diseño estricto de la validez de la norma, privilegiando así la forma en vez de su contenido. En el iuspositivismo crítico el juzgador se halla forzado a pronunciar juicios de validez de las normas, dotando de esencia a dichas leyes ante la presencia de vacíos y contradicciones en la ley, para otorgar un criterio prudencial a los referidos juicios.

Por último tenemos una Filosofía de la Política, mediante esta idea se aprecia al Estado como una herramienta habilitado para dar certeza a los derechos humanos, visualizando al garantismo como una corriente tanto filosófica como política, consiente

llevar a cabo una opinión controvertida acerca de las entidades de carácter jurídico positivas, de acuerdo a la tradicional y rigurosa segregación entre la moral y el derecho.

Ferrajoli observa los términos de auto-poyesis y hétero-poyesis utilizados por Niklas Luhmann acerca de los sistemas políticos, perfeccionando la división conservadora hecha por el autor alemán de la manera siguiente:

Las doctrinas auto-poyéticas, se identifican por que el Estado es un objetivo e interpreta valores ético-políticos de naturaleza supra-social y supra-individual siendo necesario para su conservación organizarse tanto el derecho como los derechos. Contrariamente para las hétero-poyéticas, el Estado es intermediario legitimado solo para avalar los derechos humanos de los gobernados, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si él mismo los viola.⁴

Podemos concluir que el garantismo en sentido filosófico-político, radica básicamente en la concepción hétero-poyética del derecho, desde luego, apartado de la moral en los diversos significados, de tal forma, que para anular la legitimación exterior de las instituciones jurídico-positivas, se basará concisamente en la validez con que dichos derechos se hayan consumado.

2. Concepto y generalidades de los derechos humanos

La definición que describe a los derechos humanos es posiblemente una de los más importantes de las Constituciones en la actualidad. Comúnmente se les ha reconocido como los derechos individuales o bien, como los derechos fundamentales, no obstante, para efecto de nuestro trabajo reconocemos la definición propuesta por Luigi Ferrajoli para los derechos fundamentales, la cual es la siguiente:

⁴ *Ibidem*, p. 881.

Son derechos subjetivos pertenecientes universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; derecho subjetivo es cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) atribuida a una persona por una norma jurídica positiva; y status es la condición de un ciudadano, anunciada también por dicha norma jurídica positiva como postulado de su capacidad para ser titular de situaciones jurídicas o autor de los actos que son ejercicio de éstas.⁵

En base a la anterior definición, podemos decir que, los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en un ordenamiento legal determinado. Esto es, son los derechos humanos precisados espacial y transitoriamente en un Estado específico. La definición de los derechos humanos se utiliza en el ámbito internacional porque lo que están expresando es la voluntad mundial de las declaraciones internacionales, la declaración universal de los derechos humanos frente al derecho fundamental.

Es trascendente subrayar que los derechos humanos son propios de la condición humana y por tanto son universales de las personas en cuanto tales, son asimismo derechos naturales, además son derechos que están antes que el Estado y por tal virtud, están por encima del poder político el cual tiene la obligación de respetarlos. Son derechos ligados a la dignidad del ser humano en la sociedad y en el Estado. Es importante señalar que si los derechos fundamentales son derechos humanos, entonces tienen también las cualidades que se les reconoce a los derechos humanos.

Ahora bien, los derechos humanos no se refieren únicamente a prerrogativas ante el poder público, tampoco a un cúmulo de elementos intrínsecos de nuestra Carta Magna, son aquellos razonamientos esenciales de realización que tienen que ser

⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil. op. cit.*, p. 37.

considerados en todo sistema democrático al resolverse cualquier controversia de naturaleza jurídica.

Por lo anterior, los derechos humanos no son obra del poder político, ni de la Constitución, los derechos humanos obligan al Estado y de esta forma la Constitución solo se reduce a someterse a ellos y a garantizarlos, sin embargo, como ya se dijo no es la que les da origen. Debemos señalar que los derechos humanos no únicamente vinculan a los poderes públicos que tienen la obligación de respetarlos y garantizar su actuación estando su quebrantamiento bajo resguardo jurisdiccional, sino que también vinculan a los ciudadanos es lo que se conoce como efectos horizontales, además instituyen el soporte característico del orden político y jurídico de la colectividad.

2.1. Principios rectores de los derechos humanos

Debido a la reforma Constitucional del artículo 1 de fecha 11 de junio de 2011, la Carta Magna despliega de manera manifiesta el reconocimiento de los derechos humanos que se localizan incluidos en dicho documento, así como, en los diversos tratados internacionales que tiene signados nuestro país; en el referido artículo se instituye entre otras disposiciones, particularmente en su párrafo tercero que, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Es importante señalar que los principios rectores de los derechos humanos tienen como objetivo primordial la regulación del sistema de derechos humanos en forma conjunta, asimismo, al mencionar que “todas las autoridades” se refiere a los servidores públicos componentes de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial en sus tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal.

2.1.1. Principio de universalidad

Como ya se mencionó, los derechos humanos son derechos subjetivos, sin embargo, los derechos humanos, como derechos subjetivos, son demandas que tienen sustento moral y aspiraciones de carácter legítimo, de aquí que su reconocimiento como reclamaciones éticas argumentadas y principalmente trascendentes, es lo que acredita su naturaleza de universalidad, la cual tiene extensa correspondencia con el atributo jurídico original y también moral de los mencionados derechos, de ahí que estos se ampararían con independencia de que estén o no asegurados por el sistema jurídico propio del correspondiente Estado.⁶

Así, el principio de universalidad acontece como producto de la declaración de la dignidad a que son acreedores todos los seres humanos, sin tener en cuenta sus características, tales como: creencia religiosa, edad, preferencia sexual, nacionalidad, ideales políticos, aspectos culturales, etcétera, en tal virtud los derechos humanos se deducen como privilegios que se le atribuyen a todas y cada una de las personas, por el solo hecho de su naturaleza humana.

Es relevante anotar que inicialmente todos los Estados del universo están obligados a respetar y a garantizar el acatamiento de los derechos humanos, sin embargo, existe la exclusión de aquellos países que no se han incorporado a la Declaración Universal de Derechos Humanos, y es por este motivo que todavía contienen la pena de muerte en sus códigos jurídicos y consecuentemente incurren en la aplicación de la pena capital, lo cual es una aberración que en esta época que se está dando auge a la protección de los derechos humanos en el contorno internacional,

⁶ Cfr. Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra. "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica" en: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (coords.) *La Reforma Constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*. México: UNAM-IIJ, 2011. pp. 138, 139. [En línea: 21 de mayo del 2016]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>.

haya países que tengan esta penalidad extrema la cual es cien por ciento violatoria al derecho a la vida.

Ahora bien, como podemos observar en nuestro país, a pesar de la citada reforma Constitucional, sigue siendo recurrente la violación de los derechos humanos por parte de sus autoridades, lo que pone en entredicho la universalidad de los mismos, pues un acto de buena voluntad no es suficiente, esto es, el hecho de que esté contemplado en nuestra Constitución Federal no alcanza, si no se lleva a la práctica en la vida diaria. Por ello, la reclamación del principio de universalidad de los derechos humanos en nuestra nación, permanece siendo una circunstancia ineludible para el reconocimiento de los derechos inseparables a todos los seres humanos suprimiendo cualquier forma de segregación.

2.1.2. Principio de interdependencia

La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos.⁷ Lo cual dicho en otras palabras, el principio de interdependencia reside en que de manera general los derechos humanos están ligados intrínsecamente unos con otros, de tal forma, que el respeto y garantía, o bien, la trasgresión de alguno de ellos, necesariamente impacta en otro u otros derechos, esto es, que derivado de dicha interdependencia, los derechos humanos tienen repercusión unos sobre otros, por lo cual se requiere tener una perspectiva global del ser humano con el fin de observar en su totalidad sus derechos universales.

El principio de interdependencia implica por lo menos, dos relaciones en las que por un lado, un derecho está vinculado a otro derecho u otros derechos para existir, y por el otro lado, dos derechos o grupos de derechos son mutuamente dependientes

⁷ Cfr. *Ibídem*, p. 153.

para su ejecución. De esta manera, el respeto, garantía, protección y promoción de uno de los derechos tendrá repercusión en el otro u otros recíprocamente. En lo referente a justiciabilidad como a política pública, se debe tener en cuenta la vinculación entre derechos, independientemente de que esta sea en una dirección o en doble sentido; lo que no está permitido en este principio es aislar y consecuentemente desvincular los derechos de sus relaciones condicionantes. Así, en materia de justiciabilidad, el juez en turno deberá observar los derechos afectados y los que están vinculados con ellos, para estar en condiciones de poder verificar el impacto en ambos.⁸

Debemos apuntar que el principio en cuestión, el cual se manifiesta entre los diferentes derechos humanos, deduce que es imperativo que deben ser interpretados de manera exhaustiva, esto es, sin graduación entre ellos y que pueden ser exigibles en cualquier situación que se suscite frente a las autoridades competentes que corresponda.

2.1.3. Principio de indivisibilidad

El principio de indivisibilidad, por su parte, involucra una perspectiva global de los derechos humanos, por virtud de la cual todos los derechos se hallan adheridos, lo cual no sucede por motivos de subordinación, el motivo es que por uno u otro motivo ellos constituyen una sola institución. De esta manera, al ejecutarse o en su caso se infrinja un derecho, tendrá una afectación proporcional en los otros derechos, independientemente de si hay una correlación inmediata entre ellos. La idea principal es que el logro de los derechos es factible a través de la ejecución conjunta de todos ellos.⁹

⁸ Cfr. *Ibíd.* p. 154.

⁹ Cfr. *Ibíd.* p. 155.

La palabra indivisibilidad implica algo que no puede ser dividido, que es inquebrantable, en el caso de los derechos humanos el principio de indivisibilidad es una cualidad que alude que a las personas no se les puede excluir del goce de ninguno de sus derechos, así como tampoco puede condicionarse su goce a cambio de otro, asimismo, no debe haber antagonismo entre los derechos humanos. Además, por este principio se acepta y se avala que de forma intrínseca no existen derechos superiores entre unos y otros, es decir, que todos tienen la misma jerarquía, por lo que los derechos civiles y políticos, deben recibir el mismo tratamiento que los derechos económicos, sociales y culturales en cuanto a respeto y protección se refiere.

Podemos inferir que no se pueden alcanzar los óptimos resultados en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales sin contar con derechos civiles y políticos, así como tampoco se obtendrán en la práctica buenos dividendos para los sectores de población con mayores carencias, si las libertades políticas no van previstas de un progreso social y económico.

2.1.4. Principio de progresividad

Es común que el principio de progresividad se refiera a solventar lo inherente a los derechos económicos, sociales y culturales, interpretándose con ello que los derechos civiles y políticos deben cumplirse de una vez. El aspecto destacable al invocar este principio consiste que para efecto de implementación este se destina paralelamente tanto a derechos civiles y políticos como a derechos económicos, sociales y culturales, debido a que generalmente se atiende una base mínima, la cual debe ser mejorada por los Estados.¹⁰

Es notable la polémica que existe en torno a la metodología que se requiere utilizar para establecer los componentes básicos del derecho, toda vez que ello es

¹⁰ Cfr. *Ibíd.* pp. 159-163.

fundamental para el empleo del principio de progresividad. Establecido el modelo necesario para identificar los elementos mínimos del derecho y efectuada dicha identificación se incorpora este principio, el cual presume el deber de los Estados, de establecer indicadores para la comprobación evidente del desarrollo de los derechos. Sin embargo, concurre una acentuada discusión acerca del modo de diseñar indicadores de derechos humanos y también de índices que permitan evaluar la progresividad en el ejercicio del derecho.¹¹

La condición de que los derechos humanos deben obtenerse de manera progresiva, debe entenderse en el sentido que el Estado tiene el deber de garantizar su ejecución en forma paulatina y continua, toda vez que son derechos cuya certeza no está supeditada a ser reconocida por el gobierno sino que son inseparables del ser humano, siendo factible por ello ampliar el contorno de salvaguarda a derechos que antes no contaban con dicha protección. Lo esencial es la inherencia que los derechos humanos tienen con las personas, no tanto por estar en la Constitución y los tratados internacionales, sino por considerarse como intocables por su vinculación a la dignidad humana, motivo por el cual deben ser exhaustivamente protegidos y garantizados por el Estado.

Se puede concluir que el principio de progresividad expresa que todos y cada uno de los derechos humanos, han de llevarse a cabo de manera integral, realizándose en cada momento histórico de forma decidida y constante con el fin de alcanzar el desarrollo exhaustivo de la dignidad de la persona, sin que se permita algún retroceso, comprometiendo al Estado a orientar su tarea por los conductos debidamente definidos y seleccionados con oportunidad para obtener el mencionado propósito. Así, los derechos humanos que ostentan dicha condición no es posible que la pierdan, agregándose a ello la posibilidad de que más privilegios logren el referido estándar.

¹¹ Cfr. *Ídem*.

Acerca de los principios generales de los derechos humanos, existe la Tesis Aislada publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.¹²

Época: Décima Época
Registro: 2003350
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3
Materia(s): Constitucional
Tesis: I.4o.A.9 K (10a.)
Página: 2254

PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN. El tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone, entre otras cuestiones, que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los que consisten en lo siguiente: i) universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana, pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. En relación con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso de la "Masacre de Mapiripán vs Colombia") ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, interpretación evolutiva que es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De ahí que dichos derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible; por ello, la Norma Fundamental señala que ni aun en los estados de excepción se "suspenden", pues en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario; ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente; y iii) progresividad: constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse

¹² Tesis aislada I.4o.A.9 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. T. 3, abril de 2013. p. 2264. [En línea: 9 de junio del 2016]. Disponible en: <http://tribunales-colegiados.vlex.com.mx/vid/tesis-aisladas-471651346>

en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 184/2012. Margarita Quezada Labra. 16 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Aideé Pineda Núñez.

En la anterior tesis aislada emitida en abril del año 2013, a casi dos años de la reforma Constitucional de junio del 2011, se hace alusión básicamente a los cuatro principios rectores de los derechos humanos, describiendo cada uno de ellos de manera objetiva y precisa, lo que permite tener una idea clara del propósito que tiene cada uno de ellos y todos en conjunto, que es la forma como se deben observar. La incorporación de los principios aludidos en la tesis en comento, instituyen un referente a partir de los que se ha emprendido la cimentación de un criterio específico y esencial para la interpretación vigente referente a los derechos humanos, por lo cual el haber agregado a nuestra Constitución dichos principios que son reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implica ser una de las innovaciones de mayor calidad y trascendencia en la mencionada reforma.

2.2. Diferencias entre derechos humanos, derechos fundamentales y garantías constitucionales

Hoy en día una de las cualidades sobresalientes del mundo moderno es la afirmación y aceptación de que todos los seres humanos, por el solo hecho de tener esa calidad humana, son titulares de derechos humanos que nadie tiene la facultad de despojarle de manera lícita. Como ya lo señalamos con anterioridad, dichos derechos no obedecen al reconocimiento que haga el Estado y tampoco son permisiones de este, son derechos de naturaleza universal que pertenecen a todos los habitantes del mundo. Así, los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin excepción de cualquier especie, por lo que todos tenemos los mismos derechos humanos.

Está establecido en el párrafo primero del artículo segundo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que a la letra invoca: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.¹³

En lo que respecta a los derechos fundamentales, estos son los derechos humanos o prerrogativas reconocidas a todas las personas en ordenamientos legales determinados, como la Constitución y los tratados internacionales, es decir, los derechos humanos positivizados de manera tal, que están precisados espacial y transitoriamente en un Estado específico. Los titulares de los derechos fundamentales son tanto las personas individuales como las colectivas, siendo el propósito de los propios derechos limitar materialmente al poder del Estado, esto es, coartando las arbitrariedades en los actos emitidos por parte de los servidores públicos representantes del poder estatal, así como, por parte de integrantes del poder privado.

En relación a las garantías constitucionales, García Laguardia nos dice que en el pasado se les tuvo como sinónimo de derechos, lo cual se remite al contenido del artículo 16 de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre, referente a que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada... no tiene Constitución”. De ahí, la interpretación errónea trascendió a los textos constitucionales latinoamericanos con el nombre de Garantías Individuales, asimismo, al concepto de garantía Constitucional se le ha interpretado como una institución con categoría Constitucional para salvaguardarla de cambios legislativos anárquicos. Actualmente las garantías constitucionales tienen una acepción propiamente procesal, se les

¹³ Declaración Universal de los Derechos Humanos. p. 1. [En línea: 21 de mayo del 2016]. Disponible en: <http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>

identifica como medios técnico-jurídicos, dirigidos a resguardar las disposiciones constitucionales cuando éstas son infringidas, reintegrando el orden jurídico violado.¹⁴

De acuerdo con Héctor Fix-Zamudio, nuestra Carta Magna consagra cuatro garantías constitucionales que se consideran como principales: la primera denominada juicio político de los altos funcionarios de la Federación y de los Estados, la cual está delegada al órgano político denominado Congreso de la Unión, el cual en dicho supuesto desempeña una indudable función jurisdiccional; la segunda identificada como las controversias constitucionales, que está establecida en el artículo 105 Constitucional de la cual conoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los términos que señale la ley reglamentaria; la tercera se refiere al juicio de amparo en el que interviene el Poder Judicial de la Federación, estas dos últimas como se aprecia actúan por medio del organismo judicial; la cuarta que consiste en el procedimiento investigador contenido en el párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución Federal, el cual no obstante que inicialmente se le adjudica a la Suprema Corte de Justicia, al involucrar –como lo establece dicho párrafo- la participación del Consejo de la Judicatura Federal, no se le puede ubicar de forma plena dentro del órgano de control judicial.¹⁵

Es importante aclarar que debido a la reforma Constitucional de junio del 2011, el procedimiento investigador ya no es facultad de la Suprema Corte de Justicia, debido a que pasó a ser atribución de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Organismo No Gubernamental que está encabezado por el Ombudsman el cual funge especialmente como defensor de los derechos fundamentales de los individuos, es

¹⁴ Cfr. García Laguardia, Jorge Mario. *La defensa de la Constitución*. México: UNAM-IIJ. 1983. pp. 23 y 24. [En línea: 20 de mayo del 2016]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1031>

¹⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. *Las garantías constitucionales en el derecho mexicano*. México: UNAM-IIJ, 1992. p. 69. [En línea: 22 de mayo del 2016]. Disponible en: biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2119/5.pdf

decir, se creó para proceder como examinador de la actuación de los representantes del poder público y determinar cuando estos abandonan el cumplimiento de sus responsabilidades, o bien se exceden en el poder, para lo cual dicha Comisión emitirá las recomendaciones correspondientes.

También quiero aclarar, que lo anotado en el párrafo que antecede respecto a que son cuatro los mecanismos de control constitucional, es información al año de 1992 que es cuando se publicó la obra del jurista Fix-Zamudio, lo cual nos sirve de referencia para saber el estado que tenían en esa época los medios de control Constitucional y comparar con los que ahora existen para dicho fin; actualmente con base en la supremacía Constitucional que es el principio con el que se han instalado los medios de control Constitucional, tenemos como tales, además del juicio político, las controversias constitucionales y el juicio de amparo; las acciones de inconstitucionalidad, los juicios de revisión Constitucional electoral y para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano, la declaración de procedencia, y el procedimiento investigatorio ante los organismos protectores de los derechos humanos.

Por otra parte, considero que en otra fase de esta tesis, en la que realice el análisis del tema de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, es posible que llegue a la conclusión en el sentido que dicho mecanismo también debe formar parte de los medios de control Constitucional, con el fin de resarcir los daños causados por los órganos jurisdiccionales al violar los derechos humanos de los gobernados.

En conclusión, de manera resumida puedo decir que los derechos humanos son todos aquellos que le son inherentes a las personas por el solo hecho de ser humanos, que los derechos fundamentales son los derechos humanos positivizados y que las garantías constitucionales son las herramientas jurídicas para proteger y hacer valer esos derechos cuando estos hayan sido violados.

3. Antecedentes de los derechos humanos

La incorporación de los derechos humanos como inseparables de la persona en el ámbito universal es un suceso moderno. Aunque en las culturas griega y romana se pueden localizar aspectos que reconocían ciertos derechos de las personas más allá de toda ley, al igual que en la religión cristiana se enuncia el reconocimiento esencial del ser humano como creación a imagen y semejanza de Dios, asimismo, la identidad de todas las personas emanada de la unidad de procedencia de un mismo padre que es Dios, la situación es que dichas opiniones no figuraron en las instituciones jurídicas y políticas de la antigüedad y de la Baja Edad Media.¹⁶

En Occidente pueden considerarse como documentos precursores de las modernas declaraciones de derechos: la Carta Magna o "Gran Carta" de 1215, el Habeas Corpus acta de 1679 y el Bill of Rights de 1689; no obstante que estos surgen como logros del pueblo ante el dominio del rey, y no como derechos inherentes a las personas, ellos crean obligaciones para quien ostenta el poder en la comunidad, restringiendo los privilegios del rey, pero no hay un reconocimiento de derechos de los individuos.¹⁷

Las primeras expresiones para la positivización de derechos individuales y políticos de las personas concretadas en declaraciones con capacidad legal que establecieron que el Estado los debe obedecer, garantizar y salvaguardar, se generan como consecuencia de movimientos revolucionarios en diversas partes del mundo a finales del siglo XVIII, como es el de la independencia de las colonias inglesas de Norteamérica y con la revolución francesa.¹⁸

¹⁶ Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: UNAM-IIJ, 2003. pp. 1-8.

¹⁷ Cfr. *Ídem*.

¹⁸ Cfr. *Id.*

La figura francesa de derechos instituye una formulación iusnaturalista racionalista de rompimiento con la monarquía y de inspiración liberal, acumulando los principios básicos del constitucionalismo, que se sujeta en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. El artículo 16 de la Declaración Francesa consagra los principios básicos del constitucionalismo liberal: “Toda sociedad donde no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”. En los años sucesivos a la revolución francesa se crearon nuevas declaraciones de derechos en 1791, 1793 y en 1798.¹⁹

El método original fue ignorado por los constituyentes franceses que participaron durante el siglo XIX, pero la Declaración de 1798 pesó fuertemente, en particular en el continente americano. De modo que de esta primera generación de declaración de derechos, fundamentalmente derechos individuales frente al Estado y derechos políticos de intervención en el Estado, se fueron sustentando bajo el modelo norteamericano las Constituciones liberales de Europa y América Latina hasta llegada la Primera Guerra Mundial de 1914.²⁰

Podemos decir que estos derechos emergen primero restringidos a tutelar la vida e integridad física y psíquica de la persona, la libertad y la seguridad, componiendo la primera generación de derechos, la que circunscribe también los derechos de los ciudadanos a participar en la vida pública. Además, la aceptación de derechos civiles y políticos se instituye en objetivo y límite del ejercicio del poder estatal y de las competencias de los gobernantes y órganos del poder público, lo que ingresa implícita o explícitamente al orden jurídico como requerimiento de la dignidad humana en el movimiento constitucionalista y en la concepción del Estado de Derecho, instaurando un límite interno a la soberanía y el ejercicio del poder estatal. De esta forma, en el siglo XIX se inició la positivización de los derechos humanos apoyados en

¹⁹ *Cfr. Id.*

²⁰ *Cfr. Id.*

las concepciones pactistas que instituyen la soberanía como expresión de la anuencia de los ciudadanos en las Constituciones occidentales.

Posteriormente, en el periodo comprendido entre las dos guerras mundiales, se pretende desarrollar una concordancia del liberalismo democrático con derechos que avalen un nivel de vida adecuado, ante la polémica generada por el marxismo en el sentido de que los derechos individuales y políticos eran identificados solo como “libertades formales” del Estado capitalista y burgués dando énfasis en las circunstancias de graves discrepancias e injusticia social existentes en el siglo XIX y principios del siglo XX. Emergen los derechos de segunda generación instituidos por los derechos económicos, sociales y culturales, que convierten al Estado de Derecho Liberal en un Estado Social y Democrático de Derecho, lo cual sucede en la etapa siguiente a la Segunda Guerra Mundial, en 1946 hacia adelante, lo que se acopiara en las Constituciones nacionales y en las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos.²¹

Al respecto podemos concluir que, como resultado de las corrientes del pensamiento y políticas críticas de la concepción liberal individualista y del sistema económico capitalista, como del liberalismo democrático, se implantan progresos en el concepto y contenido de los derechos humanos, que pretenden garantizar circunstancias de vida dignas a todos y acceso apropiado a los bienes materiales y culturales, fundados en los valores de igualdad y solidaridad, lo cual como ya se dijo, da paso del Estado de Derecho Liberal al Estado Social y Democrático de Derecho.

Una efectiva revolución en la concepción de los derechos resultó al final de la Segunda Guerra Mundial, donde se probó la trasgresión sistemática del poder estatal e internacional de los derechos de las personas, por ello se toma cuidado de la urgente necesidad de garantizar el respeto y fortalecimiento de los derechos humanos,

²¹ *Cfr. Id.*

debiendo superar el plano estatal e internacional en cuanto que tales derechos son inherentes a la dignidad del ser humano.²²

Lo anterior quiere decir que el Estado no tiene facultades para conferir ni prohibir los referidos derechos humanos, asimismo, que ha nacido la internacionalización de los derechos humanos y su protección, que paulatinamente se ha ido afinando institucionalmente, formalizándose documentalmente como puntos de referencia entre el poder estatal y la soberanía, ya que han quedado plasmados en instrumentos internacionales reconocidos por los países que en ellos intervienen, tales como declaraciones y tratados internacionales, estando revestidos de gran validez jurídica consistente en un régimen de garantías legales y territoriales en crecimiento, así como, de un sistema sancionatorio aún en desarrollo.

Podemos afirmar que los orígenes de este derecho internacional defensor de los derechos humanos ya se habían producido en el contorno de la guerra y los conflictos armados, pretendiendo asegurar la dignidad, la vida y las condiciones de salud de las víctimas de la guerra, en los inicios del siglo XX. A raíz de la Segunda Guerra Mundial y el impacto de sus consecuencias en las personas y sociedades, hizo tomar conciencia general de la necesidad de controlar la fuerza del poder estatal por la sociedad mundial, instituyéndose instancias internacionales de protección ante la magnitud del daño causado a las personas por sus gobernantes, garantizando constantemente la dignidad y los derechos humanos de todo ser humano, promulgando la universalidad de tales derechos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, es la primera en la historia de la humanidad que utilizando como fundamento la dignidad de la persona humana, fue confeccionada y decretada con una trascendencia y eficacia universal. El alcance de este documento internacional ha tenido efectos

²² Cfr. *Id.*

relevantes, constando de gran potestad, toda vez que está en controversia su naturaleza obligatoria desde el punto de vista jurídico. Con el propósito de subsanar este inconveniente de eficacia jurídica nacieron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales de las Naciones Unidas de 1966.²³

En el entorno americano se implantó la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969, y luego el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de San Salvador de 1988, que entró en vigor luego de la ratificación y depósito de los correspondientes instrumentos por el número de Estados exigidos por la Convención en 1999.²⁴

Por otra parte, se ha evolucionado en instaurar convenciones o tratados internacionales con el propósito de brindar protección a ciertos grupos de personas tales como: apátridas, mujeres, niños y trabajadores. Además, se han implementado procedimientos de protección a determinadas injurias o delitos esencialmente graves que atentan contra los derechos humanos, tales como la trata de personas, la discriminación racial, el genocidio, la tortura y la desaparición forzada de personas.²⁵

En el ámbito mundial, se desarrolló lo que se designaría como la "tercera generación" de derechos humanos o "derechos de solidaridad",²⁶ compuestos por los nombrados derechos de los pueblos, derechos solidarios o derechos colectivos de toda la humanidad, entre otros destacan: la independencia económica y política, la autodeterminación, la justicia internacional, el uso de los avances de la ciencia y la tecnología, el derecho a un medio ambiente sano o libre de contaminación, el derecho

²³ Cfr. *Id.*

²⁴ Cfr. *Id.*

²⁵ Cfr. *Id.*

²⁶ Carpizo, Jorge. "Presentación" en: *La protección internacional de los derechos del hombre, balance y perspectivas*. México: UNAM-IIJ, 1980. p. 968. [En línea: 14 de marzo del 2016]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/41/inf/inf43.pdf>

al desarrollo y el derecho a la paz, los cuales se fueron desplegando en el último tercio del siglo XX.²⁷

Cabe hacer mención que la clasificación de los derechos humanos antes referida, es básicamente una categorización que nos es útil para efectos pedagógicos y no prácticos. Al respecto debemos señalar, que todos los derechos son iguales y ninguno es superior a otro; no hay derechos "menores". Los derechos humanos son inseparables y están solidariamente relacionados, con un enfoque en el individuo y la comunidad como un todo. Aunque los derechos humanos se dividen a menudo en dos categorías -derechos civiles y políticos; y derechos económicos, sociales y culturales- no es viable tratar los derechos apartadamente o ubicarlos en diferentes clases, porque el disfrute de un derecho depende por lo general del cumplimiento de otros derechos.

Es importante señalar que aquellas personas que no poseen derechos civiles y políticos, como la participación política, no tienen ningún instrumento para proteger sus derechos económicos, sociales y culturales, que abarcan requerimientos como la educación y la atención de la salud. De la misma forma, en aquellos lugares donde no se atienden las necesidades básicas de supervivencia, los derechos civiles y políticos pueden llegar a no tener ningún sentido, debido a que la gente está sobre todo preocupada por la obtención de alimentos y vivienda adecuados. Por tanto, no es posible considerar los distintos derechos aisladamente.

Podemos decir, que el tema de los derechos humanos no se contiene en un catálogo de derechos, sino que en ello intervienen numerosos factores que se interfieren entre sí, y que es puntual clarificar detenidamente para llegar a un punto de equilibrio. Así, por ejemplo, en el plano internacional, la pretensión de localizar reglas comunes para los Estados, colisiona con el principio de soberanía que confiere a cada

²⁷ Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática... op. cit.*, pp. 1-8.

uno de la potestad relativamente excluyente de instaurar sus propias normas y tomar sus propias medidas, mientras que, en el ámbito interno de un Estado, la necesidad de ajustar intereses procedentes de secciones distintas no es un camino sencillo.²⁸

Como ya lo dije antes, no existe un inventario terminante de derechos, es decir, no son taxativos. Su existencia y enumeración dependen de factores múltiples tales como:²⁹

- 1) El progreso de los orígenes de poder a lo largo de la historia. Lo cual supone el surgimiento de nuevos desafíos y amenazas a los derechos humanos, como, p. ej., ocurre actualmente con los avances de la ciencia y de la tecnología, los cuales implican problemas tales como: la manipulación genética, la destrucción del medio ambiente, el uso de la informática, entre otros.
- 2) Los requerimientos y formas de ataque a los derechos en cada momento histórico. Los derechos humanos son respuestas normativas y no normativas, específicas en determinado tiempo, a aquellas costumbres más intolerables de restricción y peligro para la libertad.
- 3) El nivel de toma de conocimiento de los mismos.
- 4) La disímil interpretación y concepto de los derechos humanos según las numerosas corrientes y su dominio en su reconocimiento y garantía.

Así, la legislación de derechos humanos exige a los gobiernos a tomar una serie de acciones, y les restringe tomar otras. Los individuos poseen también obligaciones al hacer uso de sus derechos, ya que al ejercitarlos están obligados a no trasgredir los derechos de las demás personas. De lo anterior se desprende que los gobiernos, sociedades o personas individuales no tienen derecho a realizar algún suceso que infrinja los derechos de otros.

En efecto, permitir ciertas libertades individuales no reconocidas con anterioridad -v.gr., tomar sol desnudos en una playa- puede chocar con valoraciones

²⁸ Cfr. Russo, Eduardo Ángel. *Derechos humanos y garantía. El derecho al mañana*. Buenos Aires: Eudeba, 2001. pp. 42 y 43.

²⁹ Cfr. Santagati, Claudio Jesús. *Manual de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2006. p. 54.

sociales que las censuren. Asimismo, cuando se lleva a cabo el progreso de los gobernados en el ámbito de sus derechos, ello puede acarrear como consecuencia una regresión en los derechos o privilegios de otros; por ejemplo, dar acceso desmedido al uso del agua potable a un determinado sector de los ciudadanos sin la aplicación de un tabulador de precios justo, implica realizar un mayor gasto fiscal, lo cual tiene que ser cubierto con dinero procedente de tributos en perjuicio de todos los gobernados -aún de aquellos sectores que utilizan el agua de forma moderada-, además de restringir la posibilidad de dar abasto del referido líquido vital a otro segmento de la población.

4. Clasificación de los derechos humanos

Establecer una clasificación de derechos es una tarea ardua, relativa y dependiente de razonamientos inconstantes y de los enfoques iusfilosóficos que cada jurista adopte al respecto, sin embargo, a continuación vamos a presentar un ordenamiento de los derechos humanos, en primer término en nuestro país y consecutivamente en el ámbito internacional.

4.1. En México

La inquietud por los derechos humanos es una constante en nuestra patria desde el principio de su independencia, cuando se prohibió la esclavitud y los dirigentes insurgentes pretendieron conseguir un salario digno para el campesino y el proletario hasta las pugnas legislativas de Querétaro en 1916, que sirvieron para dar como consecuencia la primera declaración Constitucional de derechos sociales en el mundo.

A través de nuestros numerosos congresos constituyentes, ha subsistido claramente que el fundamento de toda nuestra organización social es la declaración y la validez de los derechos humanos, tanto en el contexto individual como en el social, los cuales son complementarios. Conforme con esta costumbre histórica, es causa de

gran satisfacción recordar que una de las posturas legítimas de México para la confección del régimen de la Organización de las Naciones Unidas fue la iniciativa de construir una Carta Universal de los Derechos del Hombre.

Al interrogarnos acerca de dónde se localizan los derechos humanos vigentes en nuestro país, podemos afirmar que los mencionados derechos pueden ser localizados fundamentalmente en la parte conocida como dogmática de nuestra máxima ley, es decir, dentro de los primeros veintinueve artículos, no obstante, existen tesis jurisprudenciales emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y los Tribunales Colegiados de Circuito, que al interpretar la Constitución en los disímiles asuntos que les son presentados para su resolución, reforman y armonizan los contenidos normativos de los derechos humanos.

Por lo anterior, no es suficiente considerar únicamente las disposiciones que contienen derechos humanos, sino la interpretación que de los mismos han hecho los tribunales en casos concretos; así como el análisis que han realizado diversos jurisprudenciales, es decir la doctrina, por lo cual ambos casos nos hacen concluir que existen también otros derechos humanos esparcidos en diversos artículos constitucionales, verbigracia, las prerrogativas de los gobernados instituidas en el artículo treinta y cinco consistentes en el derecho en materia política de votar, ser votado y demás atribuciones que dicho numeral contempla; de la misma forma es incuestionable que el artículo ciento veintitrés establece el derecho al trabajo digno y socialmente útil, para lo cual se promoverá la instauración de empleos y la organización social de trabajo, lo cual se deberá llevar a cabo de conformidad a las leyes sobre el trabajo expedidas por el Congreso de la Unión.

Asimismo, se afirma que los derechos humanos no pueden solamente encontrarse de manera manifiesta en nuestro texto Constitucional, sino que además es posible hallarse inmersos en dicha Carta Magna y más aún que pueden encontrarse

en instrumentos diferentes a ella, refiriéndonos al respecto a leyes secundarias o bien a tratados internacionales fundamentalmente en materia de derechos humanos de los que México es parte y por consiguiente está obligado a reconocerlos; por lo que es factible que dichos documentos sean incluidos para perfeccionar la configuración del catálogo de los derechos humanos en la Constitución; en tal virtud, estas disposiciones normativas que desde el punto de vista de la jerarquía normativa son razonadas usualmente como secundarias, pueden alcanzar a constituir auténticos dispositivos de constitucionalidad con la eficacia y el valor que desde el punto de vista jurídico identifican a los derechos humanos.

La clasificación de los derechos humanos en nuestro país atiende a diversos criterios académicos, lo cual se hace exclusivamente para efectos de estudio. La Constitución Federal no agrupa a los derechos bajo determinados rubros, y por ello dentro de un solo artículo es posible encontrar de manera intrínseca más de un derecho.

No obstante lo anterior, el célebre tratadista en Derecho Constitucional mexicano Ignacio Burgoa, clasifica los derechos humanos consagrados constitucionalmente a los que denomina garantías individuales en cuatro grupos: de igualdad; de libertad; de seguridad jurídica; y de propiedad.³⁰

Los derechos humanos de igualdad pueden definirse como los derechos públicos subjetivos que toda persona puede oponer a los órganos del Estado, a fin de recibir un trato conforme con la situación jurídica en que se encuentre, impidiendo así circunstancias discriminatorias, fundadas en características irrelevantes para los supuestos contemplados por las leyes.³¹

³⁰ Cfr. Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 28ª. ed. México: Editorial Porrúa, 1996. pp. 194 y 195.

³¹ Cfr. Burgoa, Ignacio. *op. cit.*, pp. 254-256; Carpizo, Jorge. *La Constitución mexicana de 1917*. 9a. ed. México: Porrúa, 1995. pp. 144 y 145; Lara Ponte, Rodolfo. *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*. México: Porrúa-UNAM, 1997. pp. 44, 166 y 167.

Los derechos humanos de libertad son un conjunto de derechos públicos subjetivos para ejercer, sin trasgredir los derechos de terceros, libertades concretas que las autoridades del Estado deben respetar, y que no pueden tener más limitaciones que las explícitamente marcadas en la Constitución.³² Su calidad de derechos subjetivos públicos concede que sean reclamables a través del juicio de amparo ante el Estado, el cual está forzado a no obstaculizar en la esfera de derechos libertarios de las personas, así como a garantizar las circunstancias para que aquéllas gocen de validez, imponiéndoles algunas restricciones en favor de la paz, el orden y la armonía sociales.³³

Los derechos humanos de seguridad jurídica, son derechos públicos subjetivos en favor de los gobernados, que pueden oponerse a los órganos estatales para reclamarles que se ajusten a un conjunto de exigencias legales previas al pronunciamiento de actos que pudieran afectar la esfera jurídica de los individuos, para que estos no caigan en la indefensión o la incertidumbre jurídica, lo que hace posible la prolongación de condiciones de igualdad y libertad para todos los sujetos de derechos y obligaciones.³⁴

Los derechos humanos de propiedad, son derechos públicos subjetivos en protección de los gobernados, consistentes en el reconocimiento de la propiedad privada que la Nación puede establecer sobre las tierras y aguas, a favor de los particulares.³⁵

³² Cfr. Burgoa, Ignacio. *cit.*, pp. 307-309; Carpizo, Jorge. *op. cit.*, pp. 143, 144; Lara Ponte, Rodolfo. *op. cit.*, pp. 167-169.

³³ Cfr. Tesis XXIII.3o. J/1, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XVI. México: octubre de 2002, p. 1299. Materia Constitucional Penal, Amparo en Revisión 173/2002. [En línea: 4 de agosto del 2016]. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/185/185197.pdf>

³⁴ Cfr. Burgoa, Ignacio. *cit.*, p. 504; Carpizo, Jorge. *La Constitución mexicana de 1917, cit.*, p. 147; Lara Ponte, Rodolfo. *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano, cit.*, p. 169; Noriega, Alfonso. *Lecciones de amparo*, t. II, 6ª ed. México: Porrúa, 2000. p. 18.

³⁵ Cfr. Soto Pérez, Ricardo. *Nociones de derecho positivo mexicano*. 34ª ed. México: Esfinge, 2006, pp. 57 y 58.

El Estado se reserva el derecho de asignar a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, es decir, tiene siempre a la vista los intereses de la sociedad mexicana en su conjunto.³⁶

4.2. En el ámbito internacional

Hace poco más de tres décadas se expidieron las declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos; después de interminables discusiones y encendidas polémicas, comenzaba el camino para alcanzar el actual orden internacional mediante instrumentos jurídicos de observancia obligatoria para los Estados. En dichos instrumentos se reconocen y enumeran los derechos y libertades fundamentales de las personas; se crean organismos para vigilar el respeto de esos derechos y libertades, y los Estados ratificantes quedan obligados a su cumplimiento. Sin embargo, todavía es largo el camino que debe recorrerse para que las ideas contenidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos sean una realidad. En lo que respecta a la zona geográfica donde se encuentra nuestro país, uno de los logros significativos ocurridos, es la puesta en vigor en 1978 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con ello la institucionalización de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁷

En el entorno mundial, localizamos los tres sistemas principales: el universal, el europeo y el americano,³⁸ - porque existen otros como el africano-. Los instrumentos internacionales de mayor importancia son los que a continuación se mencionan:³⁹

³⁶ Cfr. Burgoa, Ignacio. *cit.*, p. 460.

³⁷ Cfr. Carpizo, Jorge. "Presentación"... *op. cit.*, p. 966

³⁸ Robertson, A. H. "Pactos y Protocolo opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos: estudio comparativo" en: *La protección internacional de los derechos del hombre, Balance y perspectivas*. México: UNAM-IIJ, 1983, p. 149.

³⁹ Bidart Campos, Germán. *Teoría general de los derechos humanos, op. cit.*, pp. 443 y 444.

- a) Los dos Pactos Internacionales de las Naciones Unidas, de 1966:
 - 1) De derechos civiles y políticos como son: derecho a la integridad personal, derecho a la vida, derecho a la igualdad, derecho al honor, derecho a la libertad, a la vida privada y al honor, entre otros; y
 - 2) De derechos económicos, sociales y culturales como son: derecho a la propiedad, libertad de empresa, derecho a la seguridad social y asistencia social, derecho a la salud, derecho a la vivienda, derecho a la educación y formación profesional, derechos culturales y propiedad intelectual, libertad de cátedra y enseñanza, entre otros.
- b) La Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950.
- c) La Carta Social Europea, de 1961.
- d) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969; se exceptúan los protocolos adicionales de muchos de estos pactos.
- e) Las Convenciones que contemplan aspectos parciales:
 - 1) De Ginebra sobre prisioneros de guerra, protección de civiles en tiempo de guerra, heridos y enfermos durante la guerra, todas de 1949.
 - 2) Sobre genocidio, de 1948; esclavitud, de 1926-1953; tráfico de personas y explotación de la prostitución, de 1950; trabajos forzados, de 1930-1957; discriminación racial, de 1965; discriminación laboral y profesional, de 1958; discriminación educacional, de 1960; igualdad salarial entre hombre y mujer, de 1951; asilo, asilo político, asilo diplomático, asilo territorial, de 1928-1933-1954; extranjeros, de 1928; refugiados, de 1951; apátridas, de 1954-1961; derechos políticos de la mujer, de 1948; derechos civiles de la mujer, de 1948; nacionalidad de la mujer, de 1933, y de la mujer casada, de 1957; libertad sindical, de 1948; negociación colectiva de trabajo, de 1949; política de empleo, de 1964.
- f) La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981.

Todos los países del mundo han ratificado por lo menos uno de estos tratados o pactos, y muchos han ratificado la mayoría de ellos. Estos tratados son documentos importantes para responsabilizar a los gobiernos del respeto, la protección y la realización de los derechos de los individuos en sus países.⁴⁰

⁴⁰ Robertson, A. H. "Pactos y Protocolo opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos: estudio comparativo", *op. cit.*, pp. 145-150.

Es menester relacionar la protección internacional de los derechos fundamentales con el ámbito interno, ya que en este último es donde hay que comenzar por recuperar, fortalecer y ampliar su efectiva vigencia. Al hacer la mencionada relación, veremos que el aspecto internacional de ellos se complica, pues la nula o escasa vigilancia de estos derechos de carácter social en muchos países pertenecientes al llamado tercer mundo, surge de las condiciones creadas por un orden internacional económico, social y políticamente injusto. Así, los esfuerzos por un nuevo orden económico son parte esencial de la lucha por los derechos humanos.

La vigilancia internacional de los derechos humanos se debe constituir como un resguardo de la soberanía de las naciones, con lo que no es posible otorgar legitimación a intromisiones exteriores en los problemas de un país. Sin embargo, el respeto a la autonomía de los Estados no implica la apatía por circunstancias al interior de determinada nación, aprobando así, por indiferencia y descuido, sucesos perjudiciales a los derechos humanos que al concluir el camino tengan consecuencias negativas para la democracia y la paz. Por ello, es imperioso señalar que la defensa tanto exterior como interior de los derechos humanos tiene que darse en concordancia, en la que la defensa externa debe considerar las cualidades, los antecedentes históricos, así como las disposiciones legales que rigen en cada nación, respetando de esta manera su soberanía.

5. Marco jurídico de los derechos humanos

Los derechos humanos son normas básicas forzosas para vivir como un ser humano, sin ellos las personas no pueden subsistir ni desenvolverse con dignidad. Son inherentes al ser humano, exclusivos y universales. Como parte del marco jurídico de derechos, todos los derechos humanos son inseparables y además son interdependientes.

Nuestra Constitución Federal es el pilar del marco jurídico de los derechos humanos en nuestro país, así como, la jurisprudencia tanto nacional como la internacional particularmente la que establece en sus pronunciamientos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las Leyes Secundarias de México, además de los instrumentos internacionales signados por nuestro gobierno, teniendo en consideración que, en 1948 las Naciones Unidas establecieron una serie de normas comunes sobre los derechos cuando aprobaron la Declaración Universal de Derechos Humanos. No obstante que dicha Declaración no se considera como una ley internacional con carácter de obligatoriedad, el ser aceptada por la mayoría de los Estados en el mundo presume un soporte de naturaleza moral al principio esencial que se refiere a que los seres humanos sin distinción alguna, deberán ser reconocidos en igualdad de condiciones, siendo esencial reverenciar su calidad originaria como seres humanos.

En la actualidad, la Organización de las Naciones Unidas ha conseguido la legitimación de gran cantidad de tratados de carácter internacional y de naturaleza vinculante referente a derechos humanos, dichos instrumentos son aplicados fundamentalmente en la discusión y utilización de los derechos humanos, asimismo, tanto los principios como los derechos contenidos en ellos se han transformado en deberes jurídicos para los Estados que han aceptado estar vinculados a los mismos; quedando establecidos los dispositivos legales para fincar responsabilidad a los gobiernos que incurran en violación a los derechos humanos.

Conforme ha pasado el tiempo, vemos que los tratados internacionales en materia de derechos humanos se han convertido en una fuente trascendental del derecho, agregándose de esta forma como parte importante en las legislaciones internas de los diversos países del mundo, toda vez que al signar dichos tratados las naciones que en ellos intervienen se comprometen a ajustar su legislación conforme al contenido y obligaciones en ellos contraídas. Por lo que la relevancia de la salvaguarda de los derechos humanos en el entorno mundial se manifiesta en que

actualmente, los países están dispuestos a ser sometidos al examen de comisiones o cortes internacionales de derechos humanos en los casos que se denuncia violación a los derechos humanos hacia los ciudadanos por parte de las autoridades gubernamentales, y en su caso reconocer y respetar las resoluciones que emiten dichos organismos, sin que ello sea motivo de que los gobiernos de los países en cuestión argumenten que se invade con dichas sentencias su soberanía.

En la esfera concerniente a las relaciones internacionales, las naciones que participan en los diversos tratados internacionales están jurídicamente comprometidas a su cumplimiento, esto es, que en cuanto se han incorporado como parte de dichos instrumentos universales, de manera automática se agregan a su legislación interna, por lo cual deberá ser obligatoria su invocación en todas las controversias jurídicas a que haya lugar, tal y como es aplicable a nuestro país de conformidad al reconocimiento que de ello se tiene en virtud a lo plasmado en el artículo 133 Constitucional.

Ahora bien, en materia de derechos humanos teniendo como base el artículo 1 relacionado con el referido 133 ambos de nuestra Constitución Federal, y considerando que en este se menciona que los tratados en los que nuestro Estado sea miembro son entre otras normas lo que se conoce como Ley Suprema de toda la Unión, hoy en día estamos circunscritos a lo que se denomina bloque de constitucionalidad, el cual se refiere al conjunto de normas con rango Constitucional, esto es, no únicamente las contenidas en el texto de la Carta Magna, sino que también se incluyen aquellas que se localizan fuera de ella –usualmente de naturaleza internacional- y a las que remite la misma; por lo que los derechos humanos contenidos en los tratados en los que el Estado mexicano sea parte, así como las jurisprudencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen parte fundamental de dicho bloque de constitucionalidad, el cual por ende forma parte del marco jurídico de los derechos humanos de nuestra nación.

Como sabemos, el Estado mexicano ha participado y consecuentemente ratificado prácticamente la totalidad de los tratados internacionales que amparan los derechos humanos, de los cuales algunos de ellos incluyen medidas que defienden derechos que tienen un estrecho vínculo con los procesos de naturaleza penal, a pesar de ello la problemática subsiste, pues el esquema legal de carácter internacional obligatorio para nuestro país no es armónico con nuestra legislación doméstica; por lo que para solucionar dicha incongruencia es necesario llevar a cabo la concertación entre las mencionadas instituciones jurídicas, con el firme propósito de tener un marco jurídico cabal y depurado con el cual se garantice el debido resguardo de los derechos humanos y de esta manera impedir que el Estado mexicano infrinja de forma reiterada los tratados internacionales, haciéndose acreedor a observaciones correctivas por comisiones especializadas en derechos humanos y a sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asimismo, evitar caracterizarnos como un país violatorio de derechos humanos y tener por ello una imagen negativa ante el ámbito internacional.

Es importante señalar, que las leyes secundarias, es decir, la legislación reglamentaria en materia de derechos humanos, también forma parte del marco jurídico de los derechos humanos de México, por lo cual este tema también será abordado en el apartado correspondiente.

5.1. Constitución General de la República Mexicana

La Carta Magna como ya comenté, es el fundamento esencial del marco jurídico de los derechos humanos en nuestro país, en los subincisos correspondientes a este tema, llevaré a cabo una exploración del caso de la desaparición forzada del guerrerense Rosendo Radilla Pacheco, suceso relevante que impactó sensiblemente a la sociedad y al ámbito jurídico de nuestro país, asunto que trascendió hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual emitió una sentencia en la que condenó al Estado mexicano a obedecer por medio de sus instituciones gubernamentales

distintos deberes, asimismo, hago una revisión de la reforma efectuada a nuestra máxima ley el diez de junio de dos mil once, concerniente al tema de los derechos humanos, para lo cual se exploran los artículos de la parte dogmática de la carta magna, en particular el uno y el veintinueve, además de los diversos artículos constitucionales que hacen referencia a derechos humanos, también abordo la reforma Constitucional en materia de amparo de fecha seis de junio de dos mil once.

5.1.1. Caso Rosendo Radilla Pacheco

Para efectuar el estudio del caso Radilla Pacheco, haré una breve cronología de los elementos que intervienen en este asunto, partiendo de los antecedentes: el 25 de agosto de 1974, Rosendo Radilla Pacheco, mexicano, fue víctima del delito denominado desaparición forzada, presuntamente por miembros del ejército mexicano comisionados en el Estado de Guerrero, por lo que en marzo de 1992 y mayo de 1999 sus hijas Andrea y Tita ambas Radilla Martínez, presentaron denuncias por desaparición forzada en contra de quien resultara responsable, pero ambas denuncias se archivaron por la falta de indicios. Nuevamente en octubre del año 2000, Tita su hija interpuso otra denuncia penal por la desaparición forzada de varias personas entre ellas su padre, otra vez en enero de 2001 ella y otras personas presentaron la denuncia, ahora ante la Procuraduría General de la República; en noviembre de ese año, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y la Asociación de Familiares de Detenidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México presentaron una denuncia contra el Estado mexicano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por coincidencia en dicho mes, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos pronunció una recomendación concluyendo que en 275 casos examinados se violaron los derechos de esas personas denunciadas por desaparición forzada.⁴¹

⁴¹ Cfr. Pardo Rebolledo, Jorge Mario. *El caso Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. México: IJ-UNAM, 2012. pp. 333-336. [En línea: 6 de septiembre del 2016]. Disponible en: www.bibliojuridicas.org

En noviembre de 2001, se creó la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado, en la que se inició la averiguación previa por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco y otro, se logró la consignación del general Francisco Quirós Hermosillo como probable responsable de la comisión del delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de plagio o secuestro, en perjuicio del señor Radilla Pacheco, después de varios obstáculos legales, tales como declinación de competencia judicial, desechamiento de demanda de amparo, revisión del mismo, hasta que en octubre de 2005 se resolvió que el juez primero militar adscrito a la primera región militar era competente para conocer del referido expediente, dicho juez militar en noviembre del 2006 sobreseyó la acción penal por la muerte del general Quirós. En la Procuraduría General de la República en el año 2007, se abrió otra averiguación previa por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco; en marzo del 2008, en base al incumplimiento del Estado mexicano a las recomendaciones hechas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta sometió al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso contra el Estado mexicano, y previo trámite correspondiente, se dictó la sentencia el 23 de noviembre del 2009.⁴²

Ahora bien, en lo relativo al ordenamiento jurídico correspondiente al caso están: la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual el Estado mexicano es parte desde 1980; la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas de la cual también el Estado mexicano es parte desde 2001; en febrero de 1999 se publicó el decreto que contiene la Declaración para el reconocimiento de pleno derecho de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; por último, en junio del 2001 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la adición al Código Penal Federal para tipificar el delito de desaparición forzada de personas.⁴³

⁴² Cfr. *Ídem*.

⁴³ Cfr. *Ibidem*, pp. 336 y 337.

Enseguida, presento un extracto de la sentencia que acerca del caso que nos ocupa dictó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual condenó al Estado mexicano a lo siguiente:⁴⁴

- Conducir eficaz y diligentemente la investigación, así como los procesos penales pendientes relacionados al caso para establecer las responsabilidades penales y castigar a los responsables, debiendo cumplirlo en un término moderado; asimismo, conservar en conocimiento de la jurisdicción ordinaria la averiguación previa iniciada por dicho asunto.
- Asegurar por conducto de las autoridades correspondientes, que en los nuevos casos penales contra presuntos responsables de violaciones de derechos humanos, que sean o hayan sido militares, se sometan exclusivamente ante la jurisdicción ordinaria.
- Continuar con la búsqueda de Rosendo Radilla Pacheco o de sus restos mortales, ya sea mediante la investigación penal, u otro procedimiento efectivo.
- Realizar una interpretación Constitucional y legislativa del artículo 13 de la Constitución Federal que armonice con los principios de debido proceso y acceso a la justicia, incluidos en la Convención Americana y las normas adecuadas de la Carta Magna.
- Ejercer por parte del Poder Judicial un "control de convencionalidad *ex officio*" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes; para ello el Poder Judicial deberá considerar el tratado y la interpretación de la Corte Interamericana.
- Si bien, no se ordenó modificar el artículo 13 Constitucional, se resolvió que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención, debiendo reformarse para que sea congruente con estay con los estándares internacionales en la materia.
- Reformar el artículo 215-A del Código Penal Federal, debiendo tipificar correctamente el delito de desaparición forzada de personas, conforme a los instrumentos internacionales.
- Finalmente, implementar:
 - a. Capacitación permanente en análisis de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, dirigida a todos los miembros de las fuerzas militares incluyendo agentes del Ministerio Público y Jueces, asimismo a los agentes del Ministerio Público de la Procuraduría General de la República y a los Jueces del Poder Judicial Federal, y
 - b. Un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, dirigido a los agentes del Ministerio

⁴⁴ Cfr. *Ibíd.* pp. 337 y 338.

Público de la Procuraduría General de la República y a los Jueces del Poder Judicial Federal. Asimismo, se sostuvo que en estos casos, las autoridades encargadas de investigar deben estar preparadas para el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, la valoración de los patrones sistemáticos que pueden dar origen a los hechos que se investigan y la localización de personas desaparecidas de manera forzada.

A continuación presento una síntesis de las obligaciones que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció para el Poder Judicial Federal, con base a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se hizo una consulta a trámite para el que se abrió el expediente "varios" 912/2010, mismo que fue resuelto en las sesiones del 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio del 2011 por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para esto cabe mencionar que en los días 6 y 10 de junio del mismo año fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación reformas constitucionales de gran relevancia para ser tomadas en cuenta por el Pleno al resolver dicho asunto, una de ellas al artículo primero en materia de protección de derechos humanos y la otra al artículo 103, fracción I en materia de amparo.⁴⁵

En relación a la referida sentencia, el Pleno acordó que el Poder Judicial Federal tiene la obligación de cumplirla, así como todos los órganos y Poderes de la nación; se señaló que ni del Estatuto de la Corte ni de su Reglamento, tampoco de los Tratados de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y de Desaparición Forzada de Personas, se deduce que su jurisprudencia sea obligatoria, por ello es opcional tomar en cuenta al criterio orientador sin representar responsabilidad, ya que este no es vinculante.⁴⁶

⁴⁵ Cfr. Musalem Oliver, Héctor. "Caso Radilla Pacheco" en: *Crónicas del Pleno y de las Salas. Sinopsis de Asuntos destacados del Tribunal en Pleno*. México: SCJN, 2011. pp. 1-12. [En línea: 8 de septiembre del 2016]. Disponible en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/cronicas_pdf_sr/TP-140711-MBLR-912.pdf

⁴⁶ Cfr. *Ídem*.

En lo que respecta al control de convencionalidad *ex officio*, el Pleno determinó que,⁴⁷ han de ejercerlo todos los órganos de cualquier índole que realicen funciones materialmente jurisdiccionales, en virtud a la obligación Constitucional de interpretar siempre los tratados de manera más beneficiosa para la persona. Se subrayó que dicho control está en armonía con el espíritu y la letra del artículo primero Constitucional y consecuentemente se debe aplicar por todos los jueces en ese sentido, sin declarar de forma general la inconstitucionalidad de leyes, sino omitiendo al caso concreto cualquier norma que vulnere a nuestra Constitución o a los tratados internacionales de derechos humanos. Para lo anterior, se estipuló que esta interpretación por los jueces implica lo siguiente:

1. Interpretación conforme en sentido amplio, esto es, se debe interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos plasmados en la Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas.
2. Interpretación conforme en sentido estricto, para casos en los que haya varias interpretaciones jurídicas válidas, partiendo de la presunción de la constitucionalidad de las leyes, los jueces deben preferir la que vaya acorde a los derechos humanos plasmados en la Constitución y en los tratados internacionales.
3. Inaplicación de la ley cuando las anteriores alternativas no son posibles.

En materia de fuero militar, el tribunal Pleno acordó que en base a que la Corte Interamericana determinó que el artículo 13 de la Constitución Federal, debe interpretarse de manera relacionada con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante un juez competente; asimismo, declaró que el artículo 57 del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque al establecer cuáles son los delitos contra la disciplina militar no garantiza a los civiles o sus familiares que son

⁴⁷ Cfr. *Id.*

víctimas de violaciones a los derechos humanos, la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario. Por consiguiente, de conformidad con lo señalado en el párrafo segundo del primer artículo Constitucional, a partir de ahora, el fuero militar frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia podrá operar. Dicha interpretación debe llevarse a cabo en lo sucesivo en cualquier asunto que tenga conocimiento la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tanto en Pleno como en Salas, con independencia de la vía que el asunto llegue al conocimiento de estos órganos, por ser un tema trascendente para la nación.⁴⁸

Finalmente, se instauraron las medidas administrativas que el Poder Judicial de la Federación debe efectuar para dar cumplimiento en este rubro a la sentencia de la Corte, las cuales son las siguientes:⁴⁹

1. Proporcionar capacitación en materia de derechos humanos y del sistema interamericano de protección de estos derechos, la creación de un programa acerca de la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas al personal señalado en la sentencia.
2. Una vez que el Poder Ejecutivo cumpla la parte que le corresponde, el Poder Judicial garantizará que la averiguación previa del caso Radilla Pacheco se conserve en conocimiento de la jurisdicción ordinaria exclusivamente.
3. En lo concerniente al control de constitucionalidad y de convencionalidad *ex officio*, conforme al artículo primero Constitucional todos los jueces están facultados para inaplicar las normas generales contrarias a derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano es parte. También se deberá solicitar por parte de un ministro la modificación de la jurisprudencia P./J. 74/1999, en la que se interpretó que el artículo 133 Constitucional no faculta a todos los jueces para aplicar el control difuso de la constitucionalidad de las normas generales.
4. En los casos concretos que conozca el Poder Judicial Federal deberá tomar en consideración los criterios orientadores de dicha Corte Internacional, para adecuar sus subsecuentes

⁴⁸ Cfr. *Id.*

⁴⁹ Cfr. *Id.*

interpretaciones constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar, con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

5. Se ordenó garantizar en todas las instancias competentes, el acceso al expediente correspondiente al caso Radilla Pacheco y la expedición de copias para las víctimas.
6. Por último, la Suprema Corte deberá reasumir su competencia originaria para conocer de conflictos competenciales, o bien, ejercer de oficio su facultad de atracción que otorga la Constitución y la Ley Orgánica por ser un tema trascendente, requiriéndose a todos los órganos jurisdiccionales federales, que en caso de conocer algún asunto relacionado al tema, lo informen a este Alto Tribunal.

Respecto a los acuerdos a los que llegó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, creo importante que este haya tomado decisiones que explican la postura que debe asumir el Poder Judicial en cuanto a las sentencias emitidas por la Corte Interamericana y como debe ejercerse, quién debe ejercerlo y qué efectos causará el nuevo control de convencionalidad de carácter difuso. Asimismo, en cuanto a las sentencias condenatorias para el Estado mexicano, que dichas sentencias constituyen cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos, lo cual está conforme a lo plasmado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al carácter vinculante que tienen las sentencias emitidas por la Corte Interamericana. También opino que es relevante el acuerdo del supremo tribunal del país, relativo al control de convencionalidad *ex officio* en el modelo del control difuso de constitucionalidad, en el que el Pleno refiere que si bien los jueces no están facultados para realizar una declaración formal acerca de la invalidez de alguna norma, o bien, expulsar del orden jurídico aquellas normas que estimen opuestas a los derechos humanos asentados en la Constitución y en los tratados, sí tienen la obligación de no utilizar las normas inferiores debiendo observar lo expresado al respecto en la Constitución y en los tratados internacionales.

Asimismo, es interesante como establece la manera en que debe efectuarse el estudio para ejecutar dicho control y expresa las herramientas de interpretación en el instante de su ejecución, por lo cual creo que la medida planteada por el Pleno está

bien desarrollada, ya que al incluir lo comprendido en el artículo primero Constitucional reformado, cuyo estudio consiste en la obligación de las autoridades judiciales de llevar a cabo la aplicación del principio *pro persona*, esto es, que se realice considerando la interpretación que más favorezca a la persona para lograr con ello su más amplia protección. También me parece relevante lo resuelto acerca de que las autoridades jurisdiccionales están facultadas para ejercer los distintos controles, tanto el de constitucionalidad como el de convencionalidad, determinando las consecuencias de la aplicación de cada uno. No obstante que el tema no deja de ser polémico en la administración de justicia mexicana, ya que existen diversas opiniones encontradas al respecto, tanto por juzgadores, como por juristas.

Por otra parte, considero trascendente lo concerniente a la capacitación constante a los servidores públicos que participan en la administración de justicia, particularmente del ámbito federal, relativa a los límites de la jurisdicción militar plasmado en la jurisprudencia interamericana, y a los estándares de justicia que deben ser observados en la administración de justicia del Estado mexicano. Finalmente, opino que es fundamental que se prepare a todos los operadores jurídicos para que haya congruencia en los procesos judiciales que se llevan en nuestro país, que se respete el alcance que tiene la justicia militar y también que se apliquen los criterios de la jurisprudencia de la Corte en los órganos jurisdiccionales del Estado mexicano.

5.1.2. Reforma Constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos

A efecto de hacer más ágil la lectura y comprensión de la reforma Constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10

de junio de 2011,⁵⁰ sin reproducir el contenido completo, presento un concentrado de las innovaciones constitucionales.

- Modificación de la denominación del Capítulo I del Título Primero, de Garantías Individuales a De los Derechos Humanos y sus Garantías.
- Se utiliza la palabra individuo por el de persona.
- Hay reconocimiento para que las personas gocen de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano es parte.
- Existe la obligación de acceder a las garantías requeridas para el resguardo de los derechos humanos.
- Hay obligación de interpretar las normas relativas a derechos humanos con los principios *interpretación conforme* y *pro persona*.
- Se amplía a todas las autoridades la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar a los derechos humanos, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; asimismo, prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.
- Queda enunciada la prohibición de discriminar a las personas debido a sus preferencias sexuales.
- En el tema de la educación, se plasma el deber estatal de respetar a los derechos humanos.
- Instaure el derecho a pedir asilo en casos políticos y concede autorización para permitir refugio por motivo humanitario.
- Decreta la prohibición de celebrar convenios o tratados que atenten contra los derechos humanos reconocidos en la Carta Magna y los tratados internacionales.
- En la organización del derecho penitenciario instituye el acatamiento a los derechos humanos.
- En casos de anomalías en el país, referente a los derechos humanos, se agrega el concepto de que no podrán suspenderse, con la obligación de hacer una declaratoria de excepción, la cual tendrá que estar fundada y motivada, además de ser proporcional al peligro enfrentado y observando permanentemente los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación; se indica la manera en que dicha declaratoria podrá extinguirse y que la Suprema Corte de Justicia de la Nación queda autorizada para revisar de oficio los decretos del Ejecutivo durante la restricción o suspensión.

⁵⁰ Diario Oficial de la Federación. *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. [En línea: 9 de septiembre del 2016]. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

- En caso de expulsión a los extranjeros, queda instituido para ellos el derecho de previa audiencia, con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo.
- En materia de política exterior, el titular del Poder Ejecutivo deberá añadir, dentro de los principios a observar, el de respeto, protección y prevención de los derechos humanos.
- La Comisión Nacional de Derechos Humanos queda facultada para llevar a cabo la investigación de violaciones graves de derechos humanos, facultad que antes era de la Suprema Corte de Justicia y que ahora se le quitó.
- Ahora los servidores públicos tiene la obligación de responder a las recomendaciones que les genere la Comisión Nacional de Derechos Humanos, o en su caso las Comisiones Estatales, debiendo fundar, motivar y hacer pública su negativa, además podrán ser llamados a comparecer ante el Senado o la autoridad legislativa que corresponda, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.
- A partir de la reforma, la Comisión Nacional de Derechos Humanos está facultada para recibir quejas por violaciones en materia laboral.
- Manifiesta el reconocimiento de la autonomía de los organismos de protección de derechos humanos locales.
- Instaure un procedimiento de consulta pública y transparente para realizar la elección del titular de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas.
- Instituye la facultad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de las Comisiones locales según corresponda, a iniciar acciones de inconstitucionalidad contra leyes federales, locales o de la Ciudad de México, que violen los derechos humanos reconocidos en la Carta Magna y los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano.
- Finalmente, en los diversos artículos transitorios se contempla la confección de diferentes leyes secundarias, las que habrán de elaborarse en un término máximo de un año a partir de que entró en vigor la referida reforma, para con ello completarla de manera integral.

Dicha reforma se hizo con el propósito de llevar a cabo la transformación de nuestra Carta Magna en materia de derechos humanos, cuya contribuciones principales en mi opinión, consisten en la incorporación formal de los principios rectores de los derechos humanos y los de *interpretación conforme* y *pro persona*, destinados a extender la cobertura de los derechos humanos y su protección. Esta reforma Constitucional permite aseverar que el Poder Judicial de la Federación y en

general todos los órganos jurisdiccionales del país, se encuentran frente a un distinto e innovador modelo para la custodia de los derechos humanos, no obstante, la opinión de diversos juristas que arguyen que en el contenido anterior a la reforma del texto constitucional, ya se contemplaba efectuar la defensa y ampliación de esos derechos.

Así en la reforma en comento, se está avalando y dando certidumbre al principio de progresividad de los derechos humanos, mediante el vocablo específico del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en los casos que beneficien y ofrezcan mayor ayuda a las personas; de esta manera, el aumento de los derechos humanos representado por la adición de determinadas disposiciones constitucionales, como la que se refiere a la suspensión de garantías en el artículo 29, junto con el deber de aplicar los tratados internacionales en los que el Estado mexicano es parte, apuntan hacia la justiciabilidad y validez de los derechos humanos, con lo que en un futuro próximo, se logre el progreso en la calidad de vida de cada persona y en el desarrollo de la sociedad en general.

5.1.2.1. Artículo 1o Constitucional

Del artículo primero Constitucional, únicamente comentaré lo relativo al párrafo primero que se reformó y al segundo y tercero que se adicionaron, de tal forma que el párrafo primero instituye que: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece."⁵¹ En este párrafo se sustituye la palabra individuo por el de personas, ahora en lugar de otorgar los derechos hace un reconocimiento de los mismos, asimismo, reconoce que todas las personas sin excepción tienen el goce de los derechos humanos –antes garantías-

⁵¹ *Ídem.*

consagrados en nuestra Constitución y en los tratados internacionales firmados por México, así como de las garantías como mecanismos de salvaguarda de esos derechos. Con lo cual se manifiesta de forma determinante su evolución por incorporarse de manera fehaciente al ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El párrafo segundo adicionado dice: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia."⁵² Este párrafo hace alusión a la interpretación de las normas referentes a derechos humanos bajo la óptica de los principios *interpretación conforme* y *pro persona*. Respecto del primero de ellos, es de vital importancia para el sistema jurídico mexicano en lo que respecta a la técnica exegética que todo juzgador debe emplear de oficio en el ejercicio de sus responsabilidades, ello con base a la transformación a que ha sido sujeta la Carta Magna con motivo de las reformas en materia de derechos humanos, por ello *interpretación conforme* significa que todas las normas del sistema jurídico mexicano que se refieren a derechos humanos, independientemente de la jerarquía que tengan, tendrán que ser interpretadas con base en la Carta Magna y los tratados internacionales; con lo que se ha generado lo que se conoce como "Bloque de constitucionalidad", el cual está conformado no únicamente por las normas constitucionales, sino también por normas que se encuentran contenidas en instrumentos internacionales, como lo son los tratados internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La efectiva apertura de nuestra Carta Magna no consiste en agregar una norma positiva de reconocimiento para los tratados internacionales que incluyen normas de derechos humanos. Dicha apertura radica en permitir el acceso a una disposición que exige a los operadores de normas vinculadas a derechos humanos a utilizar los

⁵² *Id.*

mayores estándares a favor de las personas, independientemente de que sea necesario importarlos de instrumentos internacionales.⁵³

Con relación al segundo, es decir el principio *pro persona*, este es plenamente identificado y reconocido en la esfera del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como utilizado en los diversos tribunales internacionales facultados para conocer y resolver las controversias causadas por la violación de los derechos humanos. Dicho principio establece que al presentarse diferentes alternativas posibles de interpretación de determinada norma jurídica, habrá de seleccionarse entre ellas la que más ampare a la persona beneficiaria de derechos humanos; del mismo modo, cuando se suscite un caso específico en el que para su solución sea posible la aplicación de dos o más normas jurídicas, el juzgador deberá elegir a la que otorgue mayor protección al titular de derechos humanos.

De esta manera, la interpretación *pro persona* se torna en guía de la interpretación conforme, que a su vez debe guiar desde el primer momento toda lectura y operación jurídicas en las que se introducen disposiciones sobre derechos humanos. Para esta relación, es necesario que exista armonía de todas las normas jurídicas principales, para así darle significado a las disposiciones ligadas a derechos humanos y de este modo se dirijan siempre, a beneficiar a las personas con la mayor protección posible. Con ello se podrán ampliar los alcances de sus derechos al máximo y reducir sus limitaciones al mínimo.⁵⁴

En cuanto al tercer párrafo, señala que: "Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad,

⁵³ Cfr. Silva Meza, Juan N. *El impacto de la reforma Constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. México: IJ-UNAM, 2012. p. 160. [En línea: 13 de septiembre del 2016]. Disponible en: www.bibliojuridicas.org

⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 161 y 162.

interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley."⁵⁵ En este párrafo están implantados tres cuartetos primordiales; el de las obligaciones vinculadas a los derechos humanos, el de principios que tutelan esta materia y el de deberes para disminuir sus violaciones; de la simple lectura del párrafo en comento se nota que dichos cuartetos están interrelacionados. Promover es incitar y encaminar que una iniciativa alcance un fin; en el caso de derechos humanos, implica propiciar que se realicen para su efectivo goce por las personas. Respetar derechos obliga a no obstruir su ejercicio ni interferir en su goce efectivo. Proteger derechos implica no desatenderse de su respeto y garantía. Se garantizan derechos humanos al hacer justiciables sus obligaciones frente a su incumplimiento, con el fin de forzar su observancia; al garantizar derechos se cierra este cuarteto de obligaciones.⁵⁶

Cabe mencionar que relativo al cuarteto de principios, este tema ya fue abordado en un párrafo anterior, por lo que enseguida comento acerca del tercer cuarteto, es decir, el de los deberes del Estado consistentes en: "prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley". Prevenir violaciones a los derechos humanos reside en crear y utilizar organismos eficientes y eficaces para inhibir su menoscabo, incluyendo la implementación de legislaciones adecuadas. Investigar violaciones, implica llevar a cabo actuaciones diligentes, así como, el sometimiento al conocimiento público de las gestiones efectuadas en esta tarea. Sancionar violaciones de derechos humanos requiere la existencia de un sistema de responsabilidades, completo y debidamente estructurado para que impida la impunidad, es importante señalar que la sanción debe ser proporcional al daño causado, pues no se busca venganza, sino equilibrio. Reparar violaciones exige que se investiguen y sancionen las antes cometidas y se prevengan

⁵⁵ Cfr. Diario Oficial de la Federación. *Decreto por el que se modifica... op. cit.*, p.1.

⁵⁶ Cfr. Silva Meza, Juan N. *El impacto de la reforma constitucional... op. cit.*, p. 163.

otras a los derechos de las personas y comunidades, ya que no solo involucra la restitución, sino evolucionar en nuestra realidad.⁵⁷

En términos generales, en este párrafo queda de manifiesto el deber que tienen todas las autoridades representantes del poder público, en todos sus niveles, de llevar a cabo la promoción, el respeto, la protección y la garantía de los derechos humanos, con lo que se hace énfasis que el reconocimiento de estos derechos acarrea una serie de obligaciones ineludibles a los servidores públicos, independientemente del nivel jerárquico que ostenten. Asimismo, los deberes que en relación al tema de derechos humanos tienen dichas autoridades al ejecutar los actos propios de sus responsabilidades, tendrán que estar acorde con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Por lo que se concluye, que el Estado mexicano tiene la obligación de realizar acciones tendientes a la prevención, investigación, sanción y reparación de trasgresiones a los derechos humanos.

5.1.2.2. Artículo 29 Constitucional

Es importante señalar que con motivo de la reforma, el artículo en comento quedó en armonía con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente con el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instituyendo los supuestos básicos para que sea posible que en el Estado mexicano se pueda llevar a cabo la suspensión de los derechos humanos y de las garantías protectoras de ellos.

Enseguida menciono algunas modificaciones con referencia al texto anterior a la reforma, consideradas a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo son: se establece la diferencia entre la factibilidad de efectuar la suspensión de ejercitar los derechos y las garantías de protección con el de solo restringirlos,

⁵⁷ Cfr. *Ibíd.* pp. 165 y 166.

cuando impliquen impedimento para enfrentar al problema, esto es, que se contempla la posibilidad de acotarlos parcialmente o bien suspenderlos totalmente, además, de acuerdo al último párrafo de este numeral, se implementó un control jurisdiccional oficioso para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación revise al instante los decretos que emita el titular del Ejecutivo; queda claro que lo que se restringe o suspende es el ejercicio de los derechos y no el derecho en sí, el cual bajo los criterios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no puede suspenderse bajo ninguna condición; establece cuáles son los derechos y garantías judiciales que bajo ninguna circunstancia podrán ser restringidos o suspendidos para su protección; se menciona la prohibición de la pena de muerte, de la esclavitud y la servidumbre, de la desaparición forzada y la tortura; se instituyen los trascendentes principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación, que son invocados en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, v.gr., opiniones consultivas, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dada la trascendencia de este artículo Constitucional y que el mismo tiene diversos términos ambiguos, como los que están al principio del párrafo primero siendo estos: “..., o de cualquier otro...”, “grave peligro o conflicto”, implicando con ello que se hagan interpretaciones analógicas y discrecionales, no obstante la creación de la Ley Reglamentaria del artículo 29 Constitucional en Materia de Suspensión de Derechos Humanos –la minuta de dicha ley apenas fue aprobada el 30 de marzo de 2016 por la Comisión de Gobernación de la Cámara de Diputados como revisora-, en la que en su artículo 2 se plasma un glosario de términos, mismo que a opinión del suscrito es limitado, ya que en el mismo no describe la palabra “conflicto”. Con esto queda de manifiesto la lentitud con la que está trabajando el Estado mexicano para elaborar las leyes secundarias, que son necesarias para reglamentar los diversos artículos que forman parte de la reforma Constitucional en materia de derechos humanos, en la que en sus artículos transitorios se estableció que dichas leyes se elaborarían en un plazo de un año a partir de la publicación de la reforma.

5.1.3. Reforma Constitucional del 6 de junio de 2011 en materia de amparo

Como todos sabemos el juicio de amparo está considerado como una de las principales instituciones del ordenamiento jurídico de nuestro país, toda vez que tiene como principal propósito resguardar al gobernado contra actos de autoridades que violen sus derechos, asimismo, contra actos de miembros del sector privado, por lo que al reformarse a los diversos 94, 103, 104 y 107 constitucionales, vino a fortalecerlo al darle amplitud de cobertura para que tenga facultades para dirimir las controversias que se promuevan en relación a determinada norma general, al asegurar que sea procedente en las demandas por violaciones a los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales firmados por México; al incorporarse el amparo adhesivo y el interés legítimo individual y colectivo; la violación de derechos por omisión de la autoridad; la declaratoria general de inconstitucionalidad de conformidad con la ley reglamentaria; la instauración de los Plenos de Circuito; y un innovador modelo de construir jurisprudencia “por sustitución”; entre otras.

Para efectos de este trabajo de investigación, me remito básicamente a los numerales 103 y 107 constitucionales, ya que al ser reformados estos artículos se consiguió darle otra dimensión al juicio de amparo en su objetivo protector, esto es, evolucionó para salvaguardar los derechos humanos localizados en las normas constitucionales y además los contenidos en los diversos tratados internacionales de derechos humanos que han sido firmados por el Estado mexicano. También se incorpora la institución del amparo por omisión de autoridades en perjuicio de los gobernados, es decir, el juicio de amparo será procedente cuando la autoridad omite actuar o deje de hacer una obligación que le corresponde y con ello vulnere derechos humanos.

5.1.4. Análisis parte dogmática de la Constitución -artículos 1 al 29- y los relativos a derechos humanos

El estudio de la parte dogmática de la Carta Magna⁵⁸ lo inicio a partir del artículo dos Constitucional, -ya que el artículo 1 fue estudiado en uno de los incisos anteriores, asimismo, omito comentar los artículos 29, 103 y 107 en virtud de que también ya los analicé-, además incluyo los demás artículos constitucionales que refieren a derechos humanos, haciéndolo de una manera sucinta.

El artículo 2 establece los derechos de los pueblos indígenas, reconociéndoles el derecho a su libre autodeterminación; a resolver sus conflictos, observando los principios generales y los derechos humanos a que refiere la Constitución; lo anterior se puede considerar como lo equivalente al principio de legalidad, con lo cual se pretende evitar el desgobierno y así preservar un Estado de Derecho en las comunidades indígenas, además las Constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las formas y normas de libre determinación, reconocimiento y autonomía que armonicen con los pueblos indígenas en cada entidad. Con esto podemos deducir que los pueblos indígenas poseen el derecho a mantenerse como pueblos apartados conforme a sus culturas, tradiciones, su identidad y sus valores.

El artículo 3 se refiere a que toda persona tiene derecho a recibir educación, de este numeral se puede concluir que todas las personas sin distinción alguna en nuestro país tienen derecho a recibir educación por parte del Estado y que dicha educación deberá ser gratuita, asimismo, no debe coartar la libertad a todos aquellos que deseen proporcionarla en instituciones educativas de naturaleza privada, desde luego con el previo cumplimiento de los requisitos legales.

⁵⁸ Cfr. H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, Texto vigente, Última reforma publicada DOF 16-05-2016. [En línea: 3 de octubre del 2016]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>.

El artículo 4 establece una serie de derechos, tales como: que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, lo que ello implica dar trato igual ante situaciones iguales, no permitiéndose disposición jurídica discriminatoria; facultad para decidir libre y responsable la cantidad y periodicidad de los hijos; a la alimentación adecuada; a la protección de la salud; a un medio ambiente sano; al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico; a una vivienda digna; a la identidad y registro inmediato a su nacimiento; que los niños y las niñas tienen derecho a la alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral; al acceso a la cultura; a la cultura física y a la práctica del deporte. Como se puede apreciar son muchos los derechos de los mexicanos que se mencionan en este numeral, mismos que el Estado mexicano tiene la obligación de garantizar, pero actualmente hay un gran abismo entre lo que está plasmado en este dispositivo Constitucional y la realidad de la población mexicana, lo cual sería un tema que implicaría un extenso análisis, mismo que no es materia del tema central de esta tesis.

El artículo 5 concede el derecho a que toda persona es libre de dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. Este derecho consiste en que podemos seleccionar cualquier oficio, trabajo o profesión que deseemos para subsistir y progresar de manera legítima. Lamentablemente en nuestro país existe gran escasez de fuentes de empleo, ya sea para profesionistas y más aún para personas con bajo nivel de preparación.

El artículo 6 otorga el derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión, sin ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público. En este derecho podemos apreciar dos sujetos: el activo y el pasivo, el activo es el gobernado el cual tiene la prerrogativa de manifestar su forma de pensar, es decir, sus ideas siempre que lo haga con las

restricciones antes señaladas; el pasivo es el Estado mismo que tiene el deber de inhibirse, esto es, no entrometerse en la esfera jurídica de la persona que se ha expresado lícitamente.

El artículo 7 permite el derecho a difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. Este artículo está relacionado con el anterior, con la salvedad que aquí se habla de manifestarse a través de los diversos medios de comunicación existentes, así como las restricciones que se le señalan a la autoridad de conformidad a lo plasmado en el artículo seis Constitucional.

El artículo 8 instituye que cualquier persona puede hacer una solicitud por escrito a los representantes del poder público, los cuales tienen el deber de contestarla, sin que dicha respuesta deba ir en determinado sentido, ya que la obligación es darle contestación en breve término, asimismo, en materia política solo los ciudadanos mexicanos pueden plantear una solicitud, lo cual excluye a los extranjeros.

El artículo 9 permite el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de México podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho de deliberar. Este derecho involucra dos aspectos, por un lado el fundamento de asociarse para constituir cualquiera de las diversas sociedades, que pueden ser mercantiles, civiles o de cualquier otro tipo, conocidas como personas morales; por otro lado la base para poderse reunir para conseguir un fin concreto, p. ej., reunirse de manera pacífica para hacer una petición a cualquier autoridad.

El artículo 10 aprueba a los habitantes de nuestro país a poseer armas en su domicilio para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley de la materia. Significa que los ciudadanos mexicanos podemos tener armas en nuestras casas para resguardar la seguridad, solo con ciertas restricciones.

El artículo 11 concede el derecho para entrar y salir de la República, viajar y mudar de residencia, sin carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. Esto se entiende como la obligación que tiene el Estado de respetar la libertad de tránsito de cualquier persona, ello con ciertas restricciones particulares que establezca la autoridad judicial, o bien, determinadas leyes como las de emigración, inmigración y salubridad general de la República.

El artículo 13 señala la prohibición de ser juzgado por leyes privativas o por tribunales especiales; lo que significa que no se permite que el Estado instaure leyes concretas para una persona o cantidad específica de personas físicas o morales, o bien, órganos jurisdiccionales exclusivos para llevar a cabo el enjuiciamiento específico de alguna persona o grupo de personas.

El artículo 14 de manera general se refiere básicamente al derecho a la seguridad jurídica, también a que la retroactividad de las leyes únicamente se puede aplicar en beneficio de las personas; asimismo, al derecho de audiencia; y por último, a la legalidad judicial en materias civil, administrativa y penal.

El artículo 15 establece que no se autoriza la celebración de tratados en los que se alteren los derechos humanos reconocidos por la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; ni para la extradición de reos políticos, ni delincuentes del orden común. Estos dos tipos de tratados o convenios internacionales son los que al Presidente de la República y al Senado se les tienen restringidos por ser violatorios de derechos de las personas.

El artículo 16 instaura el derecho a que nadie puede molestar a una persona, su familia o pertenencias, excepto por la autoridad del Estado con las facultades legales, debiendo fundamentar en la ley específica aplicable al caso concreto, motivando con razones y circunstancias tomadas en consideración para emitir el acto

de molestia, relacionando los motivos acreditados con las normas aplicables, dicho acto deberá constar por escrito y no de forma verbal, para así evitar una arbitrariedad.

El artículo 17 prohíbe que las personas se hagan justicia por su propia mano, para evitar que se genere violencia en el reclamo de algún derecho, para ello existe la posibilidad que tienen de acceder a la justicia a través de los diversos tribunales destinados a dirimir las controversias que se presenten, señalándose que la impartición de la justicia será, expedita, acabada, eficaz y gratuita.

El artículo 18 determina que solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto y separado del que se use para la extinción de las penas. Las mujeres y los hombres compurgarán sus penas en lugares separados. El sistema penitenciario deberá ser organizado teniendo como plataforma el acatamiento a los derechos humanos; además de los otros elementos que se mencionan, los que permitirán al detenido entre otros beneficios a evitar el ocio, despejar la mente, generar un ingreso económico, estar activo física y mentalmente, combatir la ignorancia, mitigar la violencia, propiciando con ello que le surja el deseo de estar tranquilo consigo mismo y con la sociedad.

El artículo 19 contiene, que 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 plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado. Es importante comentar que con el pronunciamiento del auto de vinculación a proceso, se da inicio a la preparación del proceso, con lo que se restringe la medida cautelar consistente en la prisión preventiva, salvaguardando con ello al derecho de presunción de inocencia.

El artículo 20 instituye que el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. El apartado B menciona los derechos de toda persona imputada, los cuales son, entre otros: que se presuma su inocencia hasta que no se dicte sentencia firme; declarar o a guardar silencio; que desde su detención se le haga saber los motivos de la misma y todos sus derechos.

Como podemos observar el inciso B de este artículo, se refiere prácticamente a lo que concierne a las garantías de defensa del imputado, esto es, para que no quede en estado de indefensión en el proceso que se le sigue por los cargos que se le están imputando, así tenemos que el imputado tiene derecho a declarar o guardar silencio, pues es sabido que es frecuente obtener confesiones del detenido por medio de amenazas, aislamiento y actos de tortura; asimismo es importante lo relativo al derecho de que se le informe al imputado los cargos que se le atribuyen, así como las prerrogativas que tiene, esto desde que es detenido, pues antes de que se instituyera este derecho, a muchas personas se les juzgó sin saber el delito que se les adjudicaba, resultando que ya avanzado el proceso se enteraron cual era dicho ilícito, lo cual limitó en gran medida la posibilidad de una defensa adecuada, llevándolos por consecuencia a una sentencia condenatoria; es fundamental que todos y cada uno de los derechos reconocidos al imputado se hagan valer en todo momento procesal.

En el apartado C del mismo numeral, se describen los derechos de la víctima o del ofendido, en cuanto a estos derechos, hay algunos que se incorporaron recientemente y son los que comentaré, uno de ellos consistente en intervenir en el juicio, siendo lo más recomendable que lo haga mediante su asesor jurídico, lo cual es favorecedor para la víctima u ofendido ya que de esta forma se materializa lo concerniente a la igualdad procesal que debe haber entre las partes; asimismo, el derecho a interponer los recursos cuando no esté satisfecha la reparación del daño, entre otras causas; también, el resguardo de la identidad y otros datos personales cuando se trata de asuntos de delincuencia organizada, intervención de menores,

secuestro y otros delitos graves, si bien es cierto que al imputado le asiste el derecho de ser procesado en audiencia pública es mayor la protección a favor de la víctima; por último, la garantía de que el Ministerio Público protegerá a la víctima y que el juez vigilará que esto se cumpla.

El artículo 22 tiene como objetivo primordial proteger el derecho a la vida, así como a la integridad corporal de las personas, estableciendo la prohibición de imponer penas que atenten contra el estado físico de las personas sancionadas.

El artículo 23 implanta que ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia. Lo anterior significa que en los juicios penales al concluir la tercera instancia se decretará como cosa juzgada, no habiendo lugar a otra instancia y mucho menos a iniciar otro juicio por los mismos hechos, debido a la prohibición de juzgar a una persona por el mismo delito.

El artículo 24 menciona el derecho a tres libertades, que serían la libertad de convicciones éticas, la libertad de conciencia y la libertad de religión, sin embargo, me genera confusión que en el siguiente párrafo se refiere a solo una libertad al decir: "Esta libertad incluye...por la ley. Por lo anterior considero que aquí se cometió un error en la técnica legislativa utilizada para este artículo Constitucional.

El artículo 27 establece el derecho de los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas para conseguir por parte del Estado, el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o concesiones de explotación de minas o aguas.

El artículo 31 implanta que una de las obligaciones de los mexicanos es, contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal

-Ciudad de México- o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes. Lo cual implica la vinculación con el principio de equidad tributaria que otorga a los mexicanos un derecho de igualdad jurídica.

El artículo 35 se refiere a los conocidos derechos políticos del ciudadano, tales como: votar y poder ser votado en las elecciones populares conforme a la ley; asociarse individual y libremente para participar pacíficamente en los asuntos políticos del país; iniciar leyes, conforme a las leyes correspondientes; y votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional; aunque no todos están contenidos en este numeral, sino que se encuentran dispersos en otros artículos constitucionales.

El artículo 70 concede a los ciudadanos la facultad de poder contribuir de manera directa en las labores de naturaleza legislativa, pudiendo hacer propuestas para la creación de nuevas leyes o para reformar las ya existentes, de esta manera los ciudadanos participan de cerca con el poder legislativo.

El artículo 89 establece que una de las obligaciones del Presidente es acatar, salvaguardar e impulsar los derechos humanos, así como intervenir en la búsqueda de la armonía, ausencia de peligro y tranquilidad universal. Esta obligación del titular del Poder Ejecutivo, está en armonía con la reforma que en materia de derechos humanos se llevó a cabo en el texto de nuestra ley suprema.

El artículo 102 en su apartado B párrafo primero, se establece la obligación para que tanto la legislatura federal como las estatales, lleven a cabo la instauración de organismos autónomos protectores de derechos humanos, uno con jurisdicción nacional y uno local en cada entidad federativa. Considero que es una figura interesante para presionar a la autoridad a que respete los derechos humanos, sin embargo, lo que no me parece favorable para dicha causa es que las recomendaciones que emiten dichos organismos no sean vinculantes, es decir, que no obliguen a las autoridades a cumplirlas.

El artículo 123 instituye el derecho que toda persona tiene al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley. El derecho al trabajo implica la expectativa de realizarlo en las óptimas circunstancias tanto laborales como de carácter social, por medio de este artículo se busca armonizar las relaciones entre los derechos y las obligaciones de naturaleza obrero patronal.

5.2. Bloque de constitucionalidad

Con relación al tema bloque de constitucionalidad, cuyo concepto es originario del derecho francés, parto mencionando que existen diversas definiciones para este enunciado, algunas de las cuales a continuación señalo:

Ayala Corao lo define como: "Los instrumentos jurídicos que tienen el valor y el rango Constitucional, o lo que equivale a estar contenidos en la propia jerarquía de la Constitución".⁵⁹ Por otra parte Arturo Hoyos lo refiere como: "Conjunto de normas que tiene jerarquía Constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país".⁶⁰ Sin embargo, la que me parece mejor es la que a continuación menciono: "El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto Constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución."⁶¹

⁵⁹ Ayala Corao, Carlos M. *La jerarquía Constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*. México: Editorial Funda, 2003. p. 66.

⁶⁰ Hoyos, Arturo. *El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá*. México: IJ-UNAM, 1992. pp. 791-793 [En línea: 12 de octubre del 2016]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/75/art/art2.pdf>.

⁶¹ Arango Olaya, Mónica. *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte Constitucional colombiana*. Colombia: 2004. p. 79. [En línea: 14 de octubre del 2016]. Disponible en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>

Para efectos del estudio del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos, en nuestro sistema jurídico mexicano se requiere remitirse a los artículos 1, 15, 102, 103, 105, 107 y 133 de la Constitución Federal mexicana. Para esto presento un breve análisis de cada uno de ellos, ya que existe la remisión a los tratados internacionales en los que México es parte – excepto el 102 y el 107.⁶²

El párrafo primero del artículo 1 establece que la fuente normativa en donde se localizan reconocidos los derechos humanos y sus garantías es la propia Constitución y los tratados internacionales firmados por México. Asimismo, el párrafo segundo del citado artículo emplea la misma conjunción copulativa “y” para instituir como parámetro de interpretación conforme, las normas de la Carta Magna y las de los tratados internacionales. Respecto del artículo 15, se aprecia que la propia Constitución prohíbe la celebración de convenios o tratados internacionales que alteren los derechos humanos reconocidos en la norma suprema y en los tratados internacionales.⁶³

En el artículo 102, apartado B, se crea la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y en su párrafo primero se muestra el ámbito material de competencia refiriéndose a los derechos humanos, con la reforma del 2011 se agrega un último párrafo, por el que se proveen nuevas atribuciones relacionadas con las violaciones graves a derechos humanos, sin embargo en este numeral se omite invocar a los tratados internacionales. En el artículo 105 se puede advertir que la redacción de esta norma varía ligeramente respecto al uso de la conjunción “y”, se usa en su lugar la conjunción comparativa “así como” que manifiesta una relación de similitud entre las normas de los tratados y las de la Constitución que reconocen derechos humanos. Es importante notar que al igual que el artículo 15, esta norma Constitucional crea como

⁶² Cfr. Rodríguez Manzo, Graciela y otros. *Bloque de constitucionalidad en México*. México: CDHDF, SCJN, OACNUDH, 2013. pp. 9-13.

⁶³ Cfr. *Ídem*.

parámetro de validez material de los tratados, tanto los derechos humanos reconocidos en la Constitución como en los tratados internacionales.⁶⁴

En el artículo 107 correspondiente al juicio de amparo, surgen dos interrogantes, ¿Por qué la Constitución solo indica derechos reconocidos en la Constitución y no incorpora la conjunción copulativa "y" o la conjunción comparativa "así como"? Otra cuestión al respecto es: si el texto Constitucional para establecer una cláusula de apertura a los tratados internacionales debe incorporar dicha mención en todas las secciones de su texto. Por último, en el artículo 133 se afirma que, la Constitución, las leyes federales y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Estado mexicano, serán la Ley Suprema de toda la Unión.⁶⁵

En mi opinión estos numerales constitucionales, son los que delimitan los parámetros de aceptación de las normas de carácter internacional para que sean incorporadas al orden jurídico interno de nuestro país, por lo cual representan el marco normativo del bloque de constitucionalidad en el Estado mexicano. Aunado a lo anterior, se debe tomar en cuenta la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual es de observancia obligatoria para nuestra nación, en virtud de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de la sentencia condenatoria que dicha Corte emitió en contra del Estado mexicano en el caso Rosendo Radilla Pacheco.

El bloque de constitucionalidad es una figura de nivel internacional, que como mencioné al inicio de este apartado, tiene su origen en Francia,⁶⁶ también es utilizado en España y otros países europeos, así como en diversos países latinoamericanos en

⁶⁴ Cfr. *Id.*

⁶⁵ Cfr. *Id.*

⁶⁶ Ospina Mejía, Laura. *Breve aproximación al "bloque de constitucionalidad" en Francia*. México: IJ-UNAM, 2006. p. 181. [En línea: 23 de octubre del 2016]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf>

cuyos ordenamientos constitucionales se aprecia que existe: a) un progreso encaminado a conferir –aunque restringida- jerarquía a las normas de derecho internacional, especialmente las de naturaleza convencional, sobre los mandatos internos; b) el adelanto tiene tres aspectos: 1) referente al derecho internacional general, 2) relativo al reciente derecho comunitario, y 3) el derecho internacional de los derechos humanos con mayor auge en la época reciente; c) respecto al derecho internacional en general las Constituciones de Ecuador, Panamá, Colombia y Paraguay reconocen expresamente las normas y principios de derecho internacional, en tanto que otros países como Honduras y El Salvador en caso de conflicto entre el derecho internacional y una ley ordinaria, prevalecerá el tratado; d) el derecho comunitario aplica en los países que firmaron el “Acuerdo de Cartagena” que son: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela; e) excepto la Constitución de Perú, son varios los países latinoamericanos, entre ellos México, que reconocen expresamente la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cantidad de países que ha ido en aumento.⁶⁷

5.3. Leyes secundarias

La legislación secundaria en materia de derechos humanos, esto es, las leyes federales vigentes que forman parte del marco jurídico de los derechos humanos en el Estado mexicano son: Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas; Ley de los Derechos de la Personas Adultas Mayores; Ley de Migración; Ley Federal de Justicia para Adolescentes; Ley Federal del Trabajo; Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación; Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; Ley General de

⁶⁷ Cfr. Fix- Zamudio, Héctor. “La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas”. Texto reproducido del *Boletín da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasilia, n. 84/86 (dic. 1992-mayo 1993). pp. 37-46. Estudios de Derechos Humanos. Tomo II. México: IJ-UNAM, 1995. pp. 62-64. [En línea: 4 de noviembre del 2016]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1836/5.pdf>

Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; Ley General de Víctimas; Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente; Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres; Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad; Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos; Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes; Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas; y Ley Nacional de Ejecución Penal.

De acuerdo con los artículos transitorios de la reforma en materia de derechos humanos de junio 10 del 2011, se estableció el término de un año a partir del día siguiente de la publicación de dicha reforma, lo cual significa que el 11 de junio de 2012 concluyó el término para que el Congreso de la Unión emitiera la correspondiente legislación reglamentaria para contribuir a que la citada reforma sea integral y totalmente funcional, tuvieron que pasar varios años después del vencimiento para que los senadores y diputados federales elaboraran, entre otras, la Ley para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos; Ley para la procedencia de asilo y refugio; Ley Reglamentaria del artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías; Ley Reglamentaria del artículo 33 en materia de derecho de audiencia, así como la Ley para la expulsión del territorio nacional de extranjeros considerados perniciosos.

Los derechos humanos para ser satisfechos y ejercitados requieren quehaceres efectivos de distinta naturaleza, pero lo que más se necesita es la voluntad política para que se promuevan las adecuaciones de carácter legislativo que se demandan, con el propósito de constituir una plataforma sólida que permita promover e iniciar una renovada filosofía en la manera de ejercitar el poder; en la proporción que el Estado mexicano enfoque sus tareas hacia los seres humanos y respete su dignidad, será

factible edificar una sociedad democrática en la que se valoran y respetan los derechos humanos.

De tal forma que como sabemos, la responsabilidad del cambio nos concierne a todos en los distintos ámbitos de acción que nos desenvolvemos, sin embargo, los que más compromiso tienen son aquellos que desempeñan actividades como representantes del poder público. De ahí que es importante que los integrantes del Congreso de Unión asuman su responsabilidad, estableciendo a la brevedad un itinerario de trabajo bien definido para lleven a cabo los procesos legislativos necesarios para la debida y oportuna emisión de todas y cada una de las leyes secundarias, que vengán a complementar de manera íntegra la multicitada reforma en materia de derechos humanos y así otorgar la certidumbre a la población de que este tema tan relevante logrará sus máximos alcances.

CAPÍTULO SEGUNDO EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DERECHO MEXICANO Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. Origen del principio de presunción de inocencia

De acuerdo con Luigi Ferrajoli, existen antecedentes del referido principio en el derecho romano, tomando en cuenta tres distintos orígenes: los escritos de Trajano: *Stitius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem dammare*, "Es mejor dejar impune un delito, que condenar a un inocente" (Ulpianus, 10 de *officio proconsulis*, D. 48.19.5); la máxima de Pablo (69 *ad edictum*): *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, "Le incumbe probar a quien afirma, no a quien niega" (D. 22.3.2.); los brocardos medievales: *affirmanti non neganti incumbit probatio* y *actore non probante reus absolvitur*, "Le incumbe probar a quien afirma, no a quien niega. Si el actor no prueba, el reo debe ser absuelto".⁶⁸

En cuanto a las máximas antes mencionadas, emitidas por los jurisconsultos de las épocas correspondientes, podemos decir que describen básicamente la manera en que el juzgador se debía conducir al momento de emitir una sentencia, el deber de las partes con respecto a la prueba y la repercusión que se presenta cuando no se efectúa la probanza por la parte actora. En relación a la máxima que reza: "Es mejor dejar impune un delito, que condenar a un inocente", esta no debía considerarse como un supuesto jurídico, sino más bien como un criterio de carácter ético encaminado a orientar la decisión del juzgador, ya que no podría suponerse como un derecho en favor del inculpado a que se le declarara inocente del delito que se le imputaba, debido a que la esencia de esta norma ética es orientar la tarea de resolver del juez, más no la creación de un derecho a la inocencia.

⁶⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. op. cit.*, p. 550 y nota de pie de página 12 en p. 625.

Por otra parte, en relación a las máximas: “Le incumbe probar a quien afirma, no a quien niega” y “Le incumbe probar a quien afirma, no a quien niega. Si el actor no prueba, el reo debe ser absuelto”, estas fueron incorporadas a los códigos legales, para establecer la carga de la prueba a quien asevera, con independencia de que si quien afirma es el demandante o el inculpado, entendiendo que la falta de acatamiento a este deber genera un resultado jurídico negativo en contra del actor, lo cual radica en que el imputado debe ser declarado inocente del delito que se le atribuyó y consecuentemente puesto en libertad, ya que si este no cumple con la mencionada obligación no le repercutirá jurídicamente de manera negativa.

Podemos observar que en los dos axiomas anteriores, existe igualdad de compromiso probatorio entre las partes, sin embargo, el resultado jurídico que obtiene el que no las cumple es distinto, por lo que se puede concluir que ambas partes tienen el mismo deber en cuanto a lo referente al proceso, pero distinto resultado en la sentencia, por lo que el juzgador tiene la obligación de vigilar el acatamiento de la misma y en caso de incumplimiento por el demandante: el reo debe ser absuelto.

Desafortunadamente, dicho principio se aplicó contrariamente por las acciones de carácter inquisitivo que fueron aplicadas durante la Baja Edad Media, aludiendo que en el proceso penal de la época cuando se presentaba la escasez de la prueba y esta dejaba permanente una sospecha de culpabilidad, correspondía a una semi-prueba, que implicaba un juicio de semi-culpabilidad y la semi-condena a una pena ligera.⁶⁹

Como sabemos en aquella época la manera de aplicar la justicia era de manera arbitraria, toda vez que existía un gobierno dominante concentrado en pocas personas, las cuales buscaban a toda costa conservarlo; por ello para proteger sus intereses la clase en el poder consentía pruebas ilícitas y la tortura como formas de conseguir la

⁶⁹ Cfr. *Ídem*.

confesión del inculpado, además que este carecía de garantías de defensa; por lo tanto, no se le tenía como sospechoso sino como responsable del delito que se le imputaba, por consiguiente se le daba trato de culpable y consecuentemente él tenía la carga de desvirtuar las pruebas en su contra para aclarar que era inocente. Así, en esta forma de juzgar se aplicaba de manera contraria el proverbio *actori incumbit probatio*, que significa "al actor le incumbe probar", no obstante, aunque el inculpado consiguiera establecer su inculpabilidad, de modo automático la autoridad le aplicaba la prisión preventiva para inhibir la voluntad del acusado.⁷⁰

Por otra parte, Montesquieu hizo un planteamiento de manera decidida, encaminado a proteger a los inocentes sin hacer distinción alguna, considerando la calidad que ostenta cualquier persona previamente a que se le dicte una sentencia condenatoria, premisa en que basó el vínculo entre independencia y seguridad del ciudadano, el cual establece: "La libertad política radica en la seguridad, o al menos en la idea que las personas tienen de ella, la cual es agredida principalmente por las acusaciones públicas o privadas. Por consecuencia, en la clemencia que tengan las leyes penales estriba esencialmente la libertad del ciudadano".⁷¹

Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, en su obra "Tratado de los Delitos y de las Penas", establece que la presunción de inocencia es un principio necesario, manifestando que: "un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del Juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida", en base a ello reclamó que

⁷⁰ Cfr. Lozano Guerrero, Fidel y otros. *La presunción de inocencia*. México: Editora Laguna, IJ-UNAM, 2012. p. 318. [En línea: 6 de noviembre del 2016]. Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3171/17.pdf>

⁷¹ Cfr. Montesquieu. *El Espíritu de las Leyes*. (Vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo). Tomo I, Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, 1906. p. 272. [En línea: 8 de noviembre del 2016]. Disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>

estuvieran apartados los lugares penitenciarios destinados a albergar a inculpados y condenados.⁷²

Lo anterior, implicó un auténtico baluarte de gran relevancia en la figura del citado principio, además, dicho autor planteó una transformación absoluta en el ramo penal, tanto sustantivo como adjetivo, pues consideraba que la cárcel preventiva equivale a la aplicación de una condena anticipada, por lo que demandó que para que dicha medida fuera procedente, la ley debería instituir suficientes indicios necesarios que constituyeran una certera posibilidad que avalara la intervención del presunto culpable de un delito.

El noble milanés, destinó una significativa porción de su tratado al principio en cuestión, refutando la detención de las personas sin la existencia de reglas que limiten al poder Estatal, así como uno de los precursores del movimiento humanitario y contrario a las perversidades del absolutismo, funda su teoría de acuerdo a la necesidad de imponer la pena, la intimidación a través del castigo y su ejecución en el delincuente; pero permitiendo a su vez, el acatamiento del debido proceso, otorgándosele valor al principio de legalidad, y con ello el respeto hacia la dignidad de la persona, encuadrado en un consenso plural en merced del bien común.

Es importante apuntar que los idealistas miembros de la corriente iluminista, tuvieron como una de sus principales características reconocer la posibilidad de inocencia del inculgado, siendo esta una de sus propuestas más notables dentro de sus doctrinas reformadoras en el ámbito de la jurisdicción penal, estableciendo con ello el sistema acusatorio por el inquisitivo, buscando garantizar la equidad entre las partes del proceso.

⁷² Cfr. Beccaria, Cesare. *Tratado de los Delitos y de la Penas*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015. p. 39.

La presunción de inocencia es la evolución del derecho penal, el origen formal de este principio se localiza en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, derivada de la Revolución Francesa de 1789, pues fue en tal documento en el que se plasmó de forma inicial a este principio como garantía en el proceso de alguna persona que tuviera atribuido cualquier delito, dicha Declaración en su artículo noveno sentenció: "presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley".⁷³

Así, esta Declaración se constituye como uno de los documentos jurídicos iniciales en cristalizar los ideales que pregonaba el liberalismo, con lo que la presunción de inocencia consigue consolidarse en el entorno jurídico hasta nuestros días, no solo como una ideología de un jurisconsulto, sino como una medida de acatamiento general intrínseca en un sistema jurídico.

No podemos expresar que en el desarrollo del derecho penal ha vivido un verdadero consentimiento en el propósito de tutelar la inocencia del imputado durante el proceso de su enjuiciamiento criminal. Manifestaciones de lo antes dicho, es posible localizarlas a fines del siglo diecinueve con el tratadista en derecho penal Rafael Garofalo,⁷⁴ quien apoyaba que en el procedimiento del juicio tenía que subsistir la presunción de culpabilidad, en tal virtud admitía que en los casos que se tratara de delitos graves se debía aplicar la prisión preventiva, no obstante que reconocía que no se debía sancionar al inculpado de manera anticipada, por la posibilidad de que este demostrara su inocencia.

⁷³ Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. CODHEM. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa el 26 de agosto de 1789. La cual fue aceptada por el Rey Luis XVI el 5 de octubre de 1789. p. 112. [En línea: 13 de noviembre del 2016]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>

⁷⁴ Cfr. Garofalo, Rafael. *La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*. (Traducción: Pedro Dorado Montero). Madrid: La España moderna, 1885. p. 243. [En línea: 15 de noviembre del 2016]. Disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2012/laCriminologia.pdf>

Asimismo, el criminalista italiano Enrique Ferri decía que la presunción de inocencia era ilógica; para acreditarlo señaló como ejemplo los delitos en flagrancia o bien, los casos de los delincuentes confesos corroboradas sus confesiones al vincularse con otros datos, también al estar ante un delincuente crónico.⁷⁵

En los años recientes, los países de América Latina –incluyendo México- de los cuales el origen de su derecho procede de la corriente romano-germánica, están llevando a cabo profundas reformas en sus sistemas de administración de justicia penal, con el objetivo de erradicar los procesos inquisitivos que han estado utilizando, para implementar sistemas de justicia penal de corte acusatorio, ello partiendo de un criterio de universalización de los derechos humanos. Empero, el recorrido del principio en cuestión para ser integrado expresamente en los sistemas jurídicos, ha sido dificultoso y prolongado.

Como es de nuestro conocimiento, la historia de nuestras Constituciones revela que la obtención gradual de derechos fundamentales por parte de los mexicanos no se ha llevado de manera apacible, se ha logrado mediante arduas batallas en las que se ha ido ganando espacio paulatinamente frente al imperioso poder que ostenta el Estado. De ahí que es posible cuestionarnos, si la persecución y condena de los delitos son atribuciones del Estado, entonces ¿Por qué los presuntos delincuentes tienen que acreditar que son inocentes ante al Estado, cuando es este el que inculpa? Si el Estado tiene las facultades de investigar, procesar, sentenciar y castigar, es a él a quien incumbe probar las conductas criminales; a las personas no les corresponde probar su inocencia. En ello consiste el eje rector de la presunción de inocencia.

⁷⁵ Cfr. Ferri. Enrique, citado por Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*, México: Cárdenas Editor, 1988. p. 245.

En México, la primera referencia jurídica del principio de inocencia la podemos localizar en el artículo treinta de la Constitución de Apatzingán de 1814 al establecer que: "Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado",⁷⁶ dicho numeral constituyó un significativo logro en materia de justicia dentro del contexto social que prevalecía en aquella época. Independientemente que la mencionada Constitución no aplicó en todo el país, lo relevante es haber consagrado dicho principio, con lo cual se manifestó el gran deseo de sus autores en proveer al sistema jurídico de nuestro país de este sobresaliente principio; no obstante, las siguientes Constituciones, incluyendo la de 1917, no consideraron tan importante derecho fundamental que textualmente fue incorporado por los legisladores que integraron el constituyente de Apatzingán.

En el año dos mil dos, con el propósito de renovar el ordenamiento jurídico de nuestro país, la Suprema Corte de Justicia de la Nación instituyó que la Constitución de 1917, concede su aprobación al principio de presunción de inocencia de forma expresa al llevar a cabo una exégesis integral y metódica de los preceptos constitucionales concernientes al principio acusatorio, debido proceso y defensa adecuada.⁷⁷ Con ello se está reconociendo a este principio en el sistema jurídico mexicano y otorgando a los imputados este resguardo frente a posibles actos de arbitrariedad de los representantes del poder público.

Debido a la incorporación de nuestro país, tanto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en los que se refiere de manera similar: "que toda persona inculpada de delito

⁷⁶ H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados. *Constitución de Apatzingán de 1814*. p. 49. [En línea: 23 de noviembre del 2016]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf

⁷⁷ Tesis P.XXXV/2002. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. T XVI, agosto de 2002. p. 14. [En línea: 26 de noviembre del 2016]. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/186/186185.pdf>

tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad", México tuvo el deber de acatar el compromiso de salvaguardar los derechos humanos establecidos en los referidos tratados internacionales, lo cual se vio reflejado mediante la iniciativa de reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública que el titular del Ejecutivo federal envió a la Cámara de Senadores en el año 2004, en la cual esbozó la jerarquía que tiene la presunción de inocencia para el Sistema Penal Acusatorio que habría de implementarse posteriormente en el Estado mexicano.

Derivado de lo anterior, se pronunciaron otras medidas que pretenden salvaguardar el derecho a la presunción de inocencia, las cuales dieron como resultado que se realizara una modificación estructural del sistema de justicia penal mexicano, otorgándose a este derecho fundamental pleno reconocimiento Constitucional, quedando plasmado actualmente en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Finalmente, en junio del año dos mil ocho se realizó la reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, con la cual se inició una transformación de la forma en que se ha venido suministrando justicia en materia penal. Esto es, un sistema inquisitivo el cual se identifica por estar dotado de un proceso sombrío y oculto en el que lo primordial que se busca es establecer la responsabilidad del inculcado ante un hecho delictivo, ya que como es de nuestro conocimiento, en dicho sistema las diligencias probatorias se efectúan fundamentalmente mediante libelos y de manera reservada, además que en la mayor parte de los procesos dichas tareas son llevadas a cabo por personal administrativo, el cual se caracteriza por plasmar una versión propia de las declaraciones de los involucrados, expresándolas de forma totalmente vaga y genérica, por todo ello, el imputado no tiene acceso a las pruebas de cargo y no está en condiciones de objetar verbalmente las probanzas en el instante que se producen y únicamente podrá hacer impugnaciones por escrito cuando se le permita conocer el acta del sumario correspondiente, por lo que una

sentencia fundada en pruebas alcanzadas de la manera descrita, no puede ser considerada como vinculante a partir de la óptica que rigen los principios de legalidad y de seguridad jurídica;⁷⁸ toda vez que se transitó de ese régimen a un nuevo sistema de derecho penal democrático de corte acusatorio y adversarial preponderantemente oral en el que los propósitos fundamentales son: esclarecer los hechos, conceder resguardo al inocente, encaminar esfuerzos para que el responsable no quede impune y que sean reparados los daños ocasionados por el delito, dando siempre garantía a la integridad de la víctima y el imputado.

El modelo acusatorio progresa en los países propios de regímenes liberales cuyas raíces pueden encontrarse en la Grecia democrática y la Roma republicana, donde la libertad y la dignidad del ciudadano ocupan un lugar preferente en la protección brindada por el ordenamiento jurídico que tienen un sistema democrático de gobierno, el cual se caracteriza por la independencia y separación de los poderes y seguridad en la equidad de posiciones de las partes, toda vez que mediante las garantías procesales se salvaguarda la mediación de los intervinientes del litigio criminal con el fin de construir una sentencia justa, de tal forma que dicho proceso pueda visualizarse como un dispositivo de interacción entre los participantes con posibilidad efectiva de influir en el resultado. De esta manera surgen fehacientemente los principios del juicio acusatorio, que son: la presunción de inocencia, el debido proceso, la inmediación, la contradicción, la concentración procesal y el juicio oral público y abierto basado en un sistema adversarial, de tal forma que el esclarecimiento de los hechos se integre mejor y más legítimamente, para que así el juzgador esté en posibilidad de emitir una sentencia justa.⁷⁹

El principio de presunción de inocencia, está íntimamente enlazada con el principio acusatorio y no debe considerarse únicamente como una regla de trato en

⁷⁸ Cfr. Horbitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal chileno Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. pp. 48 y 49.

⁷⁹ Cfr. *Idem*.

favor del imputado, sino que obliga al juez a preservar una actitud en el mismo sentido frente a las pruebas que se desahogarán durante el proceso. La sentencia condenatoria del imputado será procedente únicamente partiendo de la destrucción fundada de la presunción de inocencia, esto es, cuando las reglas de la sana crítica demuestren que sería incoherente no condenarlo. Consecuentemente es un principio fundamental que comunica todas las decisiones de las autoridades responsables de perseguir y de sancionar los delitos.⁸⁰ La teleología del principio de presunción de inocencia consiste esencialmente en el acatamiento, la salvaguardia y conservación del derecho a la inocencia. Cabe mencionar que la citada reforma Constitucional del 2008, agregó al citado principio por primera vez de forma expresa como un derecho del inculcado, toda vez que antes de dicha reforma nuestra Ley fundamental no la contenía en su normatividad.

El referido principio Constitucional, desafía tres diversas instituciones que fueron incorporadas paralelamente en la Carta Magna, las cuales son antagonistas de aquel, las cuales son: el arraigo por delitos de delincuencia organizada, la prisión preventiva de oficio por delitos graves y las medidas cautelares en libertad. Estas antinomias constitucionales han generado grandes polémicas en el ambiente jurista, tanto nacional como internacional, particularmente la primera de ellas, es decir, el arraigo.

Ahora bien, es obvio que no será fácil la faena de transitar de forma ágil del sistema de justicia penal inquisitivo al acusatorio, cuando la operación del primero en México proviene de tiempos antiguos trabajando dentro de la idiosincrasia de los mexicanos. Es necesaria la participación de la comunidad nacional, pero más aún la de la comunidad jurídica de manera propositiva durante su implementación y desarrollo con el fin de solventar los desvíos y problemas que se tienen que enfrentar, para así

⁸⁰ Cfr. Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública. Proceso Legislativo. 18 de junio de 2008. p. 54. [En línea: 27 de noviembre del 2016]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

lograr su consolidación de manera exitosa. Ya que de no actuar así, ni este nuevo sistema ni cualquier otro tendrán posibilidades de marchar positivamente si no se tiene la disposición de llevar a cabo el cambio de forma de hacer justicia que ha sido tan anhelado en nuestro país.

1.1. Marco jurídico de la presunción de inocencia en el derecho mexicano y en instrumentos internacionales de derechos humanos

En este apartado exploraremos diversos conceptos del principio de presunción de inocencia, abordando inicialmente los contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, luego en el Código Nacional de Procedimientos Penales y después en la jurisprudencia nacional; a continuación se revisan conceptos del citado principio, contenidos en las normatividades de los más importantes instrumentos internacionales, agregando a cada uno de ellos una reflexión del suscrito. Al final ofrezco un concepto personal acerca de la presunción de inocencia.

Inicialmente mencionaré lo que concierne al derecho mexicano, particularmente lo plasmado en la Constitución Federal, el Código Nacional de Procedimientos Penales y algunas tesis jurisprudenciales.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20, apartado B, fracción I. De los derechos de toda persona imputada, instauro que: "A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa".⁸¹ Es importante señalar que el derecho de presunción de inocencia de la persona imputada, se mantiene vigente hasta que se acredite de manera indubitable en el juicio su participación en los hechos punibles y por ello el juzgador dicte sentencia condenatoria definitiva. El Código Nacional de

⁸¹ H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. [En línea: 28 de noviembre del 2016]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

Procedimientos Penales⁸² en su artículo 13 consigna que: "Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código". Desafortunadamente el citado ordenamiento secundario contempla una clara trasgresión a los derechos humanos en su artículo 266, referente a "Actos de molestia" en el que autoriza a la autoridad a realizar un registro forzoso a las personas, lo que es contrario al derecho de respeto a la dignidad humana.

Enseguida incluyo varias tesis jurisprudenciales relativas a la presunción de inocencia, es decir, la manera en que los altos órganos jurisdiccionales de nuestro país establecen criterios sobre la forma en que debe interpretarse el citado principio constitucional.

Época: Novena
Registro: 186185
Instancia: Pleno
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XVI
Fecha: Agosto de 2002
Materia(s): Constitucional, Penal
Tesis: P. XXXV/2002
Página: 14

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 solo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de estos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente

⁸² H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados. *Código Nacional de Procedimientos Penales*. p. 78. [En línea: 3 de diciembre del 2016]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf

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 estos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, 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.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXV/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.⁸³

Como se puede apreciar, cuando se generó la tesis en comento, aun no se había plasmado de manera expresa en nuestra Constitución el principio de presunción de inocencia, ya que como se señala se tenía que hacer una interpretación armónica y sistemática de diversos artículos constitucionales, para concluir de manera implícita que la Carta Magna resguarda al principio en cuestión en todas y cada una de las etapas del proceso penal. Con lo que se deduce que el inculcado de un delito, no tendrá la carga de acreditar durante el proceso penal que él no cometió los hechos ilícitos que se le atribuyen, consecuentemente no está obligado a demostrar que es inocente, por otro lado, es a la parte acusadora representada por el fiscal a quien corresponderá la carga de la prueba, es decir, comprobar de manera incuestionable las pruebas contundentes que vinculen en forma veraz al acusado con el injusto que se le está señalando.

⁸³ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. [En línea: 6 de diciembre del 2016]. Disponible en: <http://ius.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/186/186185.pdf>

Época: Novena
Registro: 172433
Instancia: Segunda Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XXV
Fecha: Mayo de 2007
Materia(s): Constitucional, Penal
Tesis: 2a. XXXV/2007
Página: 1186

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. El principio de presunción de inocencia que en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de "no autor o no partícipe" en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia.

Amparo en revisión 89/2007. 21 de marzo de 2007. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Marat Paredes Montiel.⁸⁴

En esta tesis aislada queda de manifiesto, que el principio de presunción de inocencia trasciende a salvaguardar diversos derechos humanos, los cuales pueden resultar lesionados por el desempeño irregular de los representantes del poder público, por lo que no se debe interpretar que el alcance de este principio se circunscribe solo a los procesos en materia penal en los que se debe observar el debido proceso, sino que su cobertura abarca los asuntos fiscales, civiles, mercantiles, laborales, es decir, prácticamente todas las ramas del derecho en las que al emitirse algún pronunciamiento del juzgador con el que se puedan vulnerar los derechos subjetivos.

⁸⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. [En línea: 7 de diciembre del 2016]. Disponible en: <http://ius.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/172/172433.pdf>

Época: Décima
Registro: 2000124
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: 3
Libro: IV
Fecha: Enero de 2012
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. I/2012
Página: 2917

PRINCIPIO DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO ESTÁ CONSIGNADO EXPRESAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, A PARTIR DE LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado en diversos asuntos que el principio de presunción de inocencia es un derecho universal que se traduce en que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, lo que significa que la presunción de inocencia la conserva el inculpaado durante la secuela procesal hasta que se dicte sentencia definitiva con base en el material probatorio existente en los autos. Por otra parte, el Tribunal en Pleno sustentó la tesis aislada P. XXXV/2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, agosto de 2002, página 14, con el rubro: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.", en la que estableció que en la Ley Suprema, vigente en ese entonces, no estaba expresamente establecido el principio de presunción de inocencia, pero de la interpretación armónica y sistemática de sus artículos 14, segundo párrafo, 16, primer párrafo, 19, primer párrafo, 21, primer párrafo, y 102, apartado A, segundo párrafo, se advertía que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardaban implícitamente el diverso de presunción de inocencia. De ahí que el perfeccionamiento de la justicia penal en nuestro país ha incidido en que este principio se eleve expresamente a rango Constitucional a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, para quedar ahora contenido en el artículo 20, apartado B, denominado: "De los derechos de toda persona imputada", que en su fracción I, establece: "I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa". Amparo directo en revisión 2087/2011. 26 de octubre de 2011. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Jorge Antonio Medina Gaona.⁸⁵

Como puede observarse, como consecuencia de la reforma en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública de 2008, fue hasta entonces que los legisladores mexicanos incluyeron de manera expresa en nuestra Ley suprema el relevante principio de presunción de inocencia. Con lo que se pretende erradicar la práctica común que se ha venido realizando, en el sentido de que una vez que a determinada

⁸⁵ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. [En línea: 9 de diciembre del 2016]. Disponible en: <http://200.38.163.178/sjsfist/Documentos/Tesis/2000/2000124.pdf>

persona se le señala por la víctima de un delito como responsable de dicho acto antijurídico, en automático se le tenía como presunta culpable, recayéndole la obligación de acreditar fehacientemente su inocencia, ahora con este principio constitucionalizado es al Ministerio Público a quien le incumbe probar de forma indubitable que el acusado es realmente el responsable de los hechos que se le imputan.

Época: Décima
Registro: 2003692
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: 1
Libro: XX
Fecha: Mayo de 2013
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. CLXXVII/2013
Página: 563

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. INFLUENCIA DE SU VIOLACIÓN EN EL PROCESO PENAL. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que como regla de trato, el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que cualquier persona imputada por la comisión de una conducta tipificada como delito, sea tratada como inocente durante el trámite del procedimiento e, incluso, desde antes de que se inicie, pues puede ser el caso de que ciertas actuaciones de los órganos del Estado -sin limitarlos a quienes intervienen en la función jurisdiccional propiamente dicha- incidan negativamente en dicho tratamiento. En este sentido, la violación a esta faceta de la presunción de inocencia puede afectar de una forma grave los derechos relativos a la defensa del acusado, ya que puede alterar la evolución del proceso al introducir elementos de hecho que no se correspondan con la realidad y que, en el ánimo del tribunal, y sobre todo de las víctimas y de los posibles testigos, actúen después como pruebas de cargo en contra de los más elementales derechos de la defensa. Así, la presunción de inocencia como regla de trato, en sus vertientes procesal y extraprocesal, incide tanto en el proceder de las autoridades en su consideración a la condición de inocente de la persona, como con la respuesta que pueda provenir de las demás partes involucradas en el juicio. Particularmente, la violación a la regla de trato de la presunción de inocencia puede influir en un proceso judicial cuando la actuación indebida de la policía que pretenda manipular la realidad, tienda a referirse a: (i) la conducta, credibilidad, reputación o antecedentes penales de alguna de las partes, testigos o posibles testigos; (ii) la posibilidad de que se produjere una confesión, admisión de hechos, declaración previa del imputado o la negativa a declarar; (iii) el resultado de exámenes o análisis a los que hubiese sido sometido alguien involucrado en el proceso; (iv) cualquier opinión sobre la culpabilidad del detenido; y, (v) el hecho de que alguien hubiera identificado al detenido, entre muchas otras.

Amparo directo en revisión 517/2011. 23 de enero de 2013. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular y Jorge Mario Pardo Rebolledo; Arturo

Zaldívar Lelo de Larrea formuló voto concurrente. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Javier Mijangos y González y Beatriz J. Jaimes Ramos.⁸⁶

Esta tesis de jurisprudencia aislada indica que a la presunción de inocencia debe dársele un tratamiento indistinto en las diligencias que se lleven a cabo dentro del proceso penal, como también las que se realicen fuera de él, especialmente con el actuar de autoridades tanto ministeriales como policiales, las cuales intentan conducir engañosamente la realidad de los hechos en perjuicio del inculpado. Actos que con el ánimo de simular su efectividad en las actuaciones que han realizado en el caso correspondiente, llevan a cabo una serie de diligencias ilícitas, tales como aportar pruebas ilegítimas –documentos apócrifos, testigos falsos, “sembrar” droga y armas en el domicilio del inculpado, etcétera-, irregularidades con las que se afecta la aplicación del debido proceso y en consecuencia el derecho de presunción de inocencia en favor del acusado.

Época: Décima
Registro: 2006091
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: I
Libro: 5
Fecha: Abril de 2014
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a./J. 26/2014
Página: 476

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

⁸⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. [En línea: 14 de diciembre del 2016]. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2003/2003692.pdf>

el estándar de prueba, conforme a la cual se ordena absolver al imputado cuando no se satisfaga dicho estándar para condenar.

Amparo en revisión 349/2012. Clemente Luna Arriaga y otros. 26 de septiembre de 2012. Cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo en revisión 2756/2012. 17 de octubre de 2012. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo en revisión 123/2013. 29 de mayo de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Carmen Vergara López.

Amparo directo en revisión 1520/2013. 26 de junio de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo directo en revisión 1481/2013. 3 de julio de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Tesis de jurisprudencia 26/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diecinueve de marzo de dos mil catorce.

Esta tesis se publicó el viernes 4 de abril de 2014 a las 10:40 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 7 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.⁸⁷

En esta tesis de jurisprudencia se hace mención de que la presunción de inocencia es un derecho polisémico, ya que tiene diversas aplicaciones en el proceso criminal, en este caso puede ser como estándar de prueba para lo cual considera dos reglas: la que instaura los requisitos que debe tener la prueba de cargo para poder condenar y la que establece que cuando no se satisfaga el estándar de la prueba se deberá absolver al acusado. La primera de ellas, implica que para echar abajo la presunción de inocencia, la prueba presentada por el Ministerio Público tendrá que ser valorada por el juzgador tanto objetiva como racionalmente y que dicho raciocinio sea incorporado en la sentencia condenatoria que dicte. La segunda consiste en que si no

⁸⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. [En línea: 19 de diciembre del 2016]. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2006/2006091.pdf>

se cumple con el estándar probatorio antes descrito, el juez deberá dejar en absoluta libertad al inculgado.

Época: Décima
Registro: 2006092
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: I
Libro: 5
Fecha: Abril de 2014
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a./J. 24/2014
Página: 497

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL. La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de "poliédrico", en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de sus vertientes se manifiesta como "regla de trato procesal" o "regla de tratamiento" del imputado, en la medida en que este derecho establece la forma en la que debe tratarse a una persona que está sometida a proceso penal. En este sentido, la presunción de inocencia comporta el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria. Dicha manifestación de la presunción de inocencia ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena.

Amparo en revisión 349/2012. Clemente Luna Arriaga y otros. 26 de septiembre de 2012. Cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. Amparo directo en revisión 2756/2012. 17 de octubre de 2012. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo directo en revisión 1520/2013. 26 de junio de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo directo en revisión 1481/2013. 3 de julio de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Amparo en revisión 359/2013. 11 de septiembre de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.

Tesis de jurisprudencia 24/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diecinueve de marzo de dos mil catorce.⁸⁸

Esta tesis también tiene que ver con la diversidad de aplicación del derecho a la inocencia, es decir, ahora con la regla de tratamiento del inculpado cuando está sujeto a un juicio penal, con lo que se obliga al juzgador a no decretarle medidas equiparables a una pena anticipada. Esto quiere decir que el juez de la causa debe evitar al mayor extremo viable efectuar la semejanza de hecho entre probable responsable y responsable, de lo que se deduce que no le está permitido dictar cualquier pronunciamiento que esté equiparado con una sanción adelantada.

Época: Décima
Registro: 2006093
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: I
Libro: 5
Fecha: Abril de 2014
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a./J. 25/2014
Página: 478

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

Amparo en revisión 349/2012. Clemente Luna Arriaga y otros. 26 de septiembre de 2012. Cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. Amparo directo en revisión 2756/2012. 17 de octubre de 2012. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo en revisión 123/2013. 29 de mayo de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Carmen Vergara López.

⁸⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. [En línea: 20 de diciembre del 2016]. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2006/2006092.pdf>

Amparo directo en revisión 1520/2013. 26 de junio de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo directo en revisión 1481/2013. 3 de julio de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Tesis de jurisprudencia 25/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diecinueve de marzo de dos mil catorce.⁸⁹

De manera similar que las dos tesis anteriores, esta tesis hace alusión a la variedad de enfoques que se le puede dar a la presunción de inocencia, en esta ocasión estableciendo las cualidades necesarias de los medios de prueba y las personas idóneas que pueden aportarlos, para ser válidos como elementos en los que se respalda la factible responsabilidad del acusado y así poder desvirtuar legítimamente al principio de inocencia del que es acreedor todo probable responsable.

Época: Décima

Registro: 2006590

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: I

Libro: 7

Fecha: Junio de 2014

Materia(s): Constitucional

Tesis: P./J. 43/2014

Página: 41

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO ES APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, CON Matices O MODULACIONES. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada P. XXXV/2002, sostuvo que, 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 (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008), deriva implícitamente el principio de presunción de inocencia; el cual se contiene de modo expreso en los diversos artículos 8, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; de ahí que, al ser acordes dichos preceptos -porque tienden a especificar y a hacer efectiva la presunción de inocencia-, deben interpretarse de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados la interpretación más favorable que permita una mejor impartición de justicia de conformidad con el numeral

⁸⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. [En línea: 21 de diciembre del 2016]. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2006/2006093.pdf>

1o. constitucional. Ahora bien, uno de los principios rectores del derecho, que debe ser aplicable en todos los procedimientos de cuyo resultado pudiera derivar alguna pena o sanción como resultado de la facultad punitiva del Estado, es el de presunción de inocencia como derecho fundamental de toda persona, aplicable y reconocible a quienes pudiesen estar sometidos a un procedimiento administrativo sancionador y, en consecuencia, soportar el poder correctivo del Estado, a través de autoridad competente. En ese sentido, el principio de presunción de inocencia es aplicable al procedimiento administrativo sancionador -con matices o modulaciones, según el caso debido a su naturaleza gravosa, por la calidad de inocente de la persona que debe reconocérsele en todo procedimiento de cuyo resultado pudiera surgir una pena o sanción cuya consecuencia procesal, entre otras, es desplazar la carga de la prueba a la autoridad, en atención al derecho al debido proceso.

Contradicción de tesis 200/2013. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 28 de enero de 2014. Mayoría de nueve votos de los Ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza; votaron en contra: Luis María Aguilar Morales y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Octavio Joel Flores Díaz.

Tesis y/o criterios contendientes:

Tesis 1a. XCIII/2013 (10a.), de rubro: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. LA APLICACIÓN DE ESTE DERECHO A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES DEBE REALIZARSE CON LAS MODULACIONES NECESARIAS PARA SER COMPATIBLE CON EL CONTEXTO AL QUE SE PRETENDE APLICAR.", aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, Tomo 1, abril de 2013, página 968,

Tesis 1a. XCVII/2013 (10a.), de rubro: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL ARTÍCULO 61 DE LA LEY DE FISCALIZACIÓN SUPERIOR DEL ESTADO DE MORELOS, NO VULNERA ESTE DERECHO EN SUS VERTIENTES DE REGLA DE TRATAMIENTO, REGLA PROBATORIA Y ESTÁNDAR DE PRUEBA.", aprobada por la Primera Sala de la 2006590. P./J. 43/2014 (10a.). Pleno. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 7, Junio de 2014, Pág. 41. -1- Suprema Corte de Justicia de la Nación, y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, Tomo 1, abril de 2013, página 967,

Tesis 2a. XC/2012 (10a.), de rubro: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. CONSTITUYE UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL APLICABLE EXCLUSIVAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.", aprobada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, Tomo 2, enero de 2013, página 1687, y

Tesis 2a. XCI/2012 (10a.), de rubro: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. NO ES UN PRINCIPIO APLICABLE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.", aprobada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, Tomo 2, enero de 2013, página 1688.

El Tribunal Pleno, el veintiséis de mayo en curso, aprobó, con el número 43/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de mayo de dos mil catorce.

Nota: La tesis aislada P. XXXV/2002 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, agosto de 2002, página 14, con el rubro: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL."

Esta tesis se publicó el viernes 6 de junio de 2014 a las 12:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 9 de

junio de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.⁹⁰

De acuerdo a lo establecido en esta tesis, el órgano jurisdiccional apreció que la presunción de inocencia concuerda con el derecho administrativo sancionador y que en este derecho como en el entorno penal dicho principio tiene similar eficacia, pero que su transferencia al ámbito administrativo deberá efectuarse con las adecuaciones correspondientes para que sea acorde a la aplicación que se busca darle, por otra parte sirve como una muestra de que dicho principio de inocencia está presente en cualquier procedimiento legal.

A continuación menciono diversos instrumentos internacionales de gran relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en los que se contiene en su normatividad el concepto de presunción de inocencia.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en la fracción 1 del artículo 11 establece que: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".⁹¹ Con esto quiere decirse, que el inculpado no tiene la obligación de acreditar su inocencia, sino que es el ofensor quien tiene la carga de la prueba y que esta debe ser de manera fehaciente, observándose en todo caso el principio de estricta legalidad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2 instituye que: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".⁹² Partiendo de la premisa que

⁹⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. [En línea: 21 de diciembre del 2016]. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2006/2006590.pdf>

⁹¹ Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. [En línea: 4 de enero del 2017]. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁹² Tratados Multilaterales. Departamento de Derecho Internacional. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. [En línea: 7 de enero del 2017]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

toda persona tiene la condición de inocente, no podrá ser considerada como responsable de la comisión de un delito, si para ello se ofrece prueba imperfecta de su participación en el hecho que se le pretende acreditar.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, implanta en la fracción 2 del artículo 14 que: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".⁹³ Cualquier persona que sea acusada por un hecho delictivo posee la prerrogativa de presunción de inocencia, asimismo, que la tramitación de su proceso judicial sea llevado por un juzgador totalmente imparcial.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional discurre en su artículo 66 a la presunción de inocencia de la forma siguiente:

1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable.
2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.
3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.⁹⁴

Este organismo se caracteriza por poseer un auténtico sistema de justicia penal mundial, con juzgadores absolutamente imparciales y altamente calificados para llevar a cabo los juicios de presuntos criminales, garantizándoles la aplicación del debido proceso y el reconocimiento de una vasta gama de los derechos del imputado contenidos en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

⁹³ Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. [En línea: 8 de enero del 2017]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

⁹⁴ Secretaría de Relaciones Exteriores del gobierno de México. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. p. 28. [En línea: 10 de enero del 2017]. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/CPI.pdf>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que: "este principio constituye un fundamento de las garantías judiciales que involucra que el inculpado no tiene la obligación de probar que no ha sido el responsable de la comisión del delito que se le imputa, toda vez que el *onus probandi* –carga de la prueba- incumbe a la parte acusadora, y además demanda que nadie puede ser condenado en tanto no conste prueba indiscutible de su responsabilidad penal".⁹⁵ Con lo que queda claro que la inocencia no se tiene que probar por parte del inculpado, sino que es la autoridad por conducto del Ministerio Público y con probanza fidedigna, el que debe acreditar la responsabilidad del acusado.

En lo que respecta a mi propuesta del concepto de presunción de inocencia es el siguiente: "es la condición innata de toda persona a ser considerada inocente hasta que se demuestre lo contrario, la cual solo puede serle invalidada mediante una sentencia condenatoria definitiva, dictada por un tribunal legalmente constituido, una vez cumplidas las respectivas normas procesales y con estricto respeto a todos los derechos humanos".

1.2. Distintas visiones para explicar la presunción de inocencia en países de América y de Europa

Para plantear diversos puntos de vista acerca del principio en comento, haré referencia al derecho comparado considerando lo que al respecto señalan las Constituciones de diversos países del continente americano, así como lo que contienen las cartas magnas de otras naciones del continente europeo, en particular el documento que la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea instituyó referente a las normas mínimas comunes acerca de determinados aspectos de la

⁹⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, supra nota 9, párr. 154, y Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, supra nota 9, párr. 183. [En línea: 11 de enero del 2017]. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf

presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el juicio durante el proceso penal.

1.2.1. La presunción de inocencia en Constituciones de países del continente americano

Es importante comentar que el grupo de países que seleccioné del continente americano, obedece a que prácticamente todos ellos coinciden en que sus sistemas de justicia penal son acusatorios, de hecho todos los que se mencionan implementaron el citado sistema antes que nuestro país lo hiciera, de tal forma que para la implementación en México, previamente el Estado mexicano comisionó a diversas personas para que acudieran a varios de esos países –especialmente a Chile- para observar su funcionamiento, así como para recibir capacitación especializada.

En el país de Guatemala su Constitución Política en el artículo 14 instituye: "Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada. El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata".⁹⁶ Este numeral Constitucional guatemalteco, concede expresamente en su primera parte el derecho a la presunción de inocencia durante el desarrollo del proceso en el que se conozca la denuncia contra aquellas personas a las cuales se incrimine por su presunta participación en algún delito, lo que solo podrá ser destruido cuando se tenga una sentencia condenatoria definitiva, además que incluye en la segunda parte de la citada norma Constitucional el principio de publicidad, mediante el que los asesores legales de las partes en el juicio, tienen la

⁹⁶ Organización de Estados Americanos, Textos Constitucionales. *Constitución Política de la República de Guatemala*. [En línea: 15 de enero del 2017]. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf

prerrogativa de libre acceso a todas las actuaciones que se desahoguen con motivo del proceso penal.

La Constitución Política de Chile en el párrafo sexto del inciso tercero del artículo 19 establece que: "La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal." Asimismo, el párrafo segundo del artículo 5 señala: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".⁹⁷ Lo que significa que el Estado no debe hacer uso de la presunción de culpabilidad, ya que conforme lo establece el derecho a la presunción de inocencia, a nadie se le debe tener por culpable sino hasta que una sentencia inmóvil así lo exprese, por lo tanto se atribuye la obligación de respetar el estatus de inocente del que la persona ostenta. Con independencia de que el referido principio básico no se encuentra contenido de manera expresa en el pacto social de este país, es considerado como un derecho vigente de rango Constitucional en virtud de lo señalado en el párrafo segundo del quinto numeral antes aludido, en el que se incluyen a los tratados internacionales y como consecuencia de ello al referido derecho a la inocencia, que desde luego está contenido en dichos instrumentos universales.

El país de Colombia en la primera parte del párrafo cuarto del artículo 29 de su Constitución instituye que: "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable".⁹⁸ De lo anterior se desprende que al no haberse pronunciado una sentencia condenatoria definitiva en contra de alguna persona, en ningún momento podrá ser catalogada en calidad de criminal. Asimismo, los

⁹⁷ Leyes y Códigos de Chile. *Constitución Política de Chile*. [En línea: 17 de enero del 2017]. Disponible en: http://leyes-cl.com/constitucion_politica_de_chile/19.htm

⁹⁸ Congreso de la República de Colombia, Secretaría General del Senado. *Constitución Política de Colombia*. [En línea: 19 de enero del 2017]. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

ciudadanos, los medios de difusión informativa y los representantes del poder público, incluyendo desde luego al fiscal y al juzgador, están obligados a conducir sus diligencias en relación a la persona sujeta a investigación o procesamiento asumiendo en todo instante que dicha persona es aún inocente, de esta forma, la presunción de inocencia evita que se le designe delincuente o sea calificado como responsable de un delito a alguien que no ha sido condenado por un tribunal legalmente instituido.

En la Constitución Política del Perú, el principio de presunción de inocencia se localiza en el artículo 24 que inicialmente establece: "Toda persona tiene derecho a la libertad", luego el segundo inciso letra e del mencionado numeral indica: "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".⁹⁹ Como se puede apreciar esta Constitución ubica al principio de inocencia dentro del derecho a la libertad como un derecho subjetivo público, mismo que puede acotarse y hasta perderse por la intervención de un tribunal de carácter penal que no lo acate, además este país se encuentra vinculado a dicho principio en virtud de los tratados internacionales en los que es parte y por lo cual está obligado a respetarlo.

En Perú el derecho a la presunción de inocencia ya estaba considerado expresamente en su Constitución desde 1979, siendo idéntico el texto de entonces al de la vigente que data de 1993.¹⁰⁰ Como se puede apreciar por razón de fechas, en México se agregó a la Carta Magna el referido principio casi treinta años después que se hizo lo correspondiente en el país sudamericano, el cual como ya se mencionó, por ser participante de diversos tratados internacionales de derechos humanos tiene el deber de cumplir a cabalidad lo que en ellos se estipula en relación al respeto de la condición de inocencia que tiene toda persona, hasta en tanto no sea declarada

⁹⁹ Congreso Constituyente Democrático de Perú. *Constitución Política del Perú*. [En línea: 20 de enero del 2017]. Disponible en: <http://www.deperu.com/archivos/const-1993.pdf>

¹⁰⁰ Cfr. Benavente Chorres, Hésbert. *El derecho Constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales*. Chile: Centro de estudios constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2009. p. 68. [En línea: 21 de enero del 2017]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n1/art03.pdf>

responsable de algún acto antijurídico, previo juicio en el que se hayan respetado las formalidades del debido proceso, así como todos los derechos humanos.

Respecto a la Constitución Nacional de Paraguay, en lo que atañe al tema en comento, en su artículo 17 estipula: "De los derechos procesales" establece que: "En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 1. Que sea presumida su inocencia".¹⁰¹ En este caso se observa que se instala en primera posición el derecho de inocencia de toda persona que esté sujeta a cualquier proceso indistintamente de la naturaleza de este, asimismo, menciona dicho numeral Constitucional en diversos incisos derechos procesales, que esencialmente tienen que ver con las reglas del debido proceso, deduciéndose que para perder la prerrogativa de inocente, se debe confirmar la responsabilidad penal del individuo en un proceso imparcial en el que se respeten los derechos humanos que enumera dicho artículo.

La Constitución de la República Federativa de Brasil en el Título II De los derechos y garantías fundamentales, Capítulo I De los derechos y deberes individuales, artículo 5.56 establece que: "Nadie será considerado culpable hasta la firmeza de la sentencia penal condenatoria". Derivado de dicha disposición Constitucional, no está permitido que la identificación así como la imagen de toda persona sujeta a un proceso penal sea publicada por las autoridades del poder público, ya que debe prevalecer el estado de inocencia durante toda la trayectoria del juicio, hasta que se dicte una sentencia en la que se determine la culpabilidad del acusado y cuya resolución sea definitiva. Por lo tanto, los distintos órganos del Estado deben salvaguardar el derecho a la presunción de inocencia como garantía judicial Constitucional.

¹⁰¹ Organización de Estados Americanos, Textos Constitucionales. *Constitución Nacional de Paraguay*. [En línea: 22 de enero del 2017]. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm

En lo que respecta a los Estados Unidos de América, su Constitución no contiene expresamente al principio de presunción de inocencia; no obstante en la enmienda V de dicha Constitución se reconoce el derecho a todo ciudadano al *due process of law* que significa "Nadie puede ser condenado si la acusación no ha probado su culpabilidad más allá de cualquier duda razonable"¹⁰²; o en su caso la transacción de aceptar la culpa en el delito que se le imputa al acusado, sin embargo, dichos principios están amparados mediante la actuación de los juzgadores del fuero común y del fuero federal, quienes tienen el deber de acatar la Constitución Federal al grado que están obligados a no utilizar leyes que la contraríen, es lo que se conoce como control difuso constitucional. De tal forma, que corresponde al Estado por conducto del fiscal efectuar la imputación al acusado -el cual tiene el derecho a que se le presuma inocente-, para después demostrar la responsabilidad del inculpado mediante pruebas legítimas y la aplicación del debido proceso. Ahora bien, el principio de más allá de toda duda razonable involucra el deber del fiscal de acreditar los componentes del hecho punible, sin que sea la defensa la que absorba la carga de la prueba.

Asimismo, podemos identificar que en el sistema penal norteamericano está permitido que se efectúe el pacto entre el Estado por medio del fiscal y el imputado por conducto de su defensor, ya que está autorizado por la ley llevar a cabo un convenio -*plea bargaining*- lo que conocemos como principio de oportunidad, en el que el inculpado acepta su responsabilidad y por ello se le concede una disminución del cargo que se le señala y a su vez, el Estado economiza en tiempo y recursos.¹⁰³ Por lo anterior, se puede concluir que es indudable que en este sistema se comprueba el alto grado de seguridad y confianza que el Estado tiene hacia las partes que participan en el juicio, ya que les otorga tanto al fiscal como a la defensa la facultad plena de

¹⁰² Colombo Campbell, Juan. *Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de inocencia*. Anuario de derecho Constitucional latinoamericano. México: IJ-UNAM, 2007. p. 353. [En línea: 24 de enero del 2017]. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.1/pr/pr18.pdf>

¹⁰³ Cfr. Guía sobre los procesos penales en Estados Unidos. Estados Unidos de América: Organización of American States, 2007. [En línea: 25 de enero del 2017]. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/usa/sp_usa-int-desc-guide.pdf

negociar la culpabilidad del imputado, desde luego, el juez se mantiene como el salvaguarda del acatamiento de los derechos del acusado, particularmente del derecho a la presunción de inocencia.

No obstante que la Constitución de la Nación Argentina en su articulado no contiene textualmente el principio de presunción de inocencia, en su artículo dieciocho menciona que: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso"¹⁰⁴ Este dispositivo Constitucional argentino se refiere fundamentalmente al debido proceso, el cual es una garantía de rango Constitucional destinada a resguardar la seguridad jurídica de las personas, esto es, radica en la necesidad de que el juicio que se le siga a un inculcado deberá desarrollarse de conformidad a las reglas procesales legales, cuya existencia de la ley que las fundamenta debe ser previa al acontecimiento de los hechos que motivan dicho proceso, es decir, con ello se busca proteger los principios de presunción de inocencia y de legalidad procesal de la persona que haya sido señalada como probable responsable de algún ilícito.

En lo referente a la República Oriental de Uruguay, el artículo 12 del Capítulo I de la Sección II de su Constitución, estipula que: "Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal".¹⁰⁵ Con lo descrito en el referido numeral, se establece el criterio de aplicación del debido proceso, el cual como lo menciona Korzeniak no es fácil establecer su significado completamente, para tratar de hacerlo, este autor señala sus cualidades principales: dicho proceso debe seguirse conforme a las reglas legalmente establecidas; solo puede haber pena una vez sustanciado el proceso y dictada la sentencia condenatoria; tanto el delito como la pena deben estar contenidos en la ley previamente a los hechos que se juzgan; los jueces deben ser

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Biblioteca de la Nación. *Constitución de la Nación Argentina*. [En línea: 27 de enero del 2017]. Disponible en: <http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf>

¹⁰⁵ Congreso Nacional de la República Oriental de Uruguay. *Constitución de la República Oriental de Uruguay*. [En línea: 28 de enero del 2017]. Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Uruguay/Leyes/constitucion.pdf>

imparciales, responsables e independientes; debe haber trato igualitario a las partes; el inculpado tiene los derechos de aportar las pruebas a su conveniencia y a defenderse por medio de un abogado capaz.¹⁰⁶ Se puede discernir, que aunque el derecho a la inocencia no esté contenido de manera expresa en la Constitución del país uruguayo, al consagrarse en dicha norma fundamental que para sancionar a un acusado es imprescindible dictar una sentencia condenatoria definitiva en su contra, lo cual debe ser consecuencia de un juicio previo en el que se hayan respetado todas las reglas procesales judiciales, con lo que queda de manifiesto que el debido proceso es emblemático del derecho a la presunción de inocencia al cual tienen acceso todas las personas.

Se concluye que en la mayoría de las Constituciones de los países latinoamericanos se contiene de manera expresa el principio de presunción de inocencia; aunque al respecto se observan algunas cartas magnas que no tienen la redacción literal, sino de manera implícita, es decir, se puede deducir la existencia de dicho principio a través de la interpretación que se haga de algunos numerales que se localizan dentro de ellas.

1.2.2. La presunción de inocencia en Constituciones del continente europeo

La Constitución de España en su artículo 24.2 establece: "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables

¹⁰⁶ Cfr. Korzeniak, José, citado por: Risso Ferrand, Martín. *El debido proceso en la Constitución uruguaya*. Anuario de derecho Constitucional latinoamericano. México: IJ-UNAM, 2011. p. 126. [En línea: 29 de enero del 2017]. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3956/3475>

y a la presunción de inocencia.”¹⁰⁷ Este numeral establece que toda persona tiene la prerrogativa de ser juzgada por un juez legítimamente establecido, a ser defendida por un abogado instruido, a saber el delito que se le está imputando, a un juicio pronto y expedito, a que se le respeten sus derechos y el debido proceso, a no declarar en su contra ni declararse culpable y al derecho de presunción de inocencia. Así, el principio de presunción de inocencia está sustentado por todas y cada una de las disposiciones y garantías que regulan al proceso penal y lo conforman como un proceso imparcial, de tal forma que la persona tiene el derecho a que se le tenga por no responsable de sucesos de naturaleza punitiva, y por ello a que no se le apliquen las medidas jurídicas restrictivas de sus derechos hasta que su participación ilícita sea probada de manera fidedigna.

La Constitución de Italia en su artículo 27 instituye: “El imputado no será considerado culpable hasta que recaiga sentencia condenatoria firme.”¹⁰⁸ Como se puede observar en esta Constitución no se establece de manera expresa el derecho a la presunción de inocencia, lo cual se puede deducir en el sentido de que en tanto no se le dicte sentencia condenatoria al acusado, este deberá ser considerado inocente. Toda vez que al imputado se le presume inocente hasta que se le dicte sentencia condenatoria, indudablemente el principio de inocencia también deberá reflejarse en las normas de repartición de la carga probatoria, generando un traslado de dicha carga a quien acusa. Se puede decir que este derecho consiste en que el inculcado no tiene el deber de acreditar la legalidad de su actuar, cuando ha sido señalado como responsable de haber cometido un delito. Resulta pues, que recae en la parte acusadora, y no en el inculcado la producción de la diligencia demostrativa de la probanza del cargo que se requiere para destruir la presunción de inocencia.

¹⁰⁷ Fundación Acción Pro Derechos Humanos, Derechos Humanos. Net. *Constitución de España, artículo 24.2.* [En línea: 30 de enero del 2017]. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/constitucion/articulo24CE.htm>

¹⁰⁸ Constitución de la República de Italia de 21 de diciembre de 1947. *Constitución de Italia.* [En línea: 31 de enero del 2017]. Disponible en: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/ci1947.html>

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania se basa en diversos principios fundamentales, uno de ellos es "El principio del Estado de derecho" que a su vez contiene como primer principio a la presunción de inocencia, el cual exige se acrediten el delito y la culpabilidad del acusado, suponiendo la inocencia de este hasta la comprobación legal de su culpa. Prohibiéndose se le apliquen medidas sin la aludida comprobación que equivalgan a una pena anticipada y sea tratado como culpable.¹⁰⁹ Por otra parte, la Constitución alemana insta en su artículo 1.2 que: "El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo."¹¹⁰ Con lo que se razona de manera implícita que el Estado alemán reconoce plenamente el principio de presunción de inocencia, contenido en múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales forma parte y por ello está obligado a respetar en todo momento el derecho a la inocencia que tiene toda persona, hasta en tanto no se determine su culpabilidad en un juicio seguido conforme a las normas jurídicas y protegiendo en todo momento los derechos fundamentales del acusado.

Es interesante revisar algunos de los acuerdos a que llegaron la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea el 9 de marzo del año en curso -2016-, para reforzar en el proceso penal determinados aspectos, particularmente del tema de la presunción de inocencia. Antes de hacer el análisis anunciado, debo decir que la Unión Europea no había tenido tantos países como los que ahora la integran, ya que cuando se inició la cooperación económica europea en 1951, los únicos países participantes eran Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos;

¹⁰⁹ Cfr. Haas, Evelyn. *Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán*. México: IJ-UNAM, 2005. p. 1012 [En línea: 2 de febrero del 2017]. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr18.pdf>

¹¹⁰ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. p. 18. [En línea: 4 de febrero del 2017]. Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

a esta fecha la Unión Europea está conformada por veintiocho países, que son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania y Suecia.

Relativo al estudio en cuestión, primeramente haré un resumen acerca del documento final que contiene las normas mínimas comunes acerca de determinados aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el juicio durante el proceso penal, aunque como lo mencioné antes, solo tomaré en cuenta lo referente a la presunción de inocencia. La Directiva refiere en el capítulo segundo, denominado Presunción de Inocencia lo siguiente: los Estados miembros deben garantizar que se presume la inocencia de los sospechosos o acusados y para no vulnerar ese derecho, cuando haya declaraciones de las autoridades públicas a los medios de comunicación, no se referirán de un sospechoso o acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley.

El derecho a guardar silencio, así como a no declarar contra sí mismo son aspectos importantes de la presunción de inocencia y deben servir como protección frente a la autoinculpación, lo que implica que las autoridades competentes no deben obligar a los sospechosos o acusados a facilitar información si estos no desean hacerlo. Toda vez que la Directiva establece normas mínimas, los Estados miembros deben poder ampliar los derechos por ella instaurados para proveer un mayor grado de protección. Referente a la vigencia del citado documento, este establece que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para darle cumplimiento a más tardar el 1 de abril de 2018.¹¹¹

¹¹¹ Cfr. *Diario Oficial de la Unión Europea*. Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea. Estrasburgo: 2016. [En línea: 6 de febrero del 2017]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>

De lo anterior se puede inferir que el propósito de la Directiva consiste en optimizar el derecho a un juicio imparcial y objetivo tratándose de procesos penales, instaurando normas inherentes al principio de presunción de inocencia y el derecho a que el acusado esté presente en el proceso que se le siga. Así, la Directiva lo integrará al marco legal previsto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, fortaleciendo la confianza recíproca entre los órganos jurisdiccionales y sus Estados miembros, en las resoluciones dictadas en asuntos de carácter penal. Por último, los Estados miembros cuentan con un lapso de dos años a partir de la publicación que se hizo del documento en el Diario Oficial de la Unión Europea para proveer las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas suficientes para su eficaz acatamiento.

Como se observa, en la actualidad las legislaciones internacionales y de manera generalizada los sistemas jurídicos de los Estados considerados de avanzada a nivel mundial, vistos a través de una perspectiva de democracia y acatamiento a los derechos humanos, tales como los países de la Unión Europea y los Estados Unidos de América, de manera sistemática contienen en sus Constituciones y de manera generalizada en sus leyes ordinarias el principio de presunción de inocencia, concediéndole una particular jerarquía a su observancia y aplicación, al grado que aquellas autoridades que no respeten a este principio en su actuar, tendrán que indemnizar al afectado y además se pueden hacer acreedores a sanciones por parte del Estado.

Así, este deber de respetar el derecho a la presunción de inocencia, está dirigido especialmente a los operadores que directa o indirectamente intervienen en un juicio penal, en el cual debido a las expresiones que utilicen, estas tengan matices que puedan propiciar que la sociedad tenga la apreciación de culpabilidad sobre la persona que está siendo procesada. Por lo tanto, es ineludible que tales operadores deberán

prescindir del uso de cualquier tipo de terminología que en un momento dado pueda ser entendida como sinónimo de culpabilidad.

2. La presunción de inocencia versus la prisión preventiva

Respecto a la prisión preventiva en el sistema acusatorio y adversarial de nuestro país, diremos que una de las resoluciones dictadas por el juez de control la cual es esencial del citado sistema penal, consiste en el auto de vinculación a proceso, el cual está contenido en el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales¹¹² en concordancia con el artículo 19 de nuestra Constitución,¹¹³ ya que en ambos numerales se establece que el Ministerio Público podrá solicitar al juez de control que decrete la aplicación de la prisión preventiva o el resguardo domiciliario al imputado, cuando otras medidas cautelares sean insuficientes para garantizar su comparecencia al juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, asimismo, tales artículos estipulan que una vez que se pronuncie el auto de vinculación a proceso, será procedente declarar la prisión preventiva de manera oficiosa en los asuntos relacionados a delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos perpetrados de forma violenta con el uso de armas y/o explosivos, igualmente los delitos graves en contra de la seguridad de la nación que establezca la ley, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Lo anterior implica que aquellas personas a las que se les acuse por cualquiera de los delitos mencionados, por regla general habrán de quedarse en prisión preventiva, la cual de conformidad con el numeral 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales no podrá exceder de dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.

¹¹² Código Nacional de Procedimientos Penales...*op. cit.* p. 51.

¹¹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...*op. cit.* p. 20.

De esta manera se vislumbra un régimen excepcional para la prisión preventiva tratando de dar cumplimiento a una de las principales cualidades que tiene el sistema acusatorio, la cual consiste en el derecho a la presunción de inocencia. Se distingue que el sistema contempla la referida medida cautelar, sin embargo, lo esboza como una medida que deberá ser utilizada de manera excepcional, de lo cual se deduce que se modifican los criterios regulatorios de las condiciones determinadas en que sea justificable su aplicación. Como ya se señaló, una particularidad substancial es que la Norma suprema enumera un listado de los delitos graves en los cuales la prisión preventiva debe suponerse ineludible, lo que involucra una resolución de carácter político-criminológica que supone su justificación. Debemos señalar, que el artículo 19 Constitucional instituye que la prisión preventiva deberá considerarse como la última alternativa, y únicamente como medida cautelar que esté justificada razonablemente en la solicitud hecha por parte del fiscal al juez de control.

Cabe mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, enfatizó:

Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha

sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.¹¹⁴

No obstante lo anterior, gran cantidad de juristas latinoamericanos han demostrado la aplicación excesiva y errónea de la prisión preventiva en prácticamente todos los países de latinoamérica, partiendo básicamente de tres motivos: 1) la prisión preventiva es la acción más extrema para ser utilizada en un indiciado, existen otras medidas cautelares como la garantía económica, la portación de un brazalete electrónico, la presencia periódica ante el juez y otras análogas; las cuales no dejan secuelas imborrables como la prisión preventiva; 2) si lo que se busca es mejorar la justicia y la seguridad, tiene la misma relevancia el llevar a los culpables a la cárcel como el de no tener inocentes prisioneros, evidentemente que la prisión preventiva propicia mandar a la cárcel a muchos probables inocentes, violando con ello el derecho a la presunción de inocencia de las personas; y 3) es importante tener en cuenta que la cantidad de personas sometidas a prisión preventiva en una nación, es un parámetro esencial de medición del funcionamiento de su sistema de justicia penal. De aquí se puede deducir que entre menos personas estén en prisión preventiva en un país, se puede decir que su sistema está operando adecuadamente, en sentido contrario será la conclusión de aquellos países en los que hay gran cantidad de presuntos inocentes en prisión preventiva.¹¹⁵

Es trascendental aludir que según la jurisprudencia interamericana, la gravedad del delito, no debe ser justificación bastante para aplicar la prisión preventiva como regla general, privando del derecho a la presunción de inocencia y a la libertad a todo

¹¹⁴ Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C, No. 35, párr. 77. p. 23. [En línea: 9 de febrero del 2017]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

¹¹⁵ Cfr. Gómez Pérez, Mara. *La prisión preventiva en el nuevo código nacional de procedimientos penales*. México: IJ-UNAM, 2015. pp. 257, 258. [En línea: 10 febrero del 2017]. Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/9/4032/22.pdf>

aquel que se señale como presunto responsable de haber cometido un delito de alto impacto.

La Corte Constitucional de Colombia ha declarado que la detención preventiva debe en toda ocasión partir del hecho de que es una medida cautelar, esto decir, que siempre para analizar esta figura, se debe tener como premisa que su objetivo debe consistir que sea posible aplicar la sentencia, en caso de que llegue a ser condenatoria. Continúa la Corte indicando que, por estos motivos, lo que hace compatible la detención preventiva con la presunción de inocencia, es precisamente su carácter cautelar y excepcional. En conclusión, la Corte condiciona la constitucionalidad de las normas legales que regulan la detención preventiva, a que se apliquen en cumplimiento de uno de estos tres fines:

- Asegurar la comparecencia del indiciado (es decir, para aplicarla debe probarse que hay motivos fundados para suponer que no comparecerá);
- Asegurar la integridad de las pruebas (es decir, en este caso deben demostrarse motivos fundados para afirmar que la libertad pone en peligro la prueba); o
- Asegurar la integridad de la comunidad, en el sentido de impedir (a través de la medida) la reincidencia del sindicado.¹¹⁶

Es interesante lo establecido por la Corte colombiana, en el sentido de que se debe tomar en cuenta la perspectiva global de la medida cautelar, toda vez que para que la detención preventiva sea compatible con la presunción de inocencia, es decir, para que no constituya una pena anticipada, los fines cautelares de la medida requieren ser diferentes, esto es, adicionales al puro delito imputado, según la jurisprudencia Constitucional. Ello representa que imponer la prisión preventiva sobre la sola base del delito imputado, es inconstitucional porque quebranta el derecho a la presunción de inocencia.

¹¹⁶ Riego Cristián. Duce, Mauricio. *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, 2009. pp. 220 y 221.

En el país de Chile, el tema de la prisión preventiva se empeora debido a que en su sistema de justicia penal la medida cautelar no contempla límites temporales, solo materiales -absolución o sobreseimiento-. El sistema se ha inclinado por aplicar procedimientos rápidos y penas inmediatas para acotar la extensión temporal de la prisión preventiva y evitar cantidades significativas de personas reclusas en prisión a la espera de su juicio. Sin embargo, la brevedad en los periodos de juzgamiento ha ido cediendo ante la dilatación indebida de los procesos, producto de la gran sobrecarga que ha generado el alto número de ingresos.¹¹⁷

Como se puede observar, en el Estado chileno la aplicación de la prisión preventiva ha ido en aumento por el uso frecuente que se le ha dado, además que no está considerado en la ley los límites temporales de duración, ello en combinación con lo tardado de los juicios que se tienen por el exceso de trabajo, lo que hace que esta medida cautelar se constituya como una flagrante violación a la presunción de inocencia y a otros derechos humanos.

En México, de acuerdo con lo manifestado por el doctor Guillermo Zepeda Lecuona,¹¹⁸ el uso de la prisión preventiva es excesivo, oneroso e irracional. Es excesivo, porque al año 2006 había el 90,000 presuntos inocentes en prisión preventiva –ya que mientras no se les dicte sentencia condenatoria se les presume inocentes-, lo que representaba el 42.8% de los casi 210,000 presos en toda la nación –cantidades que a la fecha actual deben haber aumentado por la inseguridad en el país y por las medidas adoptadas para combatirla-, este 42.8% significa que en México la prisión preventiva se aplica de rutina y no como una medida extrema y excepcional. Es onerosa, porque tanto el costo social, es decir, lo que dejan de percibir las familias

¹¹⁷ Cfr. Vial Reynal, Paula. *Prisión Preventiva y Seguridad Ciudadana*. Santiago: Defensoría Penal Pública, 2009. p. 13

¹¹⁸ Cfr. Zepeda Lecuona, Guillermo. *Uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México*. México: IJ-UNAM, 2006. pp. 231-234. [En línea: 13 de febrero del 2017]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2486/17.pdf>

de los presuntos inocentes que están en prisión preventiva, como el costo público, esto es, lo que pagamos todos vía impuestos cantidad que es alta, la cual oscila alrededor de quince mil millones de pesos anuales, los cuales podrían utilizarse de mejor forma, como lo es entre otras de importancia, la prevención del delito. Es irracional, porque las condiciones que imperan en las cárceles mexicanas son inhumanas, pues en promedio están entre el 130% y el 300% de su capacidad, lo que trae como consecuencias: hacinamiento, anarquía y autogobierno, violencia –se registran en las cárceles tasas de homicidios y suicidios 8 y 9 veces superiores, respectivamente, a los registrados a la población en libertad-, insalubridad, las comisiones de derechos humanos han documentado la falta de atención médica, además, la población penitenciaria está entre los grupos más afectados por el sida según reporte de la Secretaría de Salud en 2004.

Por los datos antes referidos, es factible establecer que en nuestro país el sistema de justicia penal utiliza indiscriminadamente la prisión preventiva, es decir como regla general, no obstante los altos costos que esta tiene en la economía familiar de las personas a las que se les tiene en prisión preventiva, así como de manera general en la población total por medio del uso de los impuestos que se destinan para tal fin. Asimismo, los problemas psicológicos y perturbadores permanentes que dejan a las personas presuntamente inocentes, que son privadas de su libertad al ser sometidas a esta medida cautelar. Por lo dicho, se puede concluir que el sistema de justicia penal en México está funcionando inadecuadamente al tener que recurrir con tanta frecuencia a la aplicación de dicha medida, dándole más bien un enfoque punitivo en lugar de cautelar.

Considero que sería interesante contemplar la posibilidad de que partiendo de un estudio garantista y conforme al criterio de convencionalidad, el catálogo de los delitos de alto impacto o graves que señala el artículo 19 Constitucional fuera factible de ser impugnado, o bien, en un asunto en particular, al estarse llevando a cabo una diligencia de señalamiento de una medida cautelar, el planteamiento que se estuviera

realizando referente a la peligrosidad del sospechoso de haber cometido el correspondiente delito como postulado de la prisión preventiva, pudiera ser neutralizado con medidas de convencionalidad bajo el criterio pro persona, es decir, aplicando la interpretación conforme en sentido amplio, lo cual consiste en interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales firmados y ratificados por México, lo que implicaría que el juez en turno tendría la obligación de entrar a un análisis de riesgos procesales precisos para resolver la protección más amplia de la presunción de inocencia.

Se puede afirmar que la prisión preventiva oficiosa consiste en la probabilidad positiva de que la persona es culpable de los hechos delictivos que se le atribuyen, es una antítesis del derecho a la presunción de inocencia, esto es, es la refutación que ante la eventualidad de consagrar la garantía o vulnerar este derecho, decide quebrantarlo. Ahora bien, es viable afirmar que la prisión preventiva es una medida cautelar tan drástica y agresiva que prácticamente no existe un rasgo claro que la diferencie de la condena anticipada. Consecuentemente, si al sospechoso de un delito se le aplica la medida en cuestión, ello representa que en automático se le coloca en circunstancias semejantes a la de una sentencia condenatoria anticipada, ya que la prisión preventiva y la prisión definitiva prácticamente equivalen a lo mismo, por lo cual se puede inferir que al hacer de la prisión preventiva la regla y de la libertad la excepción, la presunción de inocencia ha sido desconocida, lo que se opone a las normas constitucionales e internacionales relativas a los derechos humanos.

3. La presunción de inocencia en la construcción de un Estado Democrático de Derecho

Los países que se rigen por gobiernos democráticos de derecho, se identifican en que el debido proceso penal se caracteriza porque durante el mismo se salvaguardan las garantías procesales, partiendo del principio de presunción de inocencia, en el cual la

dignidad de la persona es el bastión de un juicio público y transparente con el que el Estado debe avalar el proceder de sus operadores. En caso de no darse lo anterior, nos encontraríamos frente a un acto de naturaleza autoritaria, lo que es una clara manifestación contraria a la democracia que demuestra una actitud de atropello por parte de los poderes públicos. Así, la presunción de inocencia del imputado, por ser un derecho privilegiado de él, debe considerarse esencial del derecho procesal y, consecuentemente, irrenunciable por la persona a quien el Estado garantiza tal derecho mediante una tutela judicial efectiva. Por lo cual, el principio de inocencia, como se ha dicho, además de ser una garantía en el proceso, debe tomarse en cuenta como un principio fundamental existente en los sistemas democráticos que restringen el privilegio legítimo de la fuerza contra los gobernados, y en los que sus sistemas penales tienen que garantizar dispositivos de protección que admitan acreditar su inocencia a las personas sujetas a un juicio penal.¹¹⁹

De lo anterior se puede deducir que es evidente que el derecho de tener acceso a la impartición de justicia, la cual estará aparejada del debido proceso en el que se cumplan todas las reglas legales partiendo del principio de presunción de inocencia, se instituye como uno de los componentes primordiales de un Estado Democrático de Derecho. De esta manera, aquella persona que considere que su derecho a la inocencia es vulnerado, podrá dirigirse a las instancias jurisdiccionales competentes, con el fin de que se le reconozca dicha prerrogativa y en su caso, podrá recurrir a los órganos encargados de administrar la justicia para hacer valer los medios de defensa necesarios para conseguir el cumplimiento del derecho que le ha sido infringido.

Como ya se dijo antes, el derecho de presunción de inocencia es de observancia general, es decir, debe utilizarse no únicamente en la esfera de las conductas de naturaleza criminal, sino indistintamente en la adopción de diversas

¹¹⁹ Cfr. Aguilar López, Miguel Ángel. *Presunción de inocencia. Derecho humano en el sistema penal acusatorio*. México: Instituto de la Judicatura Federal, 2015. p. 29.

resoluciones administrativas o jurisdiccionales, que se fundamenten en las conductas de seres humanos y de cuya apreciación genere para ellos una consecuencia en sus derechos, como lo es una sanción. De tal forma, que el referido principio se aplica en prácticamente todas las ramas del derecho, además, se constituye como cimiento esencial de todo Estado Democrático de Derecho, por ejemplo, tenemos que en derecho electoral el máximo Tribunal de la materia estableció la siguiente tesis de jurisprudencia.

Época: Quinta

Registro: 2814

Instancia: Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Tipo de Tesis: Jurisprudencia (Electoral)

Fuente: Gaceta de Jurisprudencia

Año: 6

Número: 13, 2013

Fecha: Agosto de 2013

Materia(s): Electoral

Tesis: 21/2013

Páginas: 59 y 60

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DEBE OBSERVARSE EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES ELECTORALES. El artículo 20, apartado B, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado el dieciocho de junio de dos mil ocho, reconoce expresamente el derecho de presunción de inocencia, consagrada en el derecho comunitario por los artículos 14, apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, apartado 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos ratificados por el Estado Mexicano, en términos del artículo 133 de la Constitución Federal, como derecho fundamental, que implica la imposibilidad jurídica de imponer a quienes se les sigue un procedimiento administrativo electoral sancionador, consecuencias previstas para una infracción, cuando no exista prueba que demuestre plenamente su responsabilidad, motivo por el cual, se erige como principio esencial de todo Estado democrático, en tanto su reconocimiento, favorece una adecuada tutela de derechos fundamentales, entre ellos, la libertad, la dignidad humana y el debido proceso. En atención a los fines que persigue el derecho sancionador electoral, consistentes en establecer un sistema punitivo para inhibir conductas que vulneren los principios rectores en la materia, como la legalidad, certeza, independencia, imparcialidad y objetividad, es incuestionable que el derecho Constitucional de presunción de inocencia ha de orientar su instrumentación, en la medida que los procedimientos que se instauran para tal efecto, pueden concluir con la imposición de sanciones que incidan en el ámbito de derechos de los gobernados.

Recurso de apelación. SUP-RAP-71/2008.—Recurrente: Partido Verde Ecologista de México.—Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral.—2 de julio de 2008.—Unanimidad de seis votos.—Ponente: Constancio Carrasco Daza.—Secretario: Fabricio Fabio Villegas Estudillo.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-1245/2010.—Actora: María del Rosario Espejel Hernández.—Responsable: Comisión

Nacional de Garantías del Partido de la Revolución Democrática.—24 de diciembre de 2010.—Unanimidad de seis votos.—Ponente: Flavio Galván Rivera.—Secretaria: Maribel Olvera Acevedo.

Recurso de apelación. SUP-RAP-517/2011.—Recurrente: Partido Acción Nacional.—Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral.—21 de diciembre de 2011.—Unanimidad de seis votos.—Ponente: Salvador Olimpo Nava Gomar.—Secretario: Juan Marcos Dávila Rangel.

La Sala Superior en sesión pública celebrada el catorce de agosto de dos mil trece, aprobó por unanimidad de votos la jurisprudencia que antecede y la declaró formalmente obligatoria.¹²⁰

Esta tesis jurisprudencial establece que, de conformidad con el principio de presunción de inocencia señalado en la Carta Magna, identificado como un derecho fundamental, involucra el impedimento jurídico de sancionar a aquellos implicados en un procedimiento jurisdiccional o administrativo que se siga en forma de juicio, consecuencia contemplada para un ilícito o infracción, cuando no conste probanza que indique absolutamente su responsabilidad, por lo tanto, en un Estado Democrático de Derecho la autoridad jurisdiccional responsable de llevar a cabo la secuela del juicio, tendrá el impedimento jurídico de aplicar sanción alguna a dichas personas.

Como ya se mencionó, en el año 2008 en nuestra Constitución general se agregó el principio de inocencia como derecho humano del imputado, con el propósito de ponderar la defensa efectiva del mismo y estar en armonía con los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A pesar de los criterios internacionales y la regulación nacional, el régimen penal en nuestro país, de manera formal y práctica, la función de investigación, procuración y administración de justicia, no posee realmente esa tutela judicial que necesita para su apropiada aplicación. Actualmente, el sistema penal muestra las patologías sociales, el deterioro de las instituciones relacionadas con el sistema judicial mexicano, así como la corrupción e impunidad con la que funciona. Por lo anterior, no es únicamente necesario incorporar normativamente el principio dentro del sistema penal, sino que es fundamental que

¹²⁰ Gaceta de Jurisprudencia y tesis en materia electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. [En línea: 19 de febrero del 2017]. Disponible en: <http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idTesis=21/2013>

forme parte de la ideología y práctica habitual de los operarios, asimismo, el requerimiento forzoso de la protección de los derechos humanos respaldada en el debido proceso, con arreglo principalmente en los principios pro persona y presunción de inocencia. Lo mencionado, implica ser un gran desafío para los representantes del poder público, primordialmente para los órganos jurisdiccionales, en aras de que México se constituya como un verdadero Estado Democrático de Derecho.¹²¹

Debemos dar cabida de manera solidaria a este gran desafío que en el tema concerniente a la tutela de los derechos humanos que todos los integrantes de una comunidad civilizada y democrática anhela. Tenemos que admitir y acceder al nuevo paradigma que se presenta en el sistema jurídico penal del Estado mexicano, ya que será imprescindible no únicamente aplicarnos a lo concerniente al control C onstitucional, así como a las instituciones responsables de mantenerlo vigente, sino recibir con beneplácito esa extensión de derechos fundamentales que se ha conseguido, derivada de lo contenido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que nuestro país es parte, lo que involucra adecuarnos a un diferente modelo de interpretación, en el que habremos de razonar y llevar a la práctica el control de la convencionalidad en el desarrollo de los procesos jurídicos, acatando las reglas del debido proceso y particularmente los principios pro persona y de presunción de inocencia, a efecto de estar en condiciones de poderlos incorporar a la sociedad que integra a nuestra nación en la búsqueda permanente de un país cada día más justo, todo ello como coadyuvante en la creación de un Estado Democrático de Derecho.

La presunción de inocencia es además de una garantía de libertad y de verdad, una garantía de seguridad e incluso de defensa social, es decir, la "seguridad" puntualiza que proporciona el estado de derecho manifestada en la confianza del pueblo en la justicia; y la "defensa social" brindada a este ante el arbitrio punitivo. Así,

¹²¹ Cfr. Aguilar López, Miguel Ángel. *Presunción de inocencia...op. cit.* p. 64.

el temor de los gobernados a la justicia es la manifestación del detrimento de la legalidad de la autoridad. Cuando un acusado honesto teme a un juez, significa que dicha autoridad está fuera de la lógica del estado de derecho, por ello, la desconfianza y la falta de seguridad del inocente, demuestran la falla de la jurisdicción penal y la contrariedad de los valores políticos que la legitiman.¹²²

Es importante identificar la manera en que se han protegido y difundido los derechos humanos, tomando como punto de partida la incorporación de México como Estado independiente, identificando las herramientas institucionales que para dicho efecto se han ideado en nuestro país y que resultados han dejado como efectivas acotaciones a los poderes públicos, definiendo su responsabilidad y proceder para con la población que gobiernan. Todo esto, buscando clarificar cómo debe ser el verdadero actuar de los poderes constituidos, en su función de protectores y promotores de los derechos humanos dentro del sistema jurídico que México requiere. Desde luego, necesitamos actuar sin imitar literalmente a otros países, o bien, dando cabida a imposiciones de organismos internacionales, sino atendiendo la realidad social, económica y política que tenemos, pensando en los intereses nacionales que se deben lograr y prevalecer, reconociendo la necesidad inminente de alcanzar todo aquello que abarca la custodia y desarrollo del derecho humano a la presunción de inocencia, dentro de un país que ha permanecido a la saga en dicho tema.

Los derechos humanos, conforme a una determinación considerablemente concurrada, conciernen a todos los seres humanos por el solo hecho de ser tales, sin importar su origen étnico, color, nacionalidad, religión, sexo, condición social, estado civil, opinión política o cualquier otra condición; son inseparables de la naturaleza humana, de tal forma que son esenciales para tener una vida digna. Más aún, la plena vigencia y obediencia de los derechos inherentes a la persona constituyen componentes imprescindibles de todo Estado Democrático de Derecho. Su inserción

¹²² Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. op. cit.*, pp. 549 y 550.

en numerosos instrumentos internacionales y en nuestra Constitución, es producto de la evolución universal y de la lucha del pueblo mexicano por su libertad y para conseguir fórmulas óptimas de coexistencia.¹²³

Como es del conocimiento general, un tema trascendental que ha estado en auge en la esfera del Derecho Internacional y el Derecho Constitucional contemporáneo se refiere al valor jerárquico que ocupan los tratados internacionales, y especialmente los que poseen como objetivo esencial la defensa de los derechos humanos. Sin duda alguna que el derecho a la presunción de inocencia es uno de los tópicos notables actualmente, cuyo resguardo estuvo por mucho tiempo reservado exclusivamente al ámbito interno de los Estados, primordialmente a través de las declaraciones de derechos, inicialmente de forma individual, y después, en el ámbito internacional por medio de los instrumentos jurídicos que se han venido desplegando por los organismos internacionales.

Cada país ha desarrollado y atendido a los derechos humanos de acuerdo a sus necesidades, atendiendo la inercia que su particular desarrollo le va marcando, observando la soberanía que ostenta cada uno de ellos para alcanzar el estatus de un Estado Democrático de Derecho. Debemos aceptar que la universalidad de los derechos humanos debe ir en armonía a la idiosincrasia y la cultura de los habitantes de las naciones, por lo cual no es recomendable que se generalice su aplicación solo por atender encomiendas internacionales que vayan más allá de las medidas que los integrantes de un país pretendan. Sin embargo, podemos aseverar que el derecho a la presunción de inocencia es una excepción a lo antes dicho, pudiendo reconocerse su observancia universal, pues este derecho es uno de los pilares esenciales del debido proceso judicial y por ende es un pilar de todo Estado Democrático de Derecho.

¹²³ Cfr. Orozco Henríquez, J. Jesús y Silva Adaya, Juan Carlos, *Los Derechos Humanos de los Mexicanos*. 3ª ed. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002. p. 7.

Ahora bien, dos de los primordiales protagonistas que intervienen en la custodia de los derechos humanos son el legislador y el juez, ya que dentro de las responsabilidades de cada uno tienen que precisar en qué consiste el acatamiento y resguardo de los derechos humanos. Por un lado, el legislador formulará las leyes idóneas para la protección de un derecho -como lo es la presunción de inocencia-, que al elevarlas a la jerarquía Constitucional, por medio del procedimiento correspondiente, será un derecho fundamental, con lo que se irán ampliando día a día los derechos de los integrantes de la población que compone un Estado Democrático de Derecho. Por otro lado, el juzgador tiene el compromiso de aplicarse a la custodia de esos derechos instituidos en la Constitución, con el fin de que estén garantizados y realizados por sus beneficiarios. Siempre atendiendo la responsabilidad que implican los quehaceres que se realizan por conducto de estos dos poderes, algunas ocasiones coordinadamente y en otras en complicidad, siendo preciso vigilar las competencias y límites de cada uno de ellos. La parte medular en la salvaguardia de los derechos esenciales se localiza en el control jurisdiccional, únicamente cuando concurre dicho control es posible la protección adecuada de los derechos. Las garantías jurisdiccionales son proporcionadas por los tribunales del Poder Judicial de la Federación.¹²⁴

En un Estado Democrático de Derecho, la presunción de inocencia implica un acotamiento ante el legislador, lo cual se debe al rango Constitucional que dicho principio ostenta, por lo cual serán inválidos todos aquellos mandatos penales que constituyan una responsabilidad sustentada en alguna presunción de culpabilidad, asimismo, implica un efecto de mandato a la interpretación de las normas penales, que consiste en que en igualdad de circunstancias, se tendrá que elegir el sentido que más favorezca al acusado. Asimismo, un país que ostenta un sistema de gobierno Democrático de Derecho, sin lugar a dudas, un elemento central que lo constituye es el órgano jurisdiccional, en el que el titular de dicha institución, el juez, es garante y responsable de vigilar que las actuaciones que realicen los operarios del proceso

¹²⁴ Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática...op. cit.* pp. 121 y 122.

judicial, se lleven a cabo dentro del marco de legalidad, es decir, que se respeten todas las prerrogativas a que tienen derecho las personas que están sometidas a juicio, partiendo de la presunción de inocencia como requisito esencial del debido proceso, es lo que se conoce como control jurisdiccional. Es de suma importancia, que ambos poderes concurrentes actúen en plena armonía, respetando siempre los ámbitos de competencia y responsabilidad que por ley les corresponde a cada uno.

De acuerdo con Mir Puig,¹²⁵ un Estado Democrático de Derecho tiene que iniciar respetando una serie de garantías de la persona. La actividad del Estado alcanza así su fin en determinada imagen del hombre, como trinchera que no es posible irrumpir, para clarificar esto, se puede acudir a un ejemplo del concepto de "dignidad humana": únicamente cuando una condena se aplica a una persona por un hecho que se puede considerar obra de ella en cuanto ser racional, se está respetando el derecho de la dignidad humana el cual está vinculado al derecho de presunción de inocencia, por el contrario, atentaría a la dignidad sancionar a cualquier persona por un acto ajeno a su hacer racional.

El Estado Democrático de Derecho tiene que ofrecer a la persona la posibilidad de impedir la pena comportándose según el derecho, y ello no sucedería si, por ejemplo, fuera posible castigar a cualquier persona por hechos no realizados por ella o que no pudiera prever o controlar con determinada racionalidad. Se relaciona esto con la exigencia de cierta seguridad jurídica: el ciudadano podrá confiar en que al conducirse en el sentido de las reglas jurídicas acorde a una normal racionalidad, no puede ser castigado. Lo mencionado sirve de base a diversos requerimientos ampliamente admitidos y que pueden considerarse presupuestos de la posibilidad de considerar a alguien como culpable. Tales requerimientos son:

¹²⁵ Cfr. Mir Puig, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1994. pp. 175 y 176.

- 1) El principio de personalidad de la pena. Consiste en impedir que castigue a alguien por un hecho ajeno. Antes se admitía la responsabilidad colectiva, esto es, que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia por el hecho de alguno de ellos.
- 2) El principio de responsabilidad por el hecho. Este principio exige un derecho penal del hecho y se resiste a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser -directa o indirectamente- de la persona.
- 3) La exigencia de imputación objetiva del resultado lesivo a una conducta del sujeto. En los delitos de conducta positiva, se requiere la relación de causalidad entre el resultado y la acción del sujeto, pero además son necesarias otras condiciones que demanda la moderna teoría de la imputación objetiva y que giran en torno de la necesidad de creación de un riesgo típicamente relevante que se refleje en el resultado.
- 4) La exigencia de dolo o culpa -imputación subjetiva-. Considerada tradicionalmente la expresión más clara del principio de culpabilidad, hace insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal.
- 5) La necesidad de culpabilidad en sentido estricto. La cual exige la imputabilidad del sujeto y la ausencia de causas de exculpación -también de la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, si este no se incluye en el dolo-.

El derecho a la dignidad humana es considerado como la médula de los derechos humanos; de manera que sin su existencia habría serias dificultades en el resto de los demás derechos. Por lo cual, en el momento que se atenta la dignidad humana, se afectan negativamente todos los derechos humanos, entre ellos el derecho a la presunción de inocencia, que es un elemento esencial en la construcción de un Estado Democrático de Derecho. Por otra parte, se puede observar que los requerimientos necesarios para señalar a una persona como responsable de un ilícito contenidos en los primeros cuatro incisos, están relacionados a la imputación del acto delictivo a la persona como hecho propio, no solamente de manera objetiva, sino también subjetivamente, asimismo, esta concepción está enlazada con la dignidad humana que debe ser respetada en un Estado Democrático de Derecho. En el quinto y último requerimiento es complicado argumentarlo, ya que no será fácil explicar que el hecho voluntariamente cometido por un incapaz no sea obra suya.

Si bien es cierto, que en virtud de la reforma de 2008 a nuestra Carta Magna, el principio de presunción de inocencia actualmente tiene rango Constitucional, se dice que ahora se reconoce de manera cabal el derecho de presunción de inocencia en nuestro país, pero ello no significa que automáticamente se obtenga una modificación de fondo en lo concerniente al sistema de justicia penal que impera en México, tampoco que sea motivo que dicha reforma nos conduzca directamente hacia la consecución inmediata de un Estado Democrático de Derecho que tanto se desea. Desafortunadamente, las transiciones en un país no se dan solo por el hecho de modificar su Constitución, más aún si al reformarla se cometen graves errores que evidencian que los responsables de dicho trabajo no le dieron la importancia debida a dicho compromiso.

En esta ocasión me voy a referir a solo algunos de ellos, tenemos la incorporación del arraigo, que es una medida de detención arbitraria y antagónica a los compromisos que en materia de derechos humanos México ha adquirido, violando así al derecho de presunción de inocencia entre otros de gran importancia; el excesivo catálogo de delitos por los que se puede aplicar la prisión preventiva; la omisión de modificar el artículo treinta y ocho en que se suspenden los derechos de los ciudadanos por estar sujetos a un proceso penal, también violatorio del derecho a la presunción de inocencia; por último, la falta de haber incorporado la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, son como lo dije algunas de las fallas que considero de importancia entre otras de no menor importancia.

Para que nuestro país llegue tener la condición de un Estado Democrático de Derecho, no lo va a lograr solo con cambiar su Constitución y algunas de sus leyes, menos aún si estos cambios se hacen de manera descuidada, se demanda un alto grado de responsabilidad en la elaboración y modificación, en su caso, de las normas que regirán a nuestra nación y una decidida participación por parte de la ciudadanía, para alcanzar una realidad tangible.

CAPÍTULO TERCERO

EL ARRAIGO PENAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Concepto jurídico del arraigo

Inicialmente diremos que el diccionario de la lengua española emitido por la Real Academia Española, establece que en términos legales arraigar significa: "Afianzar la responsabilidad a las resultas del juicio, generalmente con bienes raíces, pero también por medio de depósito en metálico o presentando fiador abonado".¹²⁶ Con lo anterior, se deduce que la Real Academia interpreta al arraigo como una garantía, ya que en el ámbito del derecho civil la figura en comento intenta avalar que determinada persona no deberá voluntariamente ausentarse de la demarcación geográfica donde reside, con el propósito de eludir de esta manera alguna responsabilidad de naturaleza civil que tiene contraída, con lo que anularía la posibilidad de que su opositor lo pueda localizar para emplazarlo legalmente para que atienda la demanda derivada del compromiso adquirido. Sánchez-Cordero Dávila define el arraigo como:

Acción y efecto de arraigar; del latín *ad* y *radicare*, *echar raíces*. En la legislación actual se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda. Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte.¹²⁷

En este caso se puede entender que el arraigo es posible emplearse tanto en el derecho laboral como en el civil, ya que refiere que su propósito consiste en que aquel que es presuntamente responsable de un compromiso legal, no se aleje del lugar

¹²⁶ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. [En línea: 22 de febrero del 2017]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=3eqEdmG>

¹²⁷ Sánchez-Cordero Dávila, Jorge A. en: Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I A-B. México: UNAM-IIJ, 2007. p. 218.

donde corresponde llevarse a cabo el juicio, a menos que autorice legalmente a una persona que lo represente para que atienda todo el proceso judicial y en caso de sentencia condenatoria, dar cumplimiento a ella. Lo que sería parcialmente posible en derecho penal, toda vez que en esta materia el acatamiento de una sentencia que implique una pena corporal deberá ser cumplido únicamente por el responsable del ilícito.

Es importante invocar las consideraciones que el Congreso de la Unión tuvo para constitucionalizar la figura del arraigo en la reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, las cuales a la letra refieren lo siguiente:¹²⁸

Una propuesta novedosa, sin duda, es la de incorporar a la Constitución una medida cautelar para evitar que el imputado pueda evadirse de la autoridad ministerial en un primer momento y de la judicial posteriormente, o bien, que pueda obstaculizar la investigación o afectar la integridad de las personas involucradas en la conducta indagada. Es claro que la creciente organización de la delincuencia, incluso transnacional, ha puesto en algún nivel de riesgo las clásicas instituciones jurídico-procesales, por lo que el legislador ha ampliado el espectro de medidas eficaces para contrarrestar su impacto en la percepción de inseguridad pública, una de éstas es el arraigo.

Esta figura consiste en privar de la libertad personal a un individuo, por orden judicial, durante un período determinado, a petición del Ministerio Público, durante la investigación preliminar o el proceso penal, a fin de evitar que el imputado se evada del lugar de la investigación o se oculte de la autoridad, o afecte a las personas involucradas en los hechos materia de la indagatoria. Existe el arraigo en el domicilio físico del investigado o el que se cumple en un lugar distinto, inclusive de la demarcación donde reside, el primero se ha utilizado para delitos calificados como graves por la ley y el segundo solo para presuntos miembros de la delincuencia organizada, siempre con autorización judicial previa.

¹²⁸ Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública... *op. cit.*, pp. 21 y 22.

La medida es de suma utilidad cuando se aplica a sujetos que viven en la clandestinidad o no residen en el lugar de la investigación, pero sobremanera cuando pertenecen a complejas estructuras delictivas que fácilmente pueden burlar los controles del movimiento migratorio o exista una duda razonable de que en libertad obstaculizarán a la autoridad o afectarán a los órganos y medios de prueba, y contra los que no puede obtenerse aún la orden de aprehensión, por la complejidad de la investigación o la necesidad de esperar la recepción de pruebas por cooperación internacional.

No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió ejecutoria en la acción de inconstitucionalidad 20/2003 promovida por legisladores del Estado de Chihuahua en contra del Congreso y el gobernador de aquél Estado, por la cual declaró la invalidez del artículo 122 bis del otrora vigente Código de Procedimientos Penales local, argumentando en lo esencial que constituye una restricción de la garantía de libertad personal, no prevista en la Constitución General de la República, lo que resulta inadmisibles, en atención al principio previsto por el artículo 1º de la misma, el cual prescribe que las excepciones a las garantías deben contenerse en la propia Constitución.

En ese sentido, se propone que se incorpore en el artículo 16 Constitucional el arraigo exclusivamente para casos donde se investigue el delito de delincuencia organizada, fijando los casos de procedencia, la autoridad que lo solicita y quién lo autoriza, la temporalidad por la que puede ser otorgado, la opción de que el juez determine el lugar y demás condiciones de ejecución, la posibilidad de prórroga hasta por un término igual, y la justificación para ello, con lo cual se satisfacen los extremos de una excepción a la garantía individual de libertad personal.

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

Sobre las consideraciones que los legisladores nacionales tuvieron para justificar y motivar la elevación a rango Constitucional el arraigo, me permito comentar que en relación al primer párrafo en el que dice que es una propuesta novedosa, a mi parecer es incorrecta esta apreciación, toda vez que como mencionaré más adelante esta figura ya se utilizaba en nuestro país desde hace tiempo; también lo que considero que fue equívoco es haber hecho mención que se trata de “una medida cautelar para evitar que el imputado pueda evadirse...”, ya que el arraigo se emplea generalmente cuando a la persona aún no se le ha formulado la imputación, caso contrario se le aplica la prisión preventiva, pues aquella es una medida pre procesal que se utiliza en personas que se sospecha que participaron en un delito de delincuencia organizada.

Respecto al segundo párrafo, tal como hemos visto en la práctica y resultados obtenidos desde que entró en vigor a la fecha, dicha medida no ha servido para contrarrestar el impacto y presencia de los delitos de delincuencia organizada. Tocante al tercer párrafo, puedo decir que efectivamente es común que la autoridad arraigue a solo un individuo, aun cuando no se tengan pruebas fehacientes de que fueron tres o más los que participaron en el delito que se investiga, tal y como lo establece el supuesto de la norma correspondiente, asimismo, es sabido que el arraigo para los presuntos involucrados en delincuencia organizada, los arraigan en casas anónimas o recónditas en las que se presta para que se cometan atrocidades a los detenidos, además que se hace prácticamente imposible su localización por parte de sus familiares.

En mi apreciación la medida no ha sido de suma utilidad por los resultados de poca efectividad que se han dado, además que es demasiado tiempo cuarenta días y más cuando se duplica el término para investigar, lo que pone en evidencia la falta de capacidad de las autoridades en la investigación científica, por lo que se sigue con la práctica ilegal de privar de la libertad a las personas para después investigarlas; de manera concluyente opino que son endebles las consideraciones que se tuvieron para darle soporte al espíritu del arraigo, el cual fue erróneamente constitucionalizado.

El arraigo quedó en el párrafo octavo del artículo 16 Constitucional como sigue:

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

Se pone en tela de juicio lo referente al concepto y eficacia del arraigo en materia penal, ya que una interpretación definiría al arraigo penal como un tipo de providencia cautelar metaConstitucional que faculta a la autoridad privar de la libertad a una persona para posteriormente investigarla, con lo que se traslada y sustituye al sistema ordinario de restricción a la libertad personal en los casos de urgencia, flagrancia y orden de aprehensión; asimismo, accede a la inaplicación básicamente de los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia y al debido proceso; otra interpretación radica en concebir al arraigo penal como una medida cautelar excepcional y supletoria, la que, por una parte, únicamente se debe aplicar cuando el sistema ordinario de restricción a la libertad personal en los casos de urgencia, flagrancia y orden de aprehensión es improbable para la persecución del delito por causas fácticas extraordinarias; por otra parte, está sujeta a todos los derechos humanos del detenido.¹²⁹

Estoy de acuerdo en que es controversial el significado y la validez que representa la figura del arraigo penal, asimismo, que esta tiene matiz de medida cautelar que va más allá de la Constitución, no obstante que esté contenida en ella, ya

¹²⁹ Cfr. Silva García, Fernando. El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconventionalidad. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. México: Noviembre. 2013. pp. 218 y 219.

que efectivamente con el uso indiscriminado de dicha medida se sigue cayendo en la práctica arbitraria de detener a las personas para después investigarlas, incursionando con ello en derecho penal del enemigo el cual es violatorio por excelencia de derechos humanos como el derecho a la presunción de inocencia, a la libertad, a la legalidad y a las garantías del debido proceso, en lugar de aplicar las medidas propias del sistema ordinario de limitación al derecho de libertad del acusado en asuntos de urgencia, flagrancia y orden de aprehensión.

En efecto, como se señala en el párrafo que antecede, la figura en comentario únicamente se deberá considerar como la medida apta para restringir la libertad de las personas siempre y cuando se haya hecho un minucioso análisis del caso, esto es, que realmente se tenga una investigación efectiva e irrefutable que arroje información probatoria de que han colaborado en la comisión de alguno o algunos de los delitos de delincuencia organizada señalados en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que se acredite que el arraigo es la única alternativa viable debido a la imposibilidad de aplicar las medidas de urgencia, flagrancia y orden de aprehensión, además, debe tenerse en cuenta la definición contenida el párrafo inicial del citado numeral, que establece: “Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:...”, ya que en muchas ocasiones se les aplica el arraigo a una o dos personas sin que se compruebe fehacientemente que fueron tres o más las que participaron en los hechos delictivos que se les atribuyen, además que no se tienen elementos suficientes para asegurar que ya han cometido delitos de delincuencia organizada con anterioridad, es decir de manera permanente o reiterada, con lo que se acredite lo que la norma señala.

Por otra parte, al aplicarle el arraigo a una persona, se le priva de su libertad cuando se le considera sospechosa, supuestamente para oírla en sus descargos y

recibirle los documentos u otros medios que aclaren la sospecha original o la liberen de ella. Sin embargo, esta forma es la inversión de la carga de la prueba, pues el ciudadano debe probarle a la autoridad que no es miembro de la delincuencia organizada o del narcotráfico.¹³⁰ Debemos recordar que la inversión de la carga de la prueba sucede en aquellos casos de presunciones legales, lo que conocemos como “*iuris tantum*”, es decir, en ciertos asuntos particularmente de naturaleza civil, en los cuales la ley presume determinados hechos, por lo que el que aspire a negarlas tendrá que probarlo, como ejemplo podemos citar el caso de las cosas muebles, en el cual la posesión presume la propiedad, pero no se puede aplicar en materia penal, ya que como ha quedado señalado en reiteradas ocasiones en el contenido de este trabajo, el que tiene la carga de la prueba en el proceso penal es la parte acusadora representada por el Ministerio Público, ya que aquel al que se le atribuye la comisión del delito goza del derecho a la presunción de inocencia y por lo tanto no se le debe privar de su libertad con el fin de que acredite su inocencia.

Para Marco Antonio Díaz de León, en términos generales, el arraigo puede definirse como “una medida excepcional que sirve para preservar la eficacia de la consignación, y en su caso, de la sentencia definitiva condenatoria porque permite al Ministerio Público tener al inculcado a su disposición durante la investigación que realice en la etapa de la averiguación previa”.¹³¹

Se puede discernir, que por una parte la figura del arraigo penal es una disposición de carácter preventivo que consiste en llevar a cabo la detención de una persona para posteriormente investigarla, lo cual se puede hacer aún y cuando la

¹³⁰ Cfr. González Vidaurri, Alicia y Sánchez Sandoval, Augusto. *“El control social posmoderno en México: El realismo de derecha y la delincuencia organizada”*. En: García Ramírez, Sergio e Islas de González, Olga (coords.). *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología*. México: UNAM-IIJ, 2007. p. 164.

¹³¹ Díaz de León, Marco Antonio, *El arraigo y la prohibición de abandonar una demarcación geográfica en el Código Federal de Procedimientos Penales*. En: García Ramírez, Sergio y Vargas, Casillas Leticia (coords.), *Las reformas penales de los últimos años en México 1995–2000*. México: UNAM-IIJ, 2001. p. 85.

autoridad no tenga indicios suficientes que vinculen a dicha persona con el delito de delincuencia organizada; por otra parte, el arraigo consiente limitar la movilidad de una persona e incluso privarla de su libertad desde cuarenta hasta ochenta días, derivado de una sospecha e investigación que presumen que haya colaborado en hechos relacionados a algún delito de delincuencia organizada, en ambos conceptos se parte de la premisa que es una medida contenida en el artículo 16 de nuestra Constitución Federal, con el objetivo de asegurar el éxito de la investigación, resguardar a las personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

2. Antecedentes y evolución

Al hablar del arraigo, no estamos ante una disposición cautelar de reciente aparición en el derecho, ya que la historia nos dice que esta figura ya existía en el derecho romano el cual fue el primero en establecerla como medida legal, en cuya época se usaba con el propósito de avalar por medio de una caución o garantía, la consecuencia de un juicio. Sin embargo, dicha institución progresó y se incorporó en algunas legislaciones de países europeos como España, hasta llegar al nuestro proveniente de dicho país por medio del Fuero Juzgo, las Leyes de las Siete Partidas y las Leyes de Toro, lo cual tuvo una gran intervención en la configuración de nuestro derecho patrio.

2.1. En el ámbito europeo

Para hacer una exploración sumaria de los antecedentes de la figura del arraigo en el entorno europeo, haré referencia básicamente a Italia y España ya que en el primero de ellos es en el que se tienen los vestigios de aparición inicial de la figura en comento, y del segundo como ya se mencionó en el párrafo que antecede, se tiene información que derivado de la conquista española fue de dicho país del que llegó a México la institución del arraigo.

2.1.1. En Italia

Comenzaré exponiendo que en el imperio romano, así como en las diversas poblaciones antiguas la cárcel no fue usada para ser aplicada como condena, toda vez que el arresto era utilizado al arbitrio del magistrado, por lo cual era posible que fuera por tiempo indeterminado, aunque habitualmente se utilizaba como disposición temporal de corto plazo. Asimismo, se recurría al encarcelamiento como una providencia de seguridad en lo concerniente a la aplicación de la justicia penal, de igual forma en la prosecución del proceso y en la ejecución de las sentencias. Las autoridades tenían facultad para decretar la prisión provisional en una casa particular, regularmente en la residencia de un magistrado, con determinadas circunstancias para gente de alta posición, ello debido a las malas circunstancias tanto de capacidad como de inseguridad que tenían las cárceles públicas. Por otra parte, por acuerdo del magistrado el actor podía mantener arrestado en su vivienda al acusado en lo referente a los juicios privados por la comisión de algún delito.¹³² Cabe mencionar, que durante el juicio el resguardo del procesado permanecía por cuenta de militares ancianos, pero en caso de que el delito fuera grave el responsable era encarcelado de manera inmediata; de no ser así, el cuidado del inculcado se encargaba a un particular.¹³³

Como se desprende de las referencias antes citadas, en Roma se empezó a utilizar la restricción de la libertad temporalmente como medida cautelar, disposición que podía ser aplicada en la casa de un magistrado en los casos de personas con buen nivel social, asimismo, la víctima del delito a criterio de la autoridad, tenía la posibilidad de tener en su domicilio al responsable del delito. Podemos concluir que la privación de la libertad regularmente se hacía en casas privadas, lo que a mi criterio equivale de alguna manera a un arraigo domiciliario.

¹³² Cfr. Mommsen, Teodoro. *Derecho penal romano*. Bogotá: Editorial Temis, 1991. pp. 202-205.

¹³³ Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. 15ª edición, México: Editorial Porrúa, 1993. p. 231.

2.1.2. En España

En lo concerniente al país español, diremos que lo que marcó su historia penal se relaciona con el influjo de los romanos, así como de los árabes, lo cual puede decirse que ambas culturas marcaron el antecedente fundamental en el sistema penal del país ibérico. Por lo anterior, de manera similar que el pueblo romano, en España el mantener a un presunto delincuente ya fuera en una cárcel, casa de seguridad o bien, bajo custodia, se le consideraba como una providencia cautelar, es decir, temporal o transitoria y por un periodo reducido, en ningún momento como una condena en sí, únicamente en aquellos delitos que se tenían como graves se aplicaba la prisión formal.¹³⁴

Asimismo, el legado romano influyó de manera categórica en la legislación española, al grado que ciertas leyes, como la del reino de Aragón, por mencionar alguna, salvaguardaran el derecho a la libertad personal, para lo cual instauraron determinados periodos para que una persona estuviera retenida en tanto se le fincaba alguna acusación formal, o bien, cuando se trataba de demandas de naturaleza mercantil. Ahora bien, en la época de la edad media se manifestó un acontecimiento trascendental en el mundo jurídico y que aún se mantiene en vigor en lo referente a las medidas cautelares que inciden en la restricción de la libertad de las personas, el cual hubo de ser instituido en el Fuero de Vizcaya, consistente en la facultad del magistrado o juez para decretar la orden de detención de una persona, excepto cuando se presenta la flagrancia en la que se puede detener al instante al responsable sin mediar dicha orden.¹³⁵

Como podemos observar en el país hispano, también existen vestigios de la figura del arraigo, sin embargo, por lo que se aprecia la detención o restricción de la

¹³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 321.

¹³⁵ Cfr. Zamora Pierce, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*. 12ª edición, México: Editorial Porrúa, 2003. p.192.

libertad de las personas era por un lapso reducido, desgraciadamente esta institución al llegar a nuestro país fue en degeneración, al grado de llegar a una detención de hasta por ochenta días como se está utilizando en la actualidad.

2.2. En México

Para explorar los antecedentes de la figura del arraigo en México, haré un breve recorrido de la historia de nuestro país, abordando cada una de sus diversas épocas: la prehispánica, la colonial, la independiente y la contemporánea, donde se localizan vestigios de dicha institución.

2.2.1. Época prehispánica

Sabemos que el territorio que actualmente constituye nuestra patria, en la época prehispánica estuvo habitado por varios pueblos nativos de diversas culturas y diferentes costumbres: los aztecas, los mayas, los toltecas, los tarascos, entre otros, los cuales indudablemente poseían sus propias legislaciones penales que tenían en común el hecho de que se regían por principios breves y con castigos calificados de crueles, pues iban desde los azotes, la prisión, las mutilaciones y la pena de muerte. Sus ordenamientos eran elementales y penaban todo tipo de conducta que fuera contraria a su forma de vida y sus costumbres. Asimismo, conservaban un régimen penitenciario peculiar, el cual lo adaptaban de acuerdo a la persona que tenían prisionera, la reclusión tenía la intención privar de la libertad a los prisioneros de guerra hasta que se resolvía su futuro y, también, se usaba para castigar a quien hubiera realizado alguna infracción menor que no mereciera un sanción directa hacia la integridad física de la persona.

Así, podemos encontrar que a ciertos delitos se les aplicaban penas de distinta índole, condenas que podían consistir esencialmente en penas denigrantes y corporales, exilio, decomiso de patrimonios, multa, cárcel, esclavitud, cesantía de

trabajo, y pena capital; esta última fue la más comúnmente empleada, siendo aplicada con severidad y en forma disímil de acuerdo con el delito y la gravedad con que se realizó. En general a la cárcel se le tuvo como lugar de resguardo hasta el instante que se llevara a cabo la aplicación de la pena, también se utilizaba para los delitos menores como forma de castigo, además al imponerse la condena se observaban casos en que se aceptaba el talión y la reparación.¹³⁶

Como vemos, en la época prehispánica la cárcel ya se utilizaba como medida de retención provisional, pues se usaba para asegurar a quien se le había condenado por algún delito, o bien, a los prisioneros de guerra hasta que se decidiera lo que se haría con ellos, lo cual tiene cierta similitud con la actual figura de arraigo penal.

2.2.2. Época colonial

Ya consumada la conquista -época colonial-, el sistema de derecho indígena fue sustituido por las leyes españolas en lo que se le denominó la Nueva España, cabe mencionar que dichas leyes prevalecieron en el México independiente de manera temporal. Con la llegada de los españoles la cárcel cambió su naturaleza, es decir, pasó de una herramienta privada a un mecanismo que pretendía solucionar el fenómeno de la delincuencia de ese tiempo, pero debido a la poca vigilancia que había, aunada al exuberante dominio propio de la aristocracia, así como de la santa inquisición, se presentaban infinidad de arbitrariedades al aplicarse el encarcelamiento, las cuales entre otras, consistían en mantener detenidas por periodo indeterminado a las personas que estaban siendo investigadas, mismas que eran sometidas a torturas y otros procedimientos crueles para obtener confesiones en las que admitieran su culpabilidad en los hechos que se les atribuían, particularmente de

¹³⁶ Cfr. Malo Camacho, Gustavo. *Historias de las cárceles en México: etapa precolonial hasta el México moderno*. México: INACIPE, 1979. p. 11.

blasfemia, herejía, magia y hechicería; en muchos de los casos el propósito consistía en apoderarse de sus bienes.¹³⁷

De lo anterior, se desprende que en esta etapa de la historia de nuestro país se empezaron a cometer gran cantidad de atropellos por parte de la nobleza en complicidad con la tristemente célebre santa inquisición, ya que detenían a personas imputándoles delitos sin que existieran pruebas fehacientes en su contra, para que una vez en prisión aplicarles crueles tormentos que los hacían confesar lo que sus detractores querían que dijeran, es decir, que aceptaran haber cometido los crímenes que les imputaban, tal y como sucede en la actualidad con las personas a las que se les aplica el arraigo penal.

2.2.3. Época independiente

La época independiente, también denominada de transición demoró más tiempo del esperado en afianzarse, los requerimientos de lograr un proceso incesante con el fin de alcanzar un estado de Derecho en un país que comenzaba a ser soberano, requería más tiempo para poder organizarse y lograr una estrecha unión a nivel nacional con el fin estar en condiciones de poder tomar las medidas apropiadas que fueran en beneficio de toda la nación.

En este periodo, el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822, establecía como exigencias para que una persona fuera privada de su libertad, la existencia de una ley anterior al hecho consumado, asimismo, que el hecho en cuestión estuviera tipificado como delito en la ley y fuera sancionado con pena corporal. El mencionado reglamento extendió el plazo de cuarenta y ocho horas –dos días- al de seis días, para que un presunto responsable de un delito fuera retenido por

¹³⁷ Cfr. Mariel de Ibáñez, Yolanda. *El Tribunal de la Inquisición en México, Siglo XVI*. México: UNAM, 1979. p. 45.

la autoridad con el fin de investigarlo antes de consignarlo al juez para que este resolviera su condición jurídica, excepto los casos de flagrancia.¹³⁸

De la simple lectura del párrafo que antecede, podemos encontrar que el referido reglamento prolongó el término de dos a seis días para que una persona detenida fuera investigada, autorizando con ello lo que equivale a detener primero para investigar después, esta disposición contenida en un ordenamiento oficial es aproximada a la norma Constitucional relativa al arraigo que tenemos vigente.

Por otra parte, el mismo Reglamento Provisional de 1822 establecía que una vez iniciado el proceso en el que se encontrara semiplena prueba o manifiesta sospecha, será viable el arresto, del mismo modo será procedente que de oficio lo realice el juez cuando tenga el temor fundado que el presunto responsable se pueda sustraer a la acción de la justicia antes de investigar el hecho. Por otro lado, dicho ordenamiento contenía la alternativa de que el presunto responsable otorgara fianza suficiente a cambio de no ser privado de su libertad, mientras la ley no lo prohibiera, en cualquier estado del proceso en que conste no haber lugar a la imposición corporal.¹³⁹

2.2.4. Época contemporánea

En la época contemporánea, el arraigo se incorporó en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales en el año 1931, se utilizaba por el juez para retener exclusivamente a testigos que tuvieran información que declarar relativa a un delito, y lo hacía para cerciorarse que asistieran al juicio a rendir su testimonio. El arraigo se ampliaría solo por el tiempo estrictamente indispensable, y en

¹³⁸ Cfr. Zamora Pierce, Jesús. *Garantías y... op. cit.* p. 97.

¹³⁹ Cfr. Tena Ramírez, Felipe. *Leyes fundamentales de México*. 22ª edición. México: Editorial Porrúa, 1999. p. 94.

caso que el testigo fuera retenido infundadamente, el que solicitó la medida lo tendría que indemnizar, conforme al numeral 256 del citado Código.

En 1981, una reforma al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal introdujo el arraigo para los participantes en delitos culposos relacionados con accidentes viales. En 1983, el artículo 205 del citado ordenamiento adjetivo introduce la figura del arraigo como una medida precautoria para asegurar la disponibilidad del inculcado en la investigación previa o durante el proceso penal.

Con el decreto para la reforma en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública de 2008, se incorporó en el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución la figura del arraigo vigente a la fecha. Actualmente subsiste una gran expectativa en relación a dicha reforma, especialmente con la introducción de un concepto impreciso de delincuencia organizada, asimismo, de figuras como la prisión preventiva oficiosa conforme al párrafo segundo del artículo 19 Constitucional, el cateo express, la intervención de comunicaciones y desde luego el arraigo penal; con estas disposiciones se dio paso libre a una serie de arbitrariedades por parte de las autoridades, tales como la práctica de la tortura y la detención arbitraria, entre otras.

3. Las medidas cautelares

Inicio este apartado mencionando que según el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas, cautelar significa: precaver, prevenir; y medida representa: disposición; por lo que aplicando estos conceptos al Derecho podemos establecer que se trata de una disposición que tiene como propósito inmediato la prevención de un riesgo.¹⁴⁰ Por otra parte, Gimeno Moreno refiere que las medidas cautelares son: los mandatos emitidos por jueces dirigidos contra un probable responsable de un hecho delictivo, como resultado, por una parte, del apareamiento de su condición de inculcado, y por

¹⁴⁰ Cfr. Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2006. p. 69.

la otra, de la cimentada posibilidad de que se sustraiga a la acción de la justicia, por lo cual se le restringe temporalmente su libertad personal, e incluso, la libre disposición de su patrimonio con el objetivo de asegurar las consecuencias penales de la sentencia.¹⁴¹ En consecuencia, podemos definir a las medidas cautelares como aquel conjunto de actuaciones encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte.¹⁴²

El Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 153 señala que las medidas cautelares tienen como finalidades las tres siguientes: asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.¹⁴³ De lo anterior se deduce que, las medidas cautelares se constituyen como herramientas restrictivas procesales, ya que no contienen un objetivo en sí mismas, sino que están diseñadas para encaminar el acatamiento de los fines del proceso. De tal manera, que son medidas que pretenden garantizar y resguardar la ejecución del debido proceso y la certidumbre en el cumplimiento de la sentencia.

Es importante señalar que las medidas cautelares deben tomar en consideración el doble objeto que regularmente tienen en los sistemas jurídicos latinoamericanos, incluyendo el mexicano: por una parte, el aseguramiento de una pretensión penal, consistente en la imposición de una pena al presunto responsable de un ilícito y, por la otra, el aseguramiento de bienes patrimoniales para garantizar la satisfacción de una pretensión civil, referente a la restitución de una cosa o la reparación por el imputado de las consecuencias civiles que el hecho punible haya

¹⁴¹ Cfr. Moreno y Cortés, Gimeno. *Derecho Procesal Penal*. 5ª edición. Madrid: Editorial Colex, 2007. p. 480.

¹⁴² Cfr. Gómez Orbaneja, Emilio. *Derecho y Proceso*. Madrid: Editorial S.L. Civitas, 2009. p. 177.

¹⁴³ Código Nacional de Procedimientos Penales. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. [En línea: 22 de marzo del 2017]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_250618.pdf

causado a la víctima.¹⁴⁴ Cabe hacer mención que respecto de la garantía asegurada, esta no puede ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que deberá ser entregada en el estado en que se hallaba al iniciar la contención, al que resulte ganancioso del juicio.¹⁴⁵

Lo cual significa que durante la prosecución del proceso penal es posible llevar a cabo la adopción de dos tipos de medidas cautelares, es decir, por una parte están las medidas cautelares de naturaleza personal, las cuales se aplican directamente en la persona del inculpado, con el fin de asegurar el cumplimiento de la sentencia condenatoria que en su caso llegara a dictarse; y por otra están las medidas cautelares de naturaleza patrimonial, mismas que son destinadas a ser utilizadas sobre los bienes patrimoniales del acusado, y que tienen el propósito de avalar la responsabilidad civil que pueda resultar en un veredicto de culpabilidad emitido en el juicio penal, en el entendido que existe la prohibición de enajenar, gravar o dilapidar dichos bienes, debiendo ser entregados a quien le sea favorable la sentencia que se dicte al final del proceso.

Es interesante citar al ilustre jurista italiano Piero Calamandrei, el cual estableció las bases en el tratado de las medidas o como él las llamó providencias cautelares, no obstante que su aportación la hizo desde el punto de vista del derecho procesal civil, sirve de referente como punto de apertura en el derecho procesal penal, desde luego, con las adecuaciones correspondientes. En su obra, el maestro Calamandrei instituyó las cualidades particulares de las medidas cautelares que son: la provisoriedad, la instrumentalidad y su naturaleza jurídica de relación a término; de

¹⁴⁴ Cfr. Horvitz Lennon, María Inés y López Masle Julián. *Derecho procesal penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares y etapa de investigación*. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 342.

¹⁴⁵ Cfr. Peláez Bardales, Mariano. *El Proceso Cautelar*. 2ª edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007. p. 8.

la misma manera apunta que sus presupuestos son la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora.¹⁴⁶

Así, la provisoriedad se refiere a la limitación de la duración de los efectos propios de estas providencias, aquí cabe hacer la distinción entre temporalidad y provisoriedad; temporal es, simplemente lo que no subsiste siempre; lo que con independencia de que se suscite otro suceso tiene por sí mismo una permanencia definida. Provisorio es, en cambio, lo que está consignado a mantenerse hasta el momento que se presente un acontecimiento sucesivo, es decir, el evento esperado, por ello y en aguardo del cual la condición de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio. La instrumentalidad establece que las providencias cautelares no constituyen un fin en sí mismas, sino que están decretadas a la espera de una sucesiva resolución decisiva, con el fin de arreglar el escenario y contribuir con los medios idóneos para asegurar el éxito de la misma, por lo cual la instrumentalidad es una característica de gran importancia en estas providencias cautelares. Su naturaleza jurídica de relación a término, refiere que la función de las providencias cautelares se genera de la correspondencia que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia para ser efectiva sea dictada sin demora, y la ausencia de capacidad del proceso ordinario para generar sin dilación una providencia definitiva. Así pues, en las providencias cautelares, más que el objetivo de ejercer el derecho, tiene la finalidad inmediata de garantizar la eficacia práctica de la providencia definitiva, que servirá a su vez para actuar el derecho; la tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata, ya que más allá de hacer justicia, favorece a asegurar el eficaz ejercicio de la justicia.¹⁴⁷

Referente a la apariencia de buen derecho *-Fumus Boni Iuris-*, este puede considerarse como el presupuesto inicial de una providencia cautelar personal dentro

¹⁴⁶ Cfr. Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. (Traducción: Marino Ayerra Merín). Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. pp. 34-45.

¹⁴⁷ *Ídem*.

de un proceso penal, el cual implica que para aplicarse, el juzgador deberá realizar un juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya vigencia se pretende declarar en la sentencia definitiva.¹⁴⁸ Esto significa que para el juez es la valoración momentánea que este concibe con ajuste a derecho de las pretensiones de las partes, es decir, a cuál de ellas le corresponde la presunción de inicio de conformidad con el ordenamiento legal, es la credibilidad, la apariencia de razón fundada, un grado de probabilidad sensato que representa tanto la existencia del derecho como la presencia de una lesión que origina la adopción de una medida cautelar.

En relación al presupuesto conocido como el peligro en la demora -*Periculum In Mora*-, este se refiere al riesgo del futuro daño material marginal, que podría provenir de la morosidad en que se dicte la providencia definitiva, ineludible con motivo de la lentitud del proceso ordinario. Ello en virtud a la dificultad práctica de apresurar la emanación de la providencia definitiva, se trata de hacer anticipadamente inofensivo el peligro por la demora a través de una medida cautelar, que predice provisoriamente los efectos de la sentencia definitiva. De esta forma, la medida cautelar tiene en sí misma un propósito preventivo ante la posible agravación del daño que podría proceder de la ineludible demora del proceso ordinario.¹⁴⁹

De lo anterior se puede desprender, que el fundamento de las medidas cautelares no consiste en el peligro genérico de daño jurídico, frente al cual se acude al resguardo de la jurisdicción ordinaria; sino que es, concretamente, el riesgo del posterior daño circunstancial que podría ser consecuencia de la tardanza en el proceso para llegar al pronunciamiento de la resolución definitiva. Dicho de otra manera, el peligro en la demora es el apareamiento de un detrimento al derecho, o el agravamiento del daño ya presente en el instante de interponer la demanda, que se

¹⁴⁸ Cfr. Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *La prisión provisional*. Navarra: Editorial Thomson Reuters, 2004. p. 125.

¹⁴⁹ Cfr. Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio... op. cit.* pp. 46-49.

deriva como consecuencia de la demora del procedimiento ordinario y con ello la emisión de la sentencia del juicio.

3.1. Naturaleza jurídica del arraigo

El arraigo debe ser concebido como una medida cautelar destinada a limitar la libertad de una persona, en el momento en que además de otros requerimientos, se tiene una investigación que demuestra sospechas altamente razonables sobre su participación en la comisión de un delito de delincuencia organizada; siendo ineludible la restricción contemplada, no obstante, que por condiciones extraordinarias es improbable consumir su captura utilizando alguna de las figuras ordinarias de restricción de libertad personal ya citadas. Así, el arraigo en su carácter de disposición cautelar extraordinaria no debe suplir a las mencionadas medidas ordinarias, por el contrario es obligatorio considerarla adicionalmente como dispositivo cautelar idóneo para restringirle la libertad a una persona, una vez que estén verificados las exigencias señaladas en la Constitución y los tratados internacionales firmados por México, escenario que obligatoriamente debe aplicarse por un lapso rigurosamente acotado. Tomando en cuenta que la cobertura de las medidas ordinarias es extensa, podemos discernir que prácticamente en todos los casos, estas serán las adecuadas para detener al presunto responsable de un ilícito.¹⁵⁰ Asimismo, se incorpora otro objeto primordial, que se halla explícito por la pretensión punitiva del Estado, dicho de otra forma, es parte medular de la razón jurídica sobre la cual se solicita al juez que se pronuncie. Junto al principal podrá existir diverso propósito anexo que integra otra demanda que, de forma incidental, es sometida a la consideración del juzgador, refiriéndonos particularmente a la reparación del daño.¹⁵¹

¹⁵⁰ Cfr. Silva García, Fernando. El arraigo penal entre dos alternativas... *op. cit.* pp. 220-222.

¹⁵¹ Cfr. Hernández Pliego, Hugo. *Derecho Procesal Penal Mexicano*. 2ª edición. México: Editorial Porrúa, 2003. pp. 23 y 24.

De lo mencionado se puede deducir que, el arraigo en el sistema penal mexicano constituye una medida cautelar de carácter personal impuesta por el juez al sospechoso de haber participado en un delito de delincuencia organizada, cuya finalidad de acuerdo con lo señalado en el párrafo octavo del artículo 16 Constitucional, es el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. En el marco referido, dicha medida implica ser un medio de restricción al ejercicio del derecho humano de libre tránsito, su aplicación deberá ser efectuada con criterio restrictivo y cumpliendo con las condiciones de validez legal previstas por las normas pertinentes, contenidas en nuestra Carta Magna y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en los que México es parte.

Considerando la naturaleza jurídica de la medida cautelar del arraigo, se concibe que la regla de acatamiento forzoso, como cualquier otra, es viable que consienta una excepción, con el objetivo de resguardar el ejercicio de otros derechos fundamentales, al tenor de los valores soberanos de libertad y de dignidad humana; por ello, como una vía de excepción es factible que se admita la suspensión transitoria de la medida; no obstante, para que pueda llevarse a cabo la interrupción de manera legítima, únicamente podrá ser autorizada de manera motivada y fundamentada por el juez que la impuso.

3.2. Estándar probatorio para conceder el arraigo en México

Partiendo de la premisa de que ahora el objetivo que plantea el sistema penal acusatorio mexicano no consiste en el esclarecimiento de la verdad como lo era en el sistema tradicional, ya que de conformidad con el Código Nacional de Procedimientos Penales vigente lo que se pretende es que el juzgador logre obtener una proximidad lo más cercana posible a los hechos ocurridos y así, desde esa óptica se preparan la interpretación y la construcción conceptual relativas a la prueba y sus distintas expresiones, su vínculo con el proceso y por último, su valoración.

Es de vital importancia señalar, que lo referente a la valoración de la prueba es una de las tareas de más trascendencia que realiza el juzgador, debido a que en ella no solamente se vincula el respeto a los derechos humanos, sino que también participa de forma directa en la decisión que se tome acerca de la libertad y seguridad jurídica del presunto responsable de los hechos delictivos.

El derecho regula las pruebas de varias formas, lo cual incluye aspectos tales como: anuncio, descubrimiento, ofrecimiento, admisión, exclusión, desahogo y valoración. Ahora bien, en mi opinión, el mayor problema al que se enfrenta el juzgador se presenta en el momento de llevar a cabo la valoración de dichas pruebas con el fin de resolver si la hipótesis planteada se tiene por comprobada y es aquí cuando realiza su trascendental función el denominado estándar probatorio.

Cuando nos referimos al estándar probatorio en el sistema penal acusatorio mexicano inevitablemente debemos hablar no solo de uno, sino de varios estándares de prueba, debido a que dicho sistema instaure cargas de prueba diferentes en cada uno de sus diversos procesos o diligencias, lo que significa que los sujetos procesales, obedeciendo al tipo de proceso o diligencia en que se encuentren, están obligados a cumplir en mayor o menor proporción las hipótesis que pongan al escrutinio del juzgador correspondiente, circunstancia que deberá ser conocida ampliamente por tales partes, procedente de la expresión que de dichos estándares probatorios sean considerados por la norma jurídica.¹⁵²

De acuerdo a lo anterior, existen distintos estándares probatorios que se requieren en los procesos o diligencias que a continuación menciono:¹⁵³ en la ratificación judicial de las medidas de protección ministeriales en favor de la víctima u ofendido, en la imposición de providencias precautorias, en los actos de investigación

¹⁵² Cfr. Zeferín Hernández, Iván Aarón. *La Prueba Libre y Lógica. Sistema Penal Acusatorio Mexicano*. México: Instituto de la Judicatura Federal, 2016. p. 159.

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 160-192.

que requieren autorización judicial, en el libramiento de una orden de aprehensión (por cautela), en el control de detención, en la imposición de prisión preventiva oficiosa, en la imposición de medidas cautelares –que es el caso que nos ocupa, es decir, el arraigo-, en el dictado del auto de vinculación a proceso, en el sobreseimiento y por último, en la sentencia condenatoria.

Es evidente que todos y cada uno de los estándares probatorios que se requieren para los procesos antes mencionados son importantes, puesto que la mayoría de ellos tienen que ver con la restricción de ciertos derechos humanos, particularmente el de libertad personal, sin embargo, considero que el estándar probatorio necesario para dictar una sentencia condenatoria es el más alto o riguroso.

Si bien es cierto, las partes deberán probar de manera fehaciente sus pretensiones ante el juzgador, sin embargo, en el caso que nos ocupa se presenta una excepción a esta regla, es decir, en la aplicación de la medida cautelar del arraigo, la cual como ya lo he señalado es una medida extraprocesal, ya que a quien se le aplica dicha medida ni se le ha sido formulado la imputación y tampoco se le ha vinculado a proceso, los cuales son los requisitos de procedencia de las medidas cautelares que establece el artículo 154 del Código Nacional de Procedimientos Penales vigente, fundamentalmente es al Ministerio Público a quien le corresponde acreditar que el sospechoso tiene responsabilidad de haber participado en algún delito de delincuencia organizada, lo que a mi criterio deberá avalarlo mediante un estándar probatorio equiparable al que se requiere para la prisión preventiva que constituye la última ratio que tiene el juzgador para cumplir las tres finalidades de toda medida cautelar establecidas en el artículo 153 del Código citado líneas arriba, asimismo, considero que en este caso al sospechoso no le recaerá la obligación de la carga de la prueba para demostrar su inocencia.

Carmen Vázquez nos señala que el estudio, así como la preocupación por el requerimiento de los estándares de prueba, de manera lamentable, es escasamente

usual en los sistemas de tradición romano-germánica. Se pudiera creer que al tenor del aclamado sistema de la libre valoración de la prueba lo único que interesa es que una vez escuchados todos los elementos de juicio, mismos que han sido admitidos y practicados, la sola afirmación de los juzgadores de los hechos es segura y consistente. No obstante, se presenta la interrogante: ¿En qué postura permanece la persona sujeta a un proceso, si aunque se le garantice su derecho al debido proceso y a la prueba, a última hora termina siendo declarada culpable, toda vez que el juzgador considera que su veredicto está razonado y plenamente justificado, ya que él fue persuadido, sólidamente convencido, etcétera?¹⁵⁴

Siguiendo a Carmen Vázquez, ella define a los estándares probatorios como los criterios impersonales o interpersonales para la valoración de los diversos elementos empleados en una hipótesis para tomar la decisión pertinente.¹⁵⁵

Por otra parte Marina Gascón Abellán los define como los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho, o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe.¹⁵⁶ Lo anterior se fortalece explicando que, el estándar de prueba señala la pauta para la tasación razonada de la prueba, asimismo, sirve como juicio para reformar la excusa de la decisión probatoria.¹⁵⁷

Para Jordi Ferrer, la epistemología puede ayudar metodológicamente a definir un estándar de prueba, que permita saber cuándo una hipótesis se puede aceptar como verdadera, y así orientar la toma de decisiones y su control, este autor ha propuesto un estándar que no se basa en las meras creencias del juzgador y que

¹⁵⁴ Cfr. Vázquez, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2015. pp. 13 y 14.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

¹⁵⁶ Gascón Abellán, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Cuadernos de Filosofía del Derecho. España: DOXA 28, Universidad de Castilla-La Mancha, 2005. p. 129.

¹⁵⁷ *Ídem*.

permite el control intersubjetivo de su aplicación.¹⁵⁸ Continuando con el jurisconsulto Ferrer, él refiere que el modo de seleccionar el estándar probatorio se lleva a cabo desde una óptica jurídica, esto significa que, se efectúa en virtud a los valores presentes en cada clase de proceso.¹⁵⁹

Al respecto, considero que la complejidad se despliega cuando se define el estándar probatorio a partir de los criterios de racionalidad epistemológica, ya que existe la probabilidad de que se deje de lado la función de distribución del riesgo de error. Dicho de otra manera, la definición del estándar de prueba no implica únicamente una razón epistemológica sino que también política, ya que involucra distribuir el riesgo de error en la resolución que se dicte según el caso en cuestión.

La polémica doctrinal existente entre injustas condenas e indebidas absoluciones, conforme la decisión política de la sociedad, en mi criterio continua siendo una situación compleja de definir, a pesar de que al menos, considerando una ideología del derecho penal garantista, la opinión consensuada está en conservar un estándar probatorio lo más exigente posible en materia penal, con lo que se logre reducir al máximo el riesgo de aplicar injustas condenas, acarreando un irreparable perjuicio para la persona ilegalmente condenada, además, reflejándose en graves costos para la sociedad. Toda vez que es importante recordar siempre, que en materia penal se debe tener la cautela de evitar las injustas condenas, ya que en cualquier circunstancia será preferente absolver a un culpable que condenar a un inocente.

Existe un principio epistemológico incuestionable: entre más información relevante -esto es, idónea para probar las hipótesis en competencia- tenga a su disposición el juzgador que debe decidir, mayor probabilidad de acierto tendrá la decisión judicial que elija.

¹⁵⁸ Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008. pp. 80-104.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 142 y 143.

Enseguida realizo una exposición de la interesante ponencia de Gabriel Doménech, denominada: "Preferible que diez inocentes sufran que un culpable escape",¹⁶⁰ la cual es una paráfrasis de la fórmula de William Blackston (1765) que expresa: "Es mejor que diez culpables escapen que un inocente sufra". Dicha ponencia tiene estrecha relación con los estándares de prueba para la toma de decisiones procesales penales previas a la sentencia.

Inicia la presentación estableciendo que la asimetría fundamental del proceso penal contempla las siguientes consideraciones:

Las condenas erróneas –falsos positivos- son peores que las absoluciones erróneas -falsos negativos-. Los tribunales penales realizan equivocaciones, en ocasiones condenan a gente realmente inocente -falsos positivos-, en tanto que en otros momentos absuelven a individuos que efectivamente ejecutaron las acciones u omisiones de las que se les acusaba -falsos negativos-. Por lo que, de estos yerros hay que evitar cometer los primeros antes que los segundos, ya que los jueces pueden cometer errores por un lado o por el otro, sin embargo, es preferible que cometan los segundos, esto es, los falsos negativos.

Estándar de prueba "más allá de toda duda razonable" *-in dubio pro reo-*. La manifestación más importante entre otras, de esta asimetría fundamental es el estándar de prueba en materia de derecho penal, hay diferentes fórmulas lingüísticas, sin embargo, la que se ha instituido en el derecho comparado es la que establece que para condenar al acusado, se requiere demostrar la culpabilidad de este "más allá de toda duda razonable".

¹⁶⁰ Cfr. Doménech Pascual, Gabriel. *Preferible que diez inocentes sufran que un culpable escape*. Ponencia en el marco de la fase presencial del Máster en Razonamiento Probatorio. España: Universitat de Valencia, junio del 2019. [En línea: 26 de agosto del 2019]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MhgS7aXbvNo&feature=youtu.be>

Lo anterior contrasta con la simetría que existe en el proceso civil en el que: Los errores favorables a los demandantes no son peores, ni mejores que los favorables a los demandados. Toda vez que regularmente las partes son entes privadas, por lo que no se considera que haya motivos para expresar que exista una orientación a favor de una u otra.

Presencia del estándar de prueba denominado: “probabilidad preponderante”. Normalmente el estándar de prueba que se utiliza en materia civil es el de la probabilidad preponderante, consistente -de manera breve- en un hecho se tiene por probado si la probabilidad de que sea cierto es mayor que la probabilidad de que no lo sea; así, para condenar al demandado como responsable civil, en consecuencia, habrá que demostrarse que la probabilidad de que consumara el daño es superior al 50%, de esta forma si p. ej., hay 65% de probabilidades que el demandado tenga la razón entonces se decidirá en favor de este, y si en cambio es del 35% entonces se decidirá por la otra parte.

No obstante, en el proceso penal, se adoptan muchas decisiones distintas de la de condenar o absolver. El Estado lleva a cabo una diversidad de diligencias encaminadas a investigar alguna actividad delictiva, por lo que durante el proceso penal se deben tomar diferentes decisiones. Estas decisiones se adoptan con arreglo a estándares de prueba, los cuales son mucho más laxos, es decir, menos estrictos que el de “más allá de toda duda razonable”, e incluso que el de la “probabilidad preponderante”.

Ponemos como ejemplo los estándares que se operan en el derecho estadounidense, esto es, de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, que utiliza cuatro tipos de estándares, los cuales revisamos de más estricto a más laxo:

“Prueba clara y convincente”, se utiliza para acordar la prisión provisional -prisión preventiva-, esto es, se tiene a una persona que es sospechosa de haber

cometido un delito y se tienen evidencias que si bien no son definitivas, pero si son claras y convincentes de que dicha persona cometió el delito, entonces se puede acordar la prisión provisional.

“Causa probable”, se utiliza para registros, intervención de comunicaciones, arrestos y procesamiento –para abrir juicio oral-.

“Sospecha razonable”, se utiliza para detenciones breves, p. ej., la policía ve a un señor que deambula por la calle de manera sospechosa, ya que aparenta que va a cometer un delito o que acaba de cometerlo, por lo que la policía tiene la sospecha razonable acerca de este señor y procede a detenerlo y lo cachea –registra-.

“No se requiere sospecha individualizada”, p. ej., se utiliza para controles de alcoholemia y controles de seguridad en aeropuertos, en ambos casos se revisan a las personas aún y cuando no existan elementos que despierten sospecha alguna de que van a cometer o cometieron algún delito, esto es, se revisan a todas las personas indistintamente. Así, en este caso se adoptan decisiones de investigaciones preliminares sin sospecha individualizada alguna.

Tenemos otro ejemplo, este consiste en los estándares de prueba que se utilizan en el Tribunal Penal Internacional, además del estándar que ya señalamos el de “más allá de toda duda razonable”, encontramos otros tres que están ordenados de mayor laxitud a menor laxitud y que son:

- 1) “Hay una base razonable para proceder”, se utiliza para iniciación de una investigación.
- 2) “Hay motivos razonables para creer que una persona ha cometido un crimen”, se utiliza para una detención o arresto.
- 3) “Hay suficiente evidencia para establecer motivos substanciales para creer que esa persona cometió un crimen”, se utiliza para la apertura del juicio oral.

Existen cuestiones –interrogantes- que surgen en torno a los estándares de prueba, las cuales son las siguientes: ¿Por qué esos estándares son más laxos que el de condena? Es decir, para tomar la decisión final en el proceso ya sea absolver o condenar, y ¿En función de qué factores varían o deberían variar?

Ante estas preguntas, acerca de la razón por lo que los estándares de las medidas cautelares son más laxos que el requerido para tomar la decisión final de absolver o condenar, así como, en función de qué factores varían esos estándares, pues como ya se dijo difieren para las diversas medidas cautelares que hemos visto. La respuesta es que ello se explica mediante una perspectiva económica, es decir, con un análisis económico, por lo que se tiene que ver cuáles son las ventajas y desventajas de cada una de las soluciones que se van considerando.

En relación a las razones que justifican el estándar de condena, el cual es tan alto y tan estricto, dicha justificación, de acuerdo con los economistas, tiene que ver fundamentalmente con las dos siguientes: 1) Las condenas erróneas son peores que las absoluciones erróneas.; y 2) Preferencias punitivas de los instructores/acusadores. Estas dos razones las analizaremos enseguida.

Veamos por qué desde el punto de vista económico, las causas por las que las condenas erróneas son peores que las absoluciones erróneas. Cabe mencionar que esta razón es considerada la más plausible por los economistas, por lo siguiente:

Costes de cumplimiento de la condena -Rizzolli & Saraceno-, esto es, costes para el preso y costes para la sociedad –gobierno-. Cuando alguien es condenado, tanto el preso como el resto de la sociedad habrán de sufrir los enormes costes vinculados a ese acatamiento. En el caso de la condena, el preso soportará: la pérdida temporal de su libertad, ingresos, reputación, autoestima; la posibilidad de ser violentado por otros reos; la rotura de sus relaciones personales, etcétera. La prisión tendrá probablemente efectos negativos también para sus familiares más tales como

el dolor causado por su ausencia, el estigma asociado a la pena, la pérdida de ingresos, etcétera y, asimismo, para la sociedad, que es la que ha de contribuir para costear el sistema penitenciario.

Tanto los falsos positivos como los falsos negativos minan la disuasión, es decir, la acción y resultado de convencer a una persona de desistirse de cometer algún delito. Condenar a un inocente mina o puede minar la disuasión, ya que si él ha cumplido la ley, se ha portado bien y aun así se le castiga injustamente, ello disminuye su incentivo de seguir con buena conducta por lo cual mina la disuasión. Por otro lado, absolver a un culpable mina la disuasión obviamente, alguien que comete un delito y es absuelto erróneamente, trae como consecuencia que disminuyan sus incentivos para portarse bien, es decir, para no cometer delitos, pues se siente estimulado a cometerlos ya que no fue castigado sino premiado con la absolución, por lo que ser delincuente se vuelve más atractivo.

Los costes de disuasión de ambos tipos de errores son simétricos -si los individuos son neutrales al riesgo-. En principio los falsos positivos minan la disuasión en la misma proporción que los falsos negativos, p. ej., si a una persona se le impone una condena consistente en el pago de una determinada sanción siendo inocente, ello minará la disuasión en la misma magnitud que si se le absuelve del pago de una determinada sanción siendo culpable.

Los falsos positivos tienen un coste adicional: el coste del cumplimiento de la condena. El dictar una condena errónea implica tener una persona en la cárcel lo cual implica costes para la sociedad, porque se tiene que mantener el sistema penitenciario y además costes privados para la persona que está recluida de manera injusta, porque en realidad es inocente.

Aversión al riesgo y aversión a las pérdidas (Rizzolli & Saraceno). Anteriormente se dijo que en principio los falsos positivos minan la disuasión en la misma proporción

que los falsos negativos, aunque en realidad no es cierto del todo, ya que no es lo mismo recibir inmerecidamente una determinada cantidad de dinero debido a un error, que el ser privado de una determinada cantidad de dinero debido a una condena errónea, pues la desutilidad –pagar injustamente- que causa dicho tipo de error es mayor que la utilidad que produce la ganancia inmerecida.

El impacto de las pérdidas es –*ceteris paribus*, es decir, todo lo demás constante- superior al de las ganancias. Lo cual se puede interpretar en el sentido de que el detrimento de ganancia que a una persona le origina una condena errónea, excederá regularmente de la utilidad que esa misma persona percibiría en caso de que la absolvieran erróneamente.

Preferencias de los instructores/acusadores -Garoupa-. Esto consiste en que hay fiscales que tienen preferencias punitivas, esto es, una preferencia exagerada para que se castigue al presunto culpable, adoptando con ello una postura sesgada lo que puede conducirlo a manipular o fabricar las pruebas, presentando al juez evidencia sesgada, por ello es razonable pensar que el juez establezca un estándar de condena especialmente elevado con lo que compensaría las preferencias punitivas del fiscal.

¿Por qué los estándares de prueba para adoptar decisiones preliminares son tan laxos –bajos-? Antes de dar respuesta a esta interrogante, se resaltarán dos aspectos sustanciales que inciden en las decisiones preliminares, los cuales son los siguientes:

Inicialmente es importante reparar en cuáles son los fines últimos de todas esas decisiones en las medidas cautelares. Básicamente son dos fines, que son:

El primero es la disuasión, es decir, identificar al presunto culpable, investigarlo, asegurar su presencia en el juicio para finalmente castigarlo, con ello se va a generar la disuasión, por lo tanto, la finalidad de muchas de esas medidas es la disuasión, esto es, disuadir a la gente de cometer delitos.

El segundo gran fin de todas esas medidas es el de la evitación de un daño inminente, p. ej., los controles en los aeropuertos que sirven -entre otras cosas- para evitar un atentado terrorista, así, el fin de dichos controles es interrumpir la comisión de ese delito. Otro ejemplo es el de la prisión provisional, cuya medida puede cumplir varias finalidades, una de ellas es asegurar la presencia del acusado en el juicio que eventualmente puede ser castigado, es decir, asegurar la disuasión, también esta medida puede servir para evitar la reincidencia, o sea, evitar que se cometa un nuevo delito. Hay otras medidas cautelares que también cumplen esos fines. Hay una medida que solo cumple una de ellas, hablo de la apertura del juicio oral con lo que se busca que el acusado sea juzgado y en su caso castigado.

Existe otra característica importante de estas decisiones preliminares, consiste en que dichas decisiones se adoptan en una situación en la que la información acerca de la culpabilidad o inocencia de la persona afectada es precaria, y que esa información va a mejorar posteriormente respecto de la que se tendrá en un momento sucesivo del proceso. Por ejemplo, en la prisión provisional no se tiene claro que el acusado sea culpable o inocente, sin embargo, la información es susceptible de mejorarse una vez que se celebre el juicio oral, con lo que se podrá determinar si esa persona es condenada o absuelta.

Ahora si vamos a ver por qué los estándares de prueba para adoptar decisiones preliminares son tan laxos (bajos). La razón es que existe una asimetría entre los costes de disuasión. Como ya se dijo antes ambos errores minan la disuasión, por ejemplo, abrir un juicio oral contra un inocente mina la disuasión porque se va a tener sentado en el banquillo a un señor que es inocente, lo cual es malo para la disuasión, todo lo que imponga costes a inocentes es malo para la disuasión, y todo lo que sea no imponer costes a culpables también es malo para la disuasión, entonces ambos costes minan la disuasión.

Pero los falsos negativos -dejar escapar al culpable, es decir, no abrir juicio oral en su contra- minan la disuasión más que los falsos positivos, esto es, abrir juicio oral contra el inocente.

El motivo de lo antes dicho consiste en que cuando se adopta una medida preliminar, los afectados soportan dos tipos de costes:

El primero de ellos consiste en los costes de la medida. Por ejemplo, cuando se pone a una persona en prisión provisional hay costes para el acusado y para el gobierno. Otro ejemplo es cuando se detiene en un control del aeropuerto a una persona también hay un coste –más bajo-, el de tenerla ahí parada a expensas de que resuelva el funcionario en turno. Estas medidas tienen un coste directo, el cual es igual tanto para inocentes, como para culpables.

Además de los costes antes señalados, están los costes de una eventual condena. Estos son mayores para los culpables, pues su probabilidad de ser finalmente condenados es mayor, en tanto que los inocentes tienen más probabilidad de ser absueltos.

Lo anterior genera una asimetría entre lo falsos positivos y los falsos negativos. El falso positivo -hace sufrir a un inocente- mina la disuasión, pero poco, porque la probabilidad de condena es baja. El falso negativo -dejar escapar a un culpable- mina la disuasión mucho más, porque la probabilidad de condena es mucho más alta.

La parte final de esta magistral ponencia consiste en revisar los factores de los que dependen para adoptar decisiones preliminares, estableciendo al respecto que, el estándar será o deberá ser más laxo cuanto:

- Menores sean los costes directos de la medida. Por ejemplo, que los controles de revisión de los aeropuertos tienen un coste, pero es bajo lo cual abona que el estándar sea bajo.
- Más probable resulte que las personas afectadas sean culpables. Por ejemplo, un control de alcoholemia será más efectivo a un lado de una discoteca que en la entrada de un cine, porque hay más probabilidad de encontrar culpables ahí –la discoteca-, y por lo tanto está más justificado molestar a la gente para revisar si bebió bebidas con contenido alcohólico.
- Más exactamente permita el proceso posterior distinguir entre inocentes y culpables. Por ejemplo, la medida previa a un juicio oral será más baja, toda vez que posteriormente se recabará información de mejor calidad para determinar la culpabilidad o inocencia del afectado.
- Mayores sean los costes privados de una eventual condena. En este caso es un poco contra intuitivo, debido a que la disuasión es muy alta, la cual en principio va afectar a los culpables no a los inocentes y lo que interesa es disuadir a los culpables, lo cual se puede demostrar matemáticamente.
- Mayores sean los costes derivados del delito investigado o cuya ejecución inminente se trata de evitar. Por ejemplo, el delito es muy grave, se trata de un atentado terrorista, entonces conviene establecer un estándar bajo, así pues entre más grave es el delito que se va a perseguir más bajo deberá ser el estándar exigido.
- Más grave es el peligro inminente. Este está íntimamente relacionado con el inmediato anterior, ya que entre mayor urgencia haya de atender un delito grave, más bajo deberá ser el estándar requerido.
- Más necesaria es la medida para asegurar la investigación y en su caso el castigo. Por ejemplo, se requiere la prisión provisional para asegurar que el presunto esté presente en el juicio, porque si se le deja libre se va a fugar, ya que no tiene vínculos personales ni patrimoniales, entonces se tienen altas probabilidades que esta persona se sustraiga a la acción de la justicia, por lo que la prisión preventiva es necesaria para asegurar el eventual castigo, en este caso el estándar tendrá que ser bajo.

Como se puede observar el contenido de esta magnífica ponencia se basa en el análisis de las decisiones que toman los jueces en las que pueden incurrir en falsos positivos –condenas erróneas- y falsos negativos –absoluciones erróneas-, así como el impacto –en términos de disuasión- que cada uno de estos tipos de resoluciones arrojan, de la misma manera se examinan los diversos factores que inciden para decidir acerca de las medidas cautelares y los motivos por los que su estándar probatorio será menor. Desde luego, dichos planteamientos se llevan a cabo mediante

una óptica económica, es decir, en lo que se conoce como análisis económico del derecho respecto del cual Viviana Kluger lo define como: "La corriente que proporciona una nueva óptica acerca del derecho, partiendo de la economía, manejando sus normas, principios, metodologías e instituciones, que se enfoca a los elementos u objetos propios del razonamiento jurídico".¹⁶¹ Con lo cual, esta disciplina formula el acceso al ámbito de lo jurídico esgrimiendo una serie de principios, conceptos, instrumentos, técnicas y métodos propios de la ciencia económica.

Considero que Gabriel Doménech presenta una interesante propuesta en la que menciona que para el desarrollo de la misma, ha estado trabajando con Nuno Garoupa quien es economista y profesor en derecho el cual es un experto en análisis económico del derecho. Es importante apuntar que esta disciplina se ha perfeccionado considerablemente en las últimas décadas y ha pasado a convertirse en una especialidad muy acreditada en el análisis de asuntos jurídicos, por lo que creo que debe ser tomada en cuenta por el sistema jurídico mexicano, particularmente en la rama del derecho penal por el impacto económico –costes- que revisten las decisiones judiciales, tanto para los particulares que se ven involucrados en un problema penal, como para la sociedad en general, es decir, para el Estado.

A continuación presento dos tesis aisladas emitidas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativas a la presunción de inocencia en su vertiente de estándar de prueba.

Época: Décima
Registro: 2018964
Instancia: Pleno
Tipo de Tesis: Aislada (Constitucional, Penal)
Fuente: Gaceta del Seminario Judicial de la Federación
Fecha: enero de 2019
Tesis: P. VI/2018 (10ª.)
Tomo: I
Libro: 62
Página: 472

¹⁶¹ Cfr. Kluger, Viviana. *Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2006. p. 9.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN SU VERTIENTE DE ESTÁNDAR DE PRUEBA. CONDICIONES PARA ESTIMAR QUE EXISTE PRUEBA DE CARGO SUFICIENTE PARA DESVIRTUARLA. Para poder considerar que hay prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, el juez debe cerciorarse de que las pruebas de cargo desvirtúen la hipótesis de inocencia efectivamente alegada por la defensa en el juicio y, al mismo tiempo, en el caso de que existan, debe descartarse que las pruebas de descargo o contraindicios den lugar a una duda razonable sobre la hipótesis de culpabilidad sustentada por la parte acusadora.

Amparo directo 61/2014. Alejandro Garniño Tejeda y otro. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo 14/2015. Juan Manuel García Chávez. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo 15/2015. Ángel Muñoz Rico. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo 16/2015. Sergio Figueroa Hernández. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

El Tribunal Pleno, el veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho, aprobó con el número P. VI/2018 (10a.), la tesis aislada que antecede. Ciudad de México, a veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho.

Esta tesis se publicó el viernes 11 de enero de 2019 a las 10:12 horas en el Semanario Judicial de la Federación.¹⁶²

Lo que se plantea en esta vertiente es que solo se podrá establecer que existe prueba de cargo bastante para atenuar a la presunción de inocencia, cuando el juzgador se asegure de que con las pruebas de cargo se está desvirtuando la hipótesis

¹⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. [En línea: 07 de agosto del 2019]. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2018964&Clase=DetalleTesisBL&Semario=0>

de inocencia ciertamente invocada por la defensa en proceso y, asimismo, en el supuesto de que concurran, se tendrá que suprimir que las pruebas de descargo den lugar a una duda razonable sobre la hipótesis de culpabilidad sostenida por la parte acusadora.

Época: Décima

Registro: 2018965

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Aislada (Constitucional)

Fuente: Gaceta del Seminario Judicial de la Federación

Fecha: enero de 2019

Tesis: P. VII/2018 (10ª.)

Tomo: I

Libro: 62

Página: 473

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

Amparo directo 61/2014. Alejandro Garniño Tejeda y otro. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo 14/2015. Juan Manuel García Chávez. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo 15/2015. Ángel Muñoz Rico. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo 16/2015. Sergio Figueroa Hernández. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

El Tribunal Pleno, el veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho, aprobó, con el número VII/2018 (10a.), la tesis aislada que antecede. Ciudad de México, a veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho.

Esta tesis se publicó el viernes 11 de enero de 2019 a las 10:12 horas en el Semanario Judicial de la Federación.¹⁶³

En esta vertiente, la presunción de inocencia se puede concebir como una norma que manda a los juzgadores la absolución de los acusados en los casos en que en el desarrollo del proceso no se aportaron las pruebas de cargo bastantes para avalar la presencia del delito y la participación del acusado. Con esta concepción, el derecho humano a la presunción de inocencia no es adaptable al procedimiento probatorio, es decir, la prueba considerada como actividad, sino al instante de la valoración de la prueba descifrada como consecuencia de la actividad probatoria. Así, el derecho humano en comento toma un notable desempeño al instante de llevar a cabo la valoración de la prueba demandando la presencia de los razonamientos justos para que el juez alcance el veredicto correcto en un determinado asunto, y de igual forma, el desenlace derivado de dicha valoración cuando la prueba de cargo sea escasa.

Puedo decir en conclusión, que los estándares probatorios sirven para dar respuesta al problema de en qué momento se ha conseguido la prueba de un hecho, o más exactamente, cuándo quedó aprobado admitir como verdadera la hipótesis que lo describe, y reposarán en última instancia en requerimientos o niveles de confirmación.

¹⁶³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. [En línea: 08 de agosto del 2019]. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2018965&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=0>

Para los alcances o efectos jurídicos del arraigo, como ya lo mencioné, es imprescindible que el estándar probatorio que debe acreditarse para que dicha medida se autorice sea el equiparable al que se requiere para la prisión preventiva; en la práctica el agente del Ministerio Público puede solicitar al juez la aplicación del arraigo en contra de una persona, no obstante que no se hayan cubierto una serie de requisitos que son indispensables reunir para decretar la medida restrictiva de libertad, pues dichos requisitos no están establecidos con la debida claridad tanto en la Constitución Federal como en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Por lo tanto, se debe tener en cuenta que el aspecto probatorio es fundamental en todo sistema penal de corte acusatorio y adversarial, pues parte desde el momento en que se consiguen los datos de prueba, como pueden ser entre otros: indicios, evidencias y materiales que estén vinculados con el delito, por lo que es posible que en dichas diligencias se vulneren los derechos humanos, lo cual traería como consecuencia que las “pruebas” obtenidas así, son ilícitas y en tal virtud deberán ser descartadas en cualquier parte del proceso.

De lo anterior se desprende que deben existir los elementos suficientes con un alto grado de certeza, que indiquen que la persona a quien se aplicará la medida cautelar del arraigo, tiene un acentuado nivel de probabilidad que esté relacionada con un delito de delincuencia organizada, ya que concurren indicios o probanzas que vinculan razonablemente al sospechoso con la comisión del hecho delictivo, además tomando en cuenta la peligrosidad del sujeto fundada en un mero juicio de posibilidad acerca de una conducta futura que puede suceder o no, en la esfera de una acción que perturbe a la sociedad en general, o a la comisión de un hecho, catalogado como delito de delincuencia organizada por parte de una persona determinada; más allá de la eventual pena a imponerse, exista el peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria. Estos elementos vitales son los que deben ser presentados y argumentados de manera objetiva por el Ministerio Público ante el juzgador al solicitarle la medida cautelar, para que junto con los principios, requisitos legales y los presupuestos de las medidas cautelares que enseguida aludo, sean analizados y

valorados de forma razonada por este, y así esté en las condiciones idóneas para restringir los derechos que se verán afectados con su decisión de conceder el arraigo de una persona.

Considero que al aplicar la medida del arraigo como parte de su naturaleza jurídica cautelar, es importante que se respeten los principios que a continuación se mencionan:

- Proporcionalidad: La medida cautelar debe corresponderse con la gravedad del hecho cometido y con la peligrosidad social del sujeto respectivamente, además, que debe de ser tomada en atención a lo que se prevé surgirá dentro del proceso penal.¹⁶⁴ En tal virtud, es imprescindible observar que todo acotamiento de derechos, demanda que esté encaminado a la obtención de fines legítimos, lo que implica que no es permisible lesionar el contenido fundamental del derecho, como tampoco se debe extralimitar lo rigurosamente indispensable para conseguir el propósito lícito que se busca alcanzar, de tal manera, que los males que se evitan sean mayores de los que se causan con tales prohibiciones y castigos.
- Estándar mínimo de pruebas de culpabilidad: Este principio se refiere a una mínima actividad probatoria de cargo que, además, debe ser capaz de acreditar los hechos imputados, de necesaria trascendencia penal, más allá de toda duda razonable.¹⁶⁵ Por ello, para que el juzgador esté en aptitud de emitir la medida cautelar, deberá tener a su alcance pruebas claras, amplias y suficientes sobre la posible participación de una persona en hechos delictivos.
- Excepcionalidad: Una medida cautelar jamás deberá ser la regla, por el contrario tendrá que ser la excepción.¹⁶⁶ Este principio concuerda con el de presunción de inocencia, pues de otra manera se entendería que todos son culpables hasta que se compruebe lo contrario, regla conforme a un sistema inquisitorio, el cual ha sido superado en la generalidad de las democracias modernas.
- Interpretación restrictiva: Las medidas cautelares deben ser ponderadas con especial prudencia cuando una decisión trastorna el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado.¹⁶⁷ La interpretación que el juez haga sobre dichas medidas debe ser concebida de

¹⁶⁴ Cfr. Ledesma, Ángela Ester. Medidas de coerción personal en el proceso penal. *Revista de Derecho Procesal en Rubinzal-Culzoni Editores*. pp. 350-355. Buenos Aires. 2008.

¹⁶⁵ Cfr. *Ídem*.

¹⁶⁶ Cfr. *Id.*

¹⁶⁷ Cfr. *Id.*

forma restrictiva, ya que constituye un acto de molestia que violentará derechos humanos amparados por la Constitución y diversos instrumentos internacionales. Una interpretación restrictiva garantiza que no se vulnere el estado jurídico de presunción de inocencia, que de ser trasgredido podría ser de irreparables consecuencias.

- Aplicación gradual: Con este principio se busca impedir que se incurra en un abuso de las medidas cautelares, por lo cual es necesario valorar qué tipo de medida se empleará.¹⁶⁸ En el sistema jurídico mexicano existen diversos tipos de medidas cautelares para el asegurar el proceso y la eficacia de la sentencia que se llegara a dictar, las cuales van desde la privación de la libertad del inculcado, pasando por otras medidas no privativas que podrían ser idóneas y menos gravosas para los fines cautelares de garantizar la comparecencia del sospechoso, de las pruebas, de la salvaguarda de la víctima y de la comunidad.
- Jurisdicción: Uno de los límites que las leyes contemplan para evitar abusos en las medidas precautorias consiste en que estas sean dictadas por autoridades jurisdiccionales.¹⁶⁹ Solo pueden adoptar medidas cautelares los tribunales que, de acuerdo con la ley, tengan jurisdicción y competencia para ello.
- Medidas de carácter provisional: Las medidas cautelares solo pueden extenderse por un plazo no mayor al límite previamente fijado por la legislación correspondiente.¹⁷⁰ Las medidas cautelares deben ser aplicadas por el periodo estrictamente necesario para asegurar que se cumpla el fin protegido por ellas.
- Favor libertatis: Este principio significa que todas las medidas restrictivas de la libertad deben de ser vistas y pensadas siempre a favor de la libertad del indiciado.¹⁷¹ Lo que quiere decir, que la interpretación y la aplicación de las medidas cautelares, tienen que aplicarse con carácter restrictivo y siempre a favor del derecho humano a la libertad que limitan, lo cual ha de llevar a elegir y aplicar, en caso de indecisión, a la norma menos limitativa de la libertad.

Cabe apuntar que a la par de este conjunto de principios, debe entenderse que las medidas cautelares implican una evidente irrupción del poder público en la esfera jurídica personal del sujeto pasivo del proceso penal, aun cuando no se ha pronunciado una sentencia irrevocable que declare tanto su responsabilidad penal como su responsabilidad civil; esto es, sin que aún se haya declarado culpable de

¹⁶⁸ *Cfr. Id.*

¹⁶⁹ *Cfr. Id.*

¹⁷⁰ *Cfr. Id.*

¹⁷¹ *Cfr. Id.*

manera infalible y que por ello es acreedor a una sanción privativa de la libertad, asimismo, que sea responsable de ciertos daños cuya reparación ha de afrontar con su patrimonio.

De tal manera que el juez, para dictar la medida cautelar del arraigo, además de los principios antes descritos, deberá tener en consideración los siguientes requisitos de orden legal en toda medida cautelar de naturaleza penal:¹⁷²

- a) Circunstancias objetivas: Consisten básicamente en la gravedad del hecho punible y las expresadas en su comisión, y
- b) Circunstancias subjetivas: Se refieren fundamentalmente al *modus operandi* y el comportamiento del sospechoso desde el inicio de la investigación.

Asimismo, es necesario que el juzgador tenga en cuenta los dos presupuestos básicos de las medidas cautelares –*Fumus Boni Iuris* y *Periculum In Mora*- que se mencionaron anteriormente, es decir, que haga un análisis jurídico de estas dos instituciones, consistente en la existencia de buen derecho y el peligro que puede ocasionar la demora del proceso penal, respectivamente, desde su investigación hasta que el tribunal correspondiente dicte la sentencia irrevocable en la que declare la culpabilidad del procesado.

El *Fumus Boni Iuris* o apariencia de buen derecho, implica un juicio de valor por parte del juez sobre la probabilidad de que el sospechoso sea responsable penalmente, tomando como base la existencia de un hecho, las características o notas que lo hacen jurídico, la estimación de que la persona ha sido autora o cómplice de ese hecho ilícito, o sea, que la motivación de este presupuesto consiste en el razonamiento de la imputación como medio para llegar a establecer la probabilidad de la culpabilidad del presunto responsable.

¹⁷² Cfr. Santagati, Claudio Jesús y otros. *Manual de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2006. p 135.

El *Periculum In Mora* o el peligro en la demora, es el riesgo de que el retardo en el proceso pueda neutralizar la acción de la justicia, ante la posible fuga del sospechoso o la obstaculización por su parte de la búsqueda de la verdad, de tal forma que este presupuesto se refiere al peligro de fuga y con ello se sustraiga a la acción de la justicia, o bien, que obstaculice la investigación, en consecuencia, este postulado representa la posibilidad de que el sospechoso huya, con lo que se frustraría el proceso y en su oportunidad la presumible pena a imponer.

El juez para determinar si el sospechoso tiene condiciones de poderse fugar, considero que además de las contenidas en el artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales, debe tomar en cuenta las siguientes circunstancias, las cuales deben ser comprobadas por el fiscal que solicite la orden de arraigo:

- a) El domicilio habitual del sospechoso;
- b) El asiento de su familia;
- c) El asiento de sus negocios;
- d) El asiento de su trabajo;
- e) Las facilidades para abandonar el país;
- f) Las facilidades para permanecer oculto;
- g) Los antecedentes de su conducta en la sociedad;
- h) La gravedad de los delitos por los que se le acusa y el daño causado;
- i) La pena que podría llegar a imponerse; y
- j) El comportamiento del sospechoso, antes y durante la etapa de investigación y aseguramiento que indique su voluntad de sustraerse a la acción de la justicia.

Se debe admitir por un lado, que el arraigo es una medida cautelar excepcional de carácter preventivo extraprocesal y que no consiste en una pena anticipada; por otro lado, que busca garantizar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley penal para resolver el caso concreto, al imponer la pena al culpable y declarar el

derecho de la víctima u ofendido a la reparación del daño, desde luego que esta medida deberá cumplir con una estricta motivación.

La Constitución Federal de México en su artículo 16, exige que todos los actos de autoridad deben estar debidamente fundados y motivados, de tal forma que el juez al decretar el arraigo, debe referirse indefectiblemente a las evidencias concretas encontradas en la carpeta de investigación o a cualquier otra evidencia derivada del comportamiento procesal del detenido, que respalde el juicio emitido, sin que con ello se lesione el principio de presunción de inocencia. Debemos señalar, que no son apreciaciones subjetivas del juez las que permitan limitar la libertad, son razones objetivas amparadas legalmente y debidamente respaldadas en una investigación lícita; y ello debe expresarlo al resolver sobre la afectación de la libertad del sospechoso que está a su consideración, para que de este modo se haga efectivo el respeto al debido proceso.¹⁷³ La motivación debe ser razonada, en tanto que el juez deduce de los hechos a partir del análisis de los elementos de convicción, justifica la necesidad para dictarla; y razonable a efecto que tanto las partes como el juez comprendan fácilmente dicho análisis, que esta sea inteligible; así lo señalan además los artículos 9.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos,¹⁷⁴ y el 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁷⁵ que son tratados suscritos y vigentes en el Estado mexicano y forman parte de nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con lo establecido en el artículo 133 de nuestra Carta Magna.

Asimismo, es de tenerse en consideración el Criterio Jurisprudencial emitido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, que establece:

¹⁷³ Cfr. Carocca Pérez, Álex. *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Santiago de Chile: Editorial LexisNexis, 2005. p. 233

¹⁷⁴ Orden Jurídico Gobierno de México. *Tratados Internacionales. Pacto de Derechos Civiles y Políticos*. p. 6. [En línea: 20 de abril del 2017]. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>

¹⁷⁵ *Tratados Multilaterales*. Departamento de Derecho Internacional. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. *op. cit.*

Época: Novena
Registro: 175111
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Jurisprudencia (Penal)
Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta
Fecha: mayo de 2006
Tesis: II.2.o.P.J/20
Tomo: XXIII
Página: 1512

DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. NO SE TRASGREDEN LA CONSTITUCIÓN NI LOS TRATADOS QUE RECONOCEN ESTOS PRINCIPIOS CUANDO LA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DEL QUEJOSO SE JUSTIFICA POR HABERSE CUMPLIDO LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS CONFORME A LA NORMATIVIDAD APLICABLE. La circunstancia de que determinados principios como los de debido proceso legal y presunción de inocencia no solo estén consagrados en la Constitución Federal, sino también en tratados internacionales, no significa que no pueda justificarse una sentencia de condena o que todo acto de autoridad que afecte los intereses del procesado, como su libertad, trastoquen dichos principios. Por el contrario, lo que en ellos se establece es la condicionante de que dicha afectación al quejoso, en su caso, se vea justificada por la constatación de haberse observado o cumplido los requisitos que la propia ley contempla para que esa afectación quede enmarcada dentro de la legalidad en aras del interés público que es inherente al proceso penal y, en general, a la persecución de los delitos. Luego, si se obtiene que el sentido del fallo se justifica por haberse cumplido los requisitos legales exigidos para el caso y con base en la normatividad aplicable, resulta obvio que no se transgreden los principios aludidos y consagrados en la Constitución ni, por ende, los posibles tratados que igualmente los reconocieran.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 470/2004. 21 de enero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Jorge Hernández Ortega.

Amparo directo 283/2005. 8 de septiembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretario: Omar Fuentes Cerdán.

Amparo directo 566/2005. 24 de noviembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretario: Roberto Antonio Domínguez Muñoz.

Amparo directo 612/2005. 17 de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Jorge Hernández Ortega.

Amparo directo 9/2006. 17 de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretario: Omar Fuentes Cerdán.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Mayo de 2006. Página 1512.

Una de las garantías del debido proceso, implica que las decisiones judiciales que afecten a las personas, deben estar motivadas y estas deben ser con arreglo a las pautas lógicas y de manera congruente; pues si las resoluciones no están motivadas, se vulneran las garantías de legalidad y de seguridad jurídica, además del derecho de defensa del procesado sujeto a esta medida cautelar personal, por el desconocimiento

de las razones que llevaron al juez a tomar tal decisión, lo cual ocasionaría que dicha decisión sea violatoria de derechos fundamentales, pues no es dable que en un Estado Democrático de Derecho existan autoridades jurisdiccionales arbitrarias.

La motivación en las decisiones contenidas en los actos de autoridad, es un instrumento para erradicar la arbitrariedad del poder público, por lo que la motivación garantiza que se actuó racionalmente, en proporción, ponderando el derecho afectado y la seguridad de la colectividad, y quien la emita a través de su resolución, debe proporcionar las razones capaces de sostener y justificar en cada caso las decisiones; esto es, en la motivación se concentra el objeto íntegro del control jurisdiccional de la actividad discrecional.

Si bien es cierto, que en la fracción XIII del artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales no se menciona de manera expresa al arraigo en el texto de la misma, que dice: “El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga”, es de fácil interpretación que se trata de la medida cautelar del arraigo, además, como ya sabemos el arraigo está incluido tanto en la Constitución Federal, como en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. En cuanto a la duración del arraigo, está claro que puede durar un tiempo máximo de ochenta días. Referente a los medios de defensa contra la citada medida, el artículo 160 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que: “Todas las decisiones judiciales relativas a las medidas cautelares reguladas por este Código son apelables”. También, debido a que el arraigo vulnera derechos humanos, es viable atacarlo por medio del Juicio de Amparo a que se refiere la fracción I del artículo 103 de nuestra Carta Magna.

3.3. La institución del arraigo en otros países latinoamericanos

En este apartado haré un breve análisis de la figura del arraigo en los países latinoamericanos de Venezuela, Chile y Bolivia, que son junto con México de las pocas naciones que contienen el arraigo como medida cautelar personal de naturaleza penal

dentro de sus sistemas jurídicos, aunque no en todas le llaman arraigo, sin embargo, de acuerdo a cada descripción que aparece en sus diversos Códigos Procesales Penales, estas son equivalentes a la medida cautelar en comento, con las debidas características que los distinguen unos de otros.

3.3.1. Venezuela

El Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela,¹⁷⁶ en el Capítulo IV denominado: De las Medidas Cautelares Sustitutivas, el artículo 242 fracción 1 establece: La detención en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene; y la fracción 4 del mismo numeral insta: La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal. En relación a la duración de las medidas cautelares el artículo 250 de este Código menciona: "El imputado o imputada podrá solicitar la revocación o sustitución de la medida judicial de privación preventiva de libertad las veces que lo considere pertinente. En todo caso el Juez o Jueza deberá examinar la necesidad del mantenimiento de las medidas cautelares cada tres meses, y cuando lo estime prudente las sustituirá por otras menos gravosas. La negativa del tribunal a revocar o sustituir la medida no tendrá apelación".

El mismo Código contiene el recurso de apelación que procede contra el arraigo, está reglamentado por el artículo 439 fracción 4 que dice: Las que declaren la procedencia de una medida cautelar privativa de libertad o sustitutiva.¹⁷⁷ Asimismo, por ser una medida que afecta los derechos humanos de la persona, tiene derecho a la Acción de Amparo contenida en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en el párrafo tercero de dicho numeral que

¹⁷⁶ Iuris Tantum. *Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela*. [En línea: 27 de abril del 2017]. Disponible en: <http://iuristantums.blogspot.mx/2012/06/codigo-organico-procesal-penal-2012.html>

¹⁷⁷ *Ídem*.

establece: La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.¹⁷⁸

En la legislación adjetiva penal de este país, puede observarse la mención de que la restricción a la libertad del presunto se puede llevar a cabo de dos maneras, inicialmente plantea la detención en el domicilio del sospechoso, aunque después abre la posibilidad de que sea en otra parte, además, sin o con vigilancia de acuerdo lo disponga el tribunal correspondiente. Por lo que refiere a la duración de la providencia, establece que esta se revisa por el tribunal cada trimestre, pudiéndola permutar por otra medida de menor impacto, asimismo, indica que el rechazo a la revocación o sustitución de la medida no admite la revocación. Por otra parte, en cuanto a los medios de defensa contra las medidas cautelares personales, estas pueden ser combatidas por dos instancias, el Recurso de Apelación y la Acción de Amparo.

3.3.2. Chile

El Código Procesal Penal de Chile, en el Párrafo 6º denominado: Otras medidas cautelares personales, el artículo 155. Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Inciso a) establece: La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal; y el inciso d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal. La procedencia, duración, impugnación y ejecución de estas medidas cautelares se regirán por las

¹⁷⁸ Organización de Estados Americanos. Textos Constitucionales. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. [En línea: 28 de abril del 2017]. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html

disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este párrafo.¹⁷⁹ Al respecto, el artículo 152 de este Código redacta que:

Límites temporales de la prisión preventiva. El tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado. En todo caso, cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiese esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación.

Además, en relación a esta medida cautelar existe un criterio jurisprudencial emitido por el máximo tribunal de justicia chileno, que consiste en lo siguiente:¹⁸⁰

Causa n° 5043/2009 (Apelación). Resolución n° 25611 de Corte Suprema de Chile, Sala Segunda (Penal) de 4 de Agosto de 2009.

"MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA. La procedencia del arraigo está sujeta a los mismos requisitos y controles que la prisión preventiva, de forma tal que suponen afectaciones a la presunción de inocencia y, en tal sentido, se requiere un fundamento fuerte y verosímil, tema que necesariamente el sistema jurídico y el subsistema procesal penal se encargan de resaltar, al estimar que los principios que sustentan las medidas cautelares son: el de legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y de proporcionalidad...

El Código antes citado, contiene el recurso de apelación contra el arraigo, estando reglamentado por el artículo 158 que dice: Serán apelables las resoluciones que negaren o dieran lugar a las medidas previstas en este Título. Por otro lado, como se ha señalado, esta medida es violatoria de derechos humanos, por ello, este país también contiene en su Constitución el Recurso de Amparo para proteger al afectado por la aplicación del arraigo, el cual está plasmado en el artículo 21, particularmente en el primer párrafo que instituye que: "Todo individuo que se hallare arrestado,

¹⁷⁹ Organización de Estados Americanos. Ministerio Público, Fiscalía Regional. *Código Procesal Penal de Chile*. [En línea: 28 de abril del 2017]. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res40.pdf

¹⁸⁰ Suprema Corte de Chile. [En línea: 29 de abril del 2017]. Disponible en: <https://vlex.cl/tags/excepcion-de-arraigo-25611>

detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que esta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado".¹⁸¹

Referente a lo establecido por el Código procesal chileno, este da la facultad al indiciado a que él escoja el domicilio en el que estará restringido de su libertad, además no se señala que deba estar vigilado por alguien. En cuanto a la procedencia, duración, impugnación y ejecución de la medida, se regula de manera análoga que lo relativo a la prisión preventiva. Por lo que se puede apreciar en este país, se tiene mayor cuidado en el momento de aplicar las medidas cautelares de restricción a la libertad de las personas, tratando de respetar en lo más posible los derechos humanos de estas.

3.3.3. Bolivia

El Código del Procedimiento Penal de Bolivia¹⁸² en su artículo 240° (Medidas sustitutivas a la detención preventiva), fracción 1 instituye que: La detención domiciliaria, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. Si el imputado no puede proveer a sus necesidades económicas o a las de su familia o si se encuentra en situación de indigencia, el juez podrá autorizar que se ausente durante la jornada laboral. Asimismo en la fracción 3 del mismo artículo establece: Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal, sin su autorización, ordenando el arraigo a las autoridades competentes. En cuanto a la duración de la medida, el

¹⁸¹ Cámara de Diputados de la República de Chile. *Constitución Política de la República de Chile*. [En línea: 1 de mayo del 2017]. Disponible en: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf

¹⁸² Organización de Estados Americanos. Honorable Congreso Nacional de Bolivia. *Código del Procedimiento Penal de Bolivia*. [En línea: 3 de mayo del 2017]. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/bol/sp_bol-int-text-cpp.html

Código no establece claramente el término, sin embargo, en el artículo 239 dice que la cesación de la detención preventiva se producirá: 1. Cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito que se juzga; y, 2. Cuando su duración exceda de dieciocho meses sin que se haya dictado sentencia o de veinticuatro meses sin que hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada.

En cuanto a los medios de defensa el referido Código menciona en su artículo 251º (Apelación). La resolución que disponga, modifique o rechace las medidas cautelares, será apelable en el término de setenta y dos horas. Al igual que los otros países que hemos visto, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, establece en la fracción I de su artículo 115 que: Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; asimismo, en la fracción II del mismo numeral refiere que: El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

En Bolivia, al igual que en Chile y Venezuela se establece inicialmente que la medida cautelar de restricción de la libertad sustitutiva de la detención preventiva se aplicará en el domicilio del indiciado, también, señala que puede ser sin vigilancia, o en su caso la que el tribunal determine. Este Código tiene la particularidad que considera las condiciones económicas en las que se encuentre la persona sujeta a la medida cautelar, de tal forma que si es de escasos recursos, autoriza que se interrumpa la medida lo necesario para que pueda acudir a su trabajo y de esta manera no se agrave su situación personal y la de su familia. No se establece de manera clara la duración de las medidas cautelares, por lo que por tratarse de medidas sustitutivas de la detención preventiva, de manera análoga hice la mención de los momentos en que cesa la aplicación de dicha medida.

Por último, en una comparación general de la medida cautelar del arraigo en México, versus las medidas equivalentes en los tres países mencionados, podemos identificar algunas diferencias de importancia:

- 1) En México, la medida del arraigo está contenida en su Constitución nacional, en los otros países no está incluida en sus Constituciones.
- 2) En la Constitución mexicana, se señala que el arraigo se aplicará para delitos relacionados con la Delincuencia Organizada, en los tres países referidos no se menciona nada al respecto en sus Códigos Procesales Penales.
- 3) En la Carta Magna de México, como en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada no se menciona que el arraigo pueda aplicarse en el domicilio de la persona a la que se le aplica la medida cautelar de restricción de la libertad, en tanto que en los Códigos Procesales Penales de los tres países citados se considera como primera opción.
- 4) En México, no se aplica el arraigo domiciliario, pues esta medida se lleva a cabo en casas de seguridad, que usualmente son clandestinas y están vigiladas por la policía bajo el mando del Ministerio Público, en tanto que en los tres países contemplados, se tiene como primera opción que la medida se aplique sin vigilancia alguna, inclusive como se observó, en Bolivia se permite que la persona asista a su trabajo cuando se dan los supuestos que se mencionan en el Código correspondiente.
- 5) En nuestro país el arraigo tiene las características propias de las medidas que se aplican en un estado de excepción, que consisten en privar de la libertad para investigar la presunta culpabilidad del detenido, en lugar de primero realizar una investigación adecuada, en la cual en caso de obtener pruebas fehacientes de que es probable la participación de una persona en algún hecho delictivo, se aplique alguna de las medidas ordinarias de restricción a la libertad personal contenidas en el sistema jurídico mexicano. En los tres países latinoamericanos estudiados, no se contempla que las medidas cautelares tengan el matiz que se observa en el Estado mexicano, sino que se vislumbra que en ellos si se busca dar el debido respeto de los derechos humanos de las personas que sean sospechosas de haber participado en hechos delictivos.

4. Marco Constitucional y leyes secundarias

En este apartado se aborda lo referente al marco Constitucional y las leyes secundarias que le dan soporte a la figura del arraigo penal en nuestro país, iniciando desde luego con la Constitución Federal.

4.1. Constitución General de la República Mexicana

En la Carta Magna de México el fundamento jurídico del arraigo se localiza en el párrafo octavo del artículo 16 del texto Constitucional, el cual establece lo siguiente:

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

Como es sabido, el arraigo se incorporó en la Constitución mexicana como una disposición federal de naturaleza preventiva con el fin de privar de la libertad hasta por ochenta días, a aquellas personas que se tuviera la sospecha de que tuvieran algún vínculo con la delincuencia organizada. Dicha medida cautelar fue implantada en la Carta Magna después de un prolongado periodo de discusión acerca de las diversas reformas al sistema de impartición de justicia, las cuales trajeron como resultado que en el año 2008 se hicieran algunas modificaciones constitucionales, reformando así el sistema de justicia penal y la seguridad pública. Debemos reconocer que entre las mencionadas reformas hubo cambios loables, como lo es la transición a un procedimiento de justicia penal acusatorio en el cual se contiene el derecho a la presunción de inocencia como un principio fundamental, sin embargo, desafortunadamente dentro de las transformaciones se incorporaron determinadas instituciones arbitrarias que son contrarias a un Estado Democrático de Derecho como lo es la figura del arraigo.

4.2. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

Ya que la Carta Magna reconoce al arraigo como medida cautelar, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada regula dicha medida de la siguiente manera:

CAPÍTULO CUARTO DEL ARRAIGO

Capítulo adicionado DOF 16-06-2016

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

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

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

Artículo reformado DOF 23-01-2009, 16-06-2016

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

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

Artículo adicionado DOF 16-06-2016

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

- I. El nombre y cargo del Juez de control que lo autoriza y la identificación del proceso en el cual se ordena;
- II. Los datos de identificación de la persona que estará sujeta a la medida de arraigo;
- III. Hechos que la ley señale como delitos, por los cuales se realiza la investigación;
- IV. El motivo del arraigo, debiendo especificar si es necesario para el éxito de la

investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos, o si existe riesgo fundado de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia;

V. El día, la hora y lugar en que iniciará la ejecución de la medida de arraigo, y

VI. Las autoridades que realizarán la ejecución del arraigo.

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

Artículo adicionado DOF 16-06-2016

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

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

Artículo adicionado DOF 16-06-2016

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

Artículo adicionado DOF 16-06-2016

Se debe entender que la guerra versus la delincuencia organizada, no se constituye como una dificultad exclusivamente interna de nuestro país sino que tiene un alcance internacional, por lo cual demanda la incorporación de dispositivos prácticos que permitan debilitar este ilícito; pues no es factible pensar que solamente con una medida arbitraria como el arraigo, regulada por una ley la cual es confusa y hasta incompleta en diversos puntos partiendo de la definición de delincuencia organizada, asimismo, el ínfimo nivel probatorio que se necesita para poner a un individuo en arraigo, el cual da acceso a las autoridades para la aplicación indiscriminada de esta institución. Ya que de conformidad con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, para que el arraigo se autorice por el juez, entre otros motivos, solamente es necesario que la autoridad investigadora diga que: "existe

riesgo fundado de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia”. Lo que se traduce en que únicamente se requiere que el Ministerio Público manifieste que existe la probabilidad de que la persona que se busca arraigar se puede sustraer de la acción de la justicia, siendo que aún no hay imputado, pues al sospechoso no se le ha formulado la imputación correspondiente. Por lo dicho y otras apreciaciones más, es que se tienen dudas para una clara interpretación y por ende la aplicación de la ley en comento, y que con esta se quiera enfrentar de manera efectiva al crimen organizado.

4.3. Código Nacional de Procedimientos Penales

Como ya se dijo anteriormente, en la fracción VI del artículo 155 del Código en cuestión, mismo que contiene los tipos de medidas cautelares, no se menciona en el texto de dicha fracción la palabra arraigo, pues está redactada de la manera siguiente: “VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada”, sin embargo, de la simple lectura de dicha redacción se puede interpretar que se trata de la figura del arraigo, además esta fracción está administrada con el último párrafo del artículo 167 del Código en comento en el que se deja la posibilidad para aplicar otra medida diferente a la prisión preventiva al referir: “El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad. Dicha solicitud deberá contar con la autorización del titular de la Procuraduría o el funcionario que en él delegue esa facultad”, medida que a mi criterio bien puede tratarse del arraigo.

Con base a lo antes visto, puedo decir que la inexactitud en la regulación secundaria del arraigo en concordancia con lo contenido en el texto Constitucional, implica un impedimento para su debida aplicación y consecuentemente una afectación

al derecho a la seguridad jurídica de aquellas personas a las que se les aplica la citada medida cautelar.

5. Discordancia del arraigo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En la esfera del Derecho Internacional de los Derechos Humanos concurre una disposición de consonancia interpretativa de las normas sustantivas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos, que protegen la libertad personal con motivo de la intervención punitiva del Estado. Tal armonía consiente invocar criterios de diversas cortes internacionales de derechos humanos, debido a que su contenido está en avenencia con declaraciones generales, asimismo, a que en dichos tratados se localizan normas que acceden a invocar, de algún modo, la fórmula necesaria que más convenga a los derechos de la persona.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene el criterio siguiente:

Considerando que, además, el párrafo 1 (c) del artículo 5 (artículo 5-1-c) del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) puede ser interpretado en relación con el apartado 3 del mismo artículo (artículo 5-3), con el que forma un todo, mientras que el párrafo 3 (artículo 5.3) establece categóricamente que “toda persona detenida o presa, de conformidad con las disposiciones del párrafo 1 (c) del presente artículo (artículo 5-1-c) será llevada sin demora ante un juez...[y]”tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable”; claramente implica la obligación de llevar a todos los detenidos o encarcelados en alguna de las circunstancias previstas por las disposiciones del párrafo 1 (c) (artículo 5-1-c) ante un juez con el propósito de examinar la cuestión de la privación de libertad o con el fin de decidir sobre el fondo, y que tal es el sentido claro y natural de la redacción tanto del apartado 1(c) y el párrafo 3 del artículo 5 (artículo 5-1-c, artículo 5.3, respectivamente).¹⁸³

¹⁸³ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Lawless contra Irlanda. Estrasburgo 01/07/1961. [En línea: 5 de junio del 2017]. pp. 22, 23. Disponible en: http://documentostics.com/documentos/Caso_Lawless_vs_Irlanda%5BESP%5D.pdf

Podemos observar que en la esencia argumentativa de este criterio se incluye al derecho de la persona que es privada de su libertad, para que sea un juez quien se encargue de analizar el asunto correspondiente a la limitación de libertad en lo relativo a su legalidad o con el fin de resolver sobre el fondo del asunto. El arraigo se localiza en el primero de los ámbitos y por lo cual debe observar todos los derechos y garantías del debido proceso, ya que es un juez el único que está autorizado para examinar y decidir sobre la privación de la libertad.

Es trascendental percibir el acceso a la justicia como un auténtico derecho humano y no meramente como si se tratara de la prestación de un servicio, porque ello significaría mercantilizar al mismo, considerando a aquel que lo requiere como si fuera un cliente y no como un sujeto de derechos. En este sentido, cuando hablamos de acceso a la justicia nos referimos a un conjunto de derechos y garantías que los Estados deben asegurar, ya que el acceso a la justicia está ampliamente reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que tenemos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

Es importante manifestar que el Estado mexicano, al instaurar el arraigo en la Carta Magna, mediante un acto legislativo extraordinario, debido a que procede del Constituyente Permanente, está cometiendo una contravención al derecho internacional, de manera específica, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió este criterio: “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas.

Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente".¹⁸⁴

De esta manera, la Corte Interamericana instituye el deber de todos y cada uno de los Estados Parte de la Convención Americana, de llevar a cabo las adecuaciones necesarias en su derecho interno conforme a las disposiciones contenidas en la citada Convención, para que con ello se logren garantizar de manera fehaciente los derechos humanos que se encuentran contenidos en la misma.

Por lo tanto, se puede colegir que una detención en el contexto de la procuración de justicia, únicamente se puede justificar con el fin de que la persona detenida sea puesta a la brevedad a disposición de un juez competente, con el propósito de que resuelva sobre la libertad de la persona en relación con las causales constitucionales de detención y, al mismo tiempo, con la misma prontitud decida sobre el mérito del procesamiento. El arraigo conlleva una afectación grave de naturaleza cautelar de la libertad personal y, por ello, su aplicación implica activar el conjunto de derechos y garantías que se deben respetar en el debido proceso.

5.1. Debate internacional sobre el arraigo en México

En virtud de que el arraigo es "*per se*" violatorio de los derechos humanos de: presunción de inocencia, debido proceso, libertad personal, libertad de tránsito y dignidad; muchos organismos internacionales protectores de los derechos humanos han declarado claramente la imperiosa necesidad de excluirlo de la legislación mexicana.

¹⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ximenes López vs. Brasil*, Excepción Preliminar, Sentencia de 30 de noviembre de 2005, Serie C No. 139, párrafo 83, [En línea: 7 de junio del 2017]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

El Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la ONU, precisó en el párrafo 50 del informe que emitió en el marco de su visita del 27 de octubre al 10 de noviembre de 2002 a México, lo siguiente: 50. “...existe una suerte de preproceso o anteproceto que se lleva a cabo de facto no ante un juez, sino ante funcionarios de la Procuraduría General de la República que adquieren así la facultad de actuar y valorar pruebas y desahogar medios de prueba con preinculpados”.¹⁸⁵

El Grupo de Trabajo consideró, que la institución del arraigo es en realidad una forma de detención preventiva de carácter arbitrario en razón de la insuficiencia del control jurisdiccional y de la ejecución de la medida en lugares que, si bien no son secretos, sí son “discretos”; dicho Grupo pudo constatar que informar sobre su ubicación exacta era más o menos una cuestión de “tabú”, incluso entre miembros de la Procuraduría.

Por su parte, el Comité contra la Tortura de la ONU, señaló y recomendó en el párrafo 15 de su informe de Conclusiones y Recomendaciones a México el 7 de febrero de 2007, lo siguiente:¹⁸⁶

15. Al Comité le preocupa la figura del “arraigo penal” que, según la información recibida, se habría convertido en una forma de detención preventiva con el uso de casas de seguridad -casas de arraigo- custodiadas por policías judiciales y agentes del Ministerio Público, donde se pueden detener indiciados durante 30 días –hasta 90 días en algunos Estados- **mientras se lleva a cabo la investigación para recabar evidencia, incluyendo interrogatorios.** Aun cuando el Comité toma nota con satisfacción de la decisión adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en septiembre de 2005 en la que se declara inconstitucional la figura del arraigo penal, le preocupa sin embargo, que la decisión judicial se refiere únicamente al Código Penal del Estado de Chihuahua y carecerá de eficacia vinculante para los tribunales de otros Estados. (lo marcado con negritas es mío)

¹⁸⁵ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su visita a México en 2002, E/CN.4/2003/8/Add.3, párrafo 50. [En línea: 9 de junio del 2017]. Disponible en: <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/e0d30fad39c92e5fc%201256ccc0035bb0a?>

¹⁸⁶ Informe del Comité contra la Tortura de la ONU a México en 2007. [En línea: 10 de junio del 2017]. Disponible en: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/2e3ffd18d95b07%2039c12572b30042e140?](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/2e3ffd18d95b07%2039c12572b30042e140?)

El Estado Parte debe, a la luz de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, garantizar que la figura del arraigo desaparezca tanto de la legislación como en la práctica, a nivel federal así como a nivel estatal.

Como se puede apreciar, la decisión del máximo tribunal de México, solo acotó la inconstitucionalidad de la medida en lo concerniente al Código Penal del Estado de Chihuahua, pero como ya es sabido en el año 2008 se elevó a nivel Constitucional al incorporarse en el párrafo octavo del artículo 16 de la Carta Magna.

Asimismo, el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, observó y recomendó en el párrafo 238 de su informe del 27 de mayo de 2009 sobre su visita a México en el año de 2008, lo siguiente:¹⁸⁷

238. El SPT considera que la figura jurídica del arraigo puede llegar a propiciar la práctica de la tortura al generar espacios de poca vigilancia y vulnerabilidad de los arraigados, quienes no tiene ninguna condición jurídica claramente definida para poder ejercer su derecho de defensa. El SPT recomienda la adopción de medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza para evitar que la práctica del arraigo genere situaciones que puedan incidir en casos de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Al respecto como se sabe, la tortura se hace presente en las casas de seguridad o arraigo, con el fin de que los presuntos responsables acepten su participación en los delitos que se les están atribuyendo.

De igual modo, el 22 de marzo de 2010, en el marco del Examen Periódico Universal a México ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, dicho Comité

¹⁸⁷ Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes de la ONU. México: 27 de mayo de 2009. [En línea: 13 de junio del 2017]. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/ReportMexico_sp.pdf

instó en el párrafo 15 de su informe al Estado mexicano entre otras cosas, a lo siguiente:¹⁸⁸

15. El Comité expresa su preocupación por la legalidad de la utilización del "arraigo" en el contexto de la lucha contra la delincuencia organizada, que prevé la posibilidad de detener a una persona sin cargos durante un máximo de 80 días, sin ser llevado ante un juez y sin las necesarias garantías jurídicas según lo prescrito por el artículo 14 del Pacto. El Comité lamenta la falta de aclaraciones sobre el nivel de las pruebas necesarias para una orden de "arraigo".

Derivado de que se constitucionalizó el arraigo, dicha medida se ha usado con mucha frecuencia y los resultados no han sido positivos, y desde luego, en ninguno de los casos en los que se ha dejado en libertad al arraigado por no acreditarse su responsabilidad, se le ha indemnizado por el daño causado.

Gabriela Knaul, Relatora Especial de la ONU sobre la Independencia de Jueces y Abogados señaló en su declaración de prensa al concluir en su misión oficial a México entre el 1 y el 15 de octubre de 2010:¹⁸⁹

Considero que la figura de arraigo, medida violatoria de derechos humanos "*per se*", de la que se desconocen las dimensiones reales de su utilización –**que permite la detención para investigar, cuando lo apropiado es investigar rápida y eficazmente para detener**- es resultado del mal funcionamiento del sistema de investigación y procuración de justicia, pues coloca los incentivos en una dirección contraria al fortalecimiento de la capacidad investigativa de la autoridad y viola el principio de la presunción de inocencia. (el énfasis es mío)

¹⁸⁸ Consejo de Derechos Humanos. Informe preliminar del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. México. 22 de marzo de 2010. A/HRC/WG.4/13/j.5 numerales 125.43 a 128.52, p. 16. [En línea: 15 de junio del 2017]. Disponible en: <https://epumexico.wordpress.com/>

¹⁸⁹ Knaul Gabriela. Relatora Especial de la ONU sobre la independencia de Jueces y Abogados. 15 de Octubre de 2010. [En línea: 19 de junio del 2017]. Disponible en: http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=639:declaracion-de-prensa-intervencion-de-la-sra-gabriela-knaul&Itemid=281

En 2013, en el Segundo Examen Periódico Universal de México, países como Francia, Alemania, Austria y Bélgica nuevamente recomendaron: "eliminar la práctica del arraigo a nivel federal y estatal, establecer organismos especializados para investigar las denuncias de violaciones y llevar una base de datos nacional"¹⁹⁰

Nuevamente el Comité de Derechos Humanos de la ONU, reitera el exhorto al Estado mexicano de excluir de su legislación nacional la medida del arraigo, persuadiéndolo a que implante entidades especializadas que investiguen y resuelvan las denuncias de violaciones a derechos humanos, construyendo una estadística confiable al respecto.

El 7 de febrero de 2014, el periódico La Jornada hizo la publicación de los resultados de disímiles solicitudes de acceso a la información pública y dio cuenta que:

"De enero de 2008 al 13 de diciembre de 2013 han sido arraigadas 9 mil 582 presuntos delincuentes: el 50% superaron los 40 días y el 2% permaneció en esa situación durante el tiempo máximo permitido por la ley. De ese total, solo 490 personas fueron consignadas ante un juez, es decir que solo en el 5% de los casos el Ministerio Público logró comprobar que estas personas estaban involucradas en algún ilícito. En otras palabras, desde el 2008 la figura ha servido en el 5% de los casos. En 2013, ya con la PGR a cargo del controversial Jesús Murillo Karam, el cual declaró que "el arraigo es una figura de la que se abusó".¹⁹¹

De lo mencionado en este apartado, se desprende que la medida cautelar del arraigo, no solo no es efectiva, sino que es violatoria de derechos humanos de quienes se les aplica injustamente y por si eso fuera poco, no existe una disposición legal en

¹⁹⁰ Consejo de Derechos Humanos. Informe preliminar del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. México. 25 de octubre de 2013. A/HRC/WG.6/17/L.5 numerales 148.60 a 148.63, p. 18. [En línea: 20 de junio del 2017]. Disponible en: <https://epumexico.wordpress.com/>

¹⁹¹ Castillo García, Gustavo. La PGR consignó ante juez solo a 490 de 9 mil 582 personas que sometió a arraigo. *Periódico La Jornada*. México. 7 de febrero de 2014. p. 11 [En línea: 10 de junio del 2017]. Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2014/02/07/politica/011n1pol>

el ordenamiento jurídico mexicano, que establezca la responsabilidad patrimonial del Estado para que se les repare el daño causado improcedentemente.

CAPÍTULO CUARTO RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL

1. Responsabilidad patrimonial del Estado

En el presente capítulo se abordarán en los siete apartados que lo integran, lo referente a la institución conocida como responsabilidad patrimonial del Estado la cual es el tema central de esta tesis, en el primer apartado inicio con lo relativo a su naturaleza jurídica; asimismo, hago una revisión de las acepciones que se le dan en el ámbito jurídico a dicha figura, es decir, referente a su concepto; después en el segundo apartado incorporo un breve estudio del último párrafo del artículo 109 de nuestra Constitución; en el tercer apartado toco el tema del error judicial estudiando en él, tanto su naturaleza, como los tipos de errores judiciales existentes en nuestro sistema judicial; en el cuarto apartado analizo la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, considerando para ello nuestro país y algunos países europeos, así como de latinoamérica; en el quinto apartado examino la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial desde la óptica de diversos tratados, convenciones y cortes internacionales de derechos humanos, incluyendo entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en el apartado sexto realizo un estudio de algunos procedimientos para reclamar al pago de la indemnización correspondiente; y finalmente, en el séptimo apartado planteo una propuesta para el cálculo de la citada indemnización para resarcir el daño causado.

1.1. Naturaleza jurídica

Es importante señalar que los particulares efectivamente tenemos derecho a un Estado que sea eficaz y eficiente en la consecución de los fines que le dimos, dentro de los límites del marco jurídico que también le dimos, en unas ocasiones erigidos como poder constituyente, otras como poder constituido. La generalidad de los juristas

del mundo concuerda en que el reconocimiento y regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado, como garantía de los gobernados, es un factor imprescindible para perfeccionar un Estado Democrático de Derecho.

En tal virtud, en el párrafo tercero del artículo primero Constitucional, se establece la obligación del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos establecidos por la ley; por ello es necesario señalar que en nuestro sistema jurídico mexicano existe la alternativa para el reclamo de violación de derechos humanos identificada como la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual está instaurada en el último párrafo del artículo 109 de la Carta Magna de nuestro país y derivado de este la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado reglamentaria del último párrafo del citado artículo Constitucional.

La mencionada alternativa podrá ser utilizada cuando un ciudadano considere que han sido violados sus derechos humanos por algún servidor público como representante del Estado, identificando tales violaciones como la falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que debe llevar a cabo el Estado. Debo aclarar que el procedimiento que se sigue para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado, busca acreditar que el Estado faltó al cumplimiento de alguno de sus deberes y que dicho incumplimiento creó un daño, el cual deberá ser resarcido por la autoridad responsable.

Respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado, diremos que la responsabilidad es un término interpretado de manera ambigua en el ámbito normativo, toda vez que en unas ocasiones se le da la acepción de culpabilidad y en otras de imputabilidad; sin embargo, la responsabilidad es el escenario en el que sitúa a una persona imputable para rendir cuentas a la sociedad para responder por sus actos u omisiones, se hace la aclaración que únicamente pueden ser responsables jurídicamente aquellos que tienen el deber de responder por un acto u omisión. Así, la

responsabilidad instaura un vínculo entre el sujeto y Estado, ya que mediante el orden jurídico este instituye que aquél tiene la obligación de llevar a cabo cierta conducta, en tal virtud, la inimputabilidad será la falta de circunstancias de desarrollo y salud mental forzosas para responder por una conducta.¹⁹²

De lo anterior podemos inferir que, la responsabilidad reside en la necesaria capacidad jurídica de las personas para saber el alcance de sus actuaciones y admitir los resultados que de ellas se deriven, o en su caso, de sus omisiones en tanto exista la posibilidad de lesionar los derechos o la esfera jurídica de terceras personas a las cuales trastornen su conducta. Es importante decir, que no podrá acreditarse alguna responsabilidad ni imputabilidad, cuando no conste un vínculo entre la conducta libre del agente y los efectos que ocasione. Asimismo, es preciso indicar que el daño o detrimento producido, no se creará precisamente con motivo de una conducta efectuada, sino que de la misma manera podrá ser consecuencia de un acto negativo, esto es, de una omisión por parte del servidor público y que forzosamente sea el producto de la negligencia o descuido, o incluso se traduzca en el actuar doloso por parte del agente estatal.

Cabe decir, que en relación al sentido jurídico que tiene la palabra responsabilidad, esta hace alusión a una apreciación intuitiva referente a que la persona que ingrese en el ámbito de lo antijurídico, se hará merecedora de un correctivo.¹⁹³ De tal forma que dicho término se puede discernir como: la obligación jurídica de restituir una condición afectada por una diligencia antijurídica culpable, la cual conduce al perjuicio de un bien tutelado por el Estado.¹⁹⁴

¹⁹² Cfr. Márquez Gómez, Daniel. *Función jurídica de control de la administración pública*. México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. pp. 299 y 300.

¹⁹³ Cfr. Burruel Huerta, Leopoldo. *La responsabilidad del Estado y sus agentes*. México: Editorial Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2009. p. 2.

¹⁹⁴ Cfr. *Ibídem*, pp. 12 y 13.

Dicho de otra manera, la responsabilidad no es otra cosa que el escenario jurídico que sucede a consecuencia de la violación de una obligación. Asimismo, se asevera que la presencia de la responsabilidad está condicionada, por un lado a una obligación preexistente y, por otro, a un hecho posterior, a saber, la violación o inexecución de un deber, en tal virtud, el ente responsable de la conducta irregular, ya sea por acción u omisión, deberá responder por las consecuencias que resulten.

Lo anterior lo podemos resumir como la valoración acerca de las secuelas que implica la actuación antijurídica que realice, o en su caso, omita de llevar a cabo el Estado por conducto del servidor público en perjuicio de terceras personas, por lo cual el Estado tendrá que responderle al gobernado afectado en la restitución del perjuicio en sus derechos que le fue ocasionado por el representante estatal.

Debido a que hay dificultad de que solo exista una definición del término responsabilidad, sin embargo, desde una visión jurídica se puede entender como aquella conducta que no acata deberes y por lo tanto, da cabida al establecimiento de penalidades disponibles en las diversas normas jurídicas a través del procedimiento correspondiente, para establecer las responsabilidades.¹⁹⁵

Se puede razonar, que la responsabilidad es la cualidad que el derecho ha instaurado y evolucionado para resarcir el daño ocasionado en el patrimonio del afectado, y así estabilizar y compensar las relaciones humanas, y sus derivaciones económicas, de ahí que cualquier orden jurídico que sea íntegro tendrá en mayor porcentaje de consecución de la reparación del daño producido, y por consiguiente un mayor grado de responsabilidad en todas las esferas de la sociedad.

A efecto de abundar en la naturaleza de la responsabilidad patrimonial del Estado, se invoca la tesis aislada publicada en el Semanario Judicial de la Federación

¹⁹⁵ Cfr. Juárez Mejía, Godolfino Humberto. *Elementos para una teoría de la responsabilidad pública*. México: Editorial Porrúa, 2008. p. 17.

y su Gaceta, con la salvedad de que lo referente a la ubicación del tema concerniente a la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestra Carta Magna, dicho tema ya no se localiza en el párrafo segundo del artículo 113 constitucional, ahora se encuentra en el último párrafo del artículo 109 de la Constitución federal, de conformidad con la reforma Constitucional que se hizo en ambos numerales en fecha 27 de mayo de 2015.

Época: Novena Época

Registro: 168864

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XXVIII

Fecha: Septiembre de 2008,

Materia(s): Civil

Tesis: I.4o.C.144 C

Página: 1363

NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO (Interpretación del artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal, conforme al texto constitucional).

El régimen de responsabilidad patrimonial en el Distrito Federal es de carácter objetivo y directo. Aun cuando el artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal que la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios ocasionados por sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas, es solidaria y subsidiaria, lo cierto es que al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone, que: "La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa." Al existir incompatibilidad entre ambos preceptos, el conflicto de normas se resuelve sobre la base del principio de jerarquía y, por ende, debe acatarse la norma superior, según la cual, la responsabilidad del Estado, por los daños que se causen a los particulares, con motivo de la actividad administrativa irregular, es objetiva y directa. En conformidad con la reforma del artículo 113 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el catorce de junio de dos mil dos, el legislador estableció un régimen en el que la responsabilidad patrimonial del Estado es objetiva y directa, lo que implica que el órgano estatal debe reconocer su responsabilidad por la afectación ocasionada a los particulares, con motivo de la actividad irregular de alguno de sus servidores públicos, en ejercicio de sus funciones, e indemnizarlos cuando se le haya acreditado la realidad de los daños resentidos en el patrimonio de los afectados, independientemente de la falta o culpabilidad de sus agentes. Incluso en la reforma de mérito, el legislador estimó necesario conceder a la Federación y entidades federativas, un tiempo prudente para expedir y reformar las leyes reglamentarias correspondientes, a fin de adecuarse a este nuevo régimen de responsabilidad estatal, tal como se advierte de su artículo transitorio único. Dicho mandato, se vio reflejado en la reforma de treinta y uno de diciembre de dos mil cuatro, donde se derogó el artículo 1927 del Código Civil Federal (cuyo contenido es el mismo que el actual artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal). Asimismo, se emitió la nueva Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, en la que se adoptó el régimen de responsabilidad directa y objetiva del órgano estatal. Esta nueva concepción se aparta de la denominada responsabilidad indirecta o de hecho ajeno, prevista en el artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal, en la que se prevé que el Estado

está obligado solidaria o subsidiariamente con el agente que generó la afectación o daño en el patrimonio del particular, para lo cual, habrá de demostrarse la ilicitud en la actuación del servidor público, es decir, su culpabilidad, así como su insolvencia, para que el Estado pueda responder del daño. De esta manera, la noción de responsabilidad subjetiva ya fue superada con la reforma Constitucional al artículo 113, en la cual no es determinante, para los efectos de configuración de la responsabilidad del Estado, el que los particulares demuestren el actuar ilícito de los servidores públicos, con lo que se deja a un lado la tradicional teoría de la culpa. Asimismo, se opta por reconocer la responsabilidad directa del Estado, esto es, la posibilidad de que la víctima demande precisamente al Estado, por ser este el único obligado a cubrir la totalidad de la indemnización, sin perjuicio del derecho que tenga de repetir en contra del funcionario o funcionarios responsables. Bajo este sistema no es necesario haber determinado previamente en un procedimiento la responsabilidad del servidor público, ni tampoco se requiere acreditar la insolvencia de este para poder demandar al órgano estatal. De ahí que si el artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal prevé un régimen de responsabilidad distinto al contenido en el precepto constitucional, es inconcuso que este último debe prevalecer, sobre la norma de menor jerarquía.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 733/2007. Amado Nicasio Granados. 17 de enero de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: María del Carmen Amaya Alcántara. Nota: Esta tesis es objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 396/2016, pendiente de resolverse por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Al respecto diré que, a principios del año de 1994 fueron publicados los artículos 1927 y 1928 del Código Civil. En lo relativo al artículo 1927 en este se instauró la responsabilidad directa del Estado, con la atribución de solidaria y subsidiaria derivada de los daños y perjuicios que causaran los servidores públicos durante el ejercicio de su desempeño como producto de injustos dolosos. Por otro lado, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en su numeral 77 bis, ahora artículo 33 de la ley vigente, consideró la atribución de los particulares para poder llevar a cabo la reclamación de daños y perjuicios al Estado como consecuencia de una diligencia ilícita de un servidor público.

1.2. Concepto

En esta parte del presente trabajo corresponde exponer algunas definiciones relativas a la responsabilidad patrimonial del Estado, de acuerdo con lo que refiere Guillermo Haro Bélchez respecto del significado que tiene la institución resarcitoria en comento, esta se puede concebir como el deber que asume el Estado como sujeto jurídico, de

resarcir las afectaciones ocasionadas debido a su proceder hacia los gobernados.¹⁹⁶ Para Álvaro Castro Estrada, consiste en considerarla como una institución jurídica, la cual a través de razonamientos específicos de derecho público, instauro el deber inmediato del Estado de reparar los daños a los gobernados que resulten afectados en sus derechos o sus bienes, por consecuencia del actuar de los servidores públicos.¹⁹⁷ Por otra parte José N. González Parás dice que, es la institución que se puede percibir como una garantía individual reciente, la cual reside en el goce de la integridad patrimonial del gobernado, implicando el deber progresivo del Estado a repararlo, debido a la realización de sus funciones, y que por ello cause perjuicio en su patrimonio, sin que exista justificación legal al respecto.¹⁹⁸

Con base a las tres definiciones citadas, podemos decir que la referida figura jurídica se presenta cuando algún agente estatal, en el ejercicio de sus responsabilidades como servidor público, no se adecua a los deberes que están establecidos en la ley, asimismo, por acciones u omisiones que perturben los principios de legalidad, imparcialidad y eficiencia que tutelan al servicio público, y en tal virtud ocasionen daños a los ciudadanos, ya sea en sus derechos o bienes, por lo que el Estado está obligado a resarcirlos.

Con el propósito de concentrar lo antes dicho, me permito formular como concepto de la responsabilidad patrimonial del Estado el siguiente: Es un deber de naturaleza jurídica que compromete al Estado a reparar los daños causados a los particulares, emanados de sus funciones, tanto administrativa como jurisdiccional anormales, lesiones que no se tiene el deber jurídico de soportar y en tal virtud, poseen

¹⁹⁶ Cfr. Haro Bélchez, Guillermo. Vinculación de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado con el régimen de responsabilidad de los servidores públicos. *La responsabilidad patrimonial del Estado*. México: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000. p. 52.

¹⁹⁷ Cfr. Castro Estrada, Álvaro. *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*. México: Editorial Porrúa, 2002. p. 313.

¹⁹⁸ Cfr. González Parás, José Natividad. Presentación. *La responsabilidad patrimonial del Estado*. México: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000. p. 3.

la prerrogativa de reclamar que se les resarzan las pérdidas producidas al haberseles violado sus derechos humanos.

Este concepto que estamos presentando, lo podemos separar en los elementos que a continuación se mencionan:

- a) Simboliza un deber jurídico para el Estado. En tanto se agoten los supuestos obligatorios, el Estado como resultado de su proceder, habrá de reparar a los gobernados los daños que le causó al vulnerar sus derechos humanos.
- b) Su intención principal radica en indemnizar los daños producidos a los administrados. La finalidad esencial consiste en que el Estado compense la lesión causada al gobernado, y no propiamente busca sancionar la acción del agente público que realizó la falta.
- c) Solo es posible demandar los daños emanados del desempeño administrativo y jurisdiccional irregulares. Únicamente habrán de repararse los daños que estén vinculados directamente con la actuación de agente del poder público y cuando esta se haya ejecutado infringiendo la reglamentación instituida.
- d) Los administrados no están obligados jurídicamente a soportar los daños por la trasgresión a sus derechos humanos, que le origine el Estado. Con el fin de salvaguardar el derecho humano a la seguridad jurídica que ostentan todas las personas, gozan del derecho a reclamar que se les resarza el daño por el Estado, cuando este perturbe los derechos humanos de los gobernados sin algún sostén jurídico.

2. Breve examen del último párrafo del artículo 109 Constitucional

En la reforma Constitucional del 12 de junio de 2002 se instauró el párrafo segundo del artículo 113 -ahora último párrafo del artículo 109 Constitucional debido a la reforma del 27 de mayo de 2015-, mediante el cual se solucionó, por una parte, el binomio entre las responsabilidades objetiva y la subjetiva y, por la otra, el binomio de responsabilidad subsidiaria y la directa que en ese momento era el motivo de controversia en la doctrina. El día último del año 2004, se publicó la Ley Federal de

Responsabilidad Patrimonial del Estado, ley reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 Constitucional -ahora último párrafo del artículo 109 Constitucional como ya se señaló líneas arriba-, misma que tiene vigencia a partir de enero 1° de 2005. Dicha Ley vino a establecer las bases y procedimientos para reparar los daños a quien los sufra por la actividad administrativa irregular del Estado; estableciendo la responsabilidad objetiva y directa; así mismo, derogó al artículo 33 y al último párrafo del artículo 34 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, de igual forma lo hizo con el artículo 1927 del Código Civil Federal.

Por lo referido anteriormente, en este apartado llevaré a cabo un breve examen acerca del señalado último párrafo del artículo 109 Constitucional, mencionaré que este instituye lo siguiente: “La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.”

La primera parte del antedicho párrafo dispone que: “La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, ...”, así tenemos, que la responsabilidad patrimonial del Estado nace si este ocasiona un daño al ciudadano derivado de su actividad administrativa irregular, con ello deja de lado el propósito de considerar los daños producidos por la actividad regular del Estado; de igual forma cualquier evento relacionado con el dolo o la ilegalidad en la acción del servidor público, con el propósito de enfocarse en los actos que si bien corresponden al Estado, pero efectuados de forma anormal; esto es, sin que se atiendan las circunstancias normativas o parámetros establecidos por la propia administración. Por tal virtud, es evidente que el concepto de actividad administrativa irregular señalada en el artículo 109 último párrafo de la Carta Magna debe ser identificado con la

participación estatal desarrollada, ello sin dar satisfacción a las disposiciones normativas correspondientes para la ejecución de dicho acto.

Ahora bien, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, en el último párrafo de su artículo primero, señala a la actividad administrativa irregular del Estado como potencial generadora de algún perjuicio en los bienes y prerrogativas de los particulares, los cuales no estén en el supuesto de tener que tolerarlo, ya que no existe precepto jurídico de justificación para legitimar el daño causado.¹⁹⁹ Es necesario señalar, que como se desprende de dicho numeral, la responsabilidad patrimonial del Estado queda acotada solamente a los actos materialmente administrativos, por lo que quedan excluidos tanto los actos jurisdiccionales como los legislativos.

En lo que respecta al complemento de la citada primera parte del párrafo en comento que dice: "...cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa." Se colige que, la responsabilidad patrimonial es objetiva y directa, es decir, que corresponde al Estado mexicano asumir el compromiso de responder de manera justa e inmediata, por aquellos daños y perjuicios que sean causados a los particulares por la realización administrativa irregular de los representantes del poder público al llevar a cabo sus obligaciones.

Cabe mencionar que para aclarar el significado de la responsabilidad objetiva y directa, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana mediante la tesis de jurisprudencia 42/2008, señaló que la "responsabilidad objetiva" consiste en que el particular no tiene el deber de soportar los daños patrimoniales causados por una actividad irregular del Estado, concebida esta como los actos de la administración efectuados de forma ilegal o anormal, esto es, sin observar los requerimientos normativos o a los parámetros instaurados por la misma

¹⁹⁹ Cfr. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. *Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, artículo 1.* [En línea: 18 de septiembre del 2017]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf>

administración; por otra parte "responsabilidad directa" establece que cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones cometa daños a los gobernados en sus bienes o derechos, los afectados podrán reclamarla directamente, sin la necesidad de demostrar la ilicitud o el dolo del agente o servidor público que ocasionó el daño reclamado, ni demandarlo a él previamente, solo con señalar la irregularidad de su actuación.²⁰⁰

Para abundar en la explicación de la responsabilidad objetiva es necesario referirnos a la responsabilidad subjetiva la cual tiene como cualidad, que la obligación de resarcir el daño depende de la existencia de un elemento subjetivo, es decir, la culpa, considerada esta como la voluntad o intención de producir el perjuicio; en tanto que, la responsabilidad objetiva se caracteriza por la ausencia del elemento subjetivo, ya que es suficiente el hecho de ocasionar el daño para que nazca el deber de resarcirlo.²⁰¹

Con el propósito de entender la divergencia entre estas responsabilidades, nos auxiliamos con la tesis jurisprudencial publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que a continuación se describe textualmente.

Época: Novena Época
Registro: 169424
Instancia: Pleno
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XXVII
Fecha: Junio de 2008
Materia(s): Constitucional
Tesis: P./J.42/2008
Página: 722

²⁰⁰ Tesis de Jurisprudencia 42/2008, Novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXVII, junio de 2008. p. 722. [En línea: 19 de septiembre del 2017]. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sistema-de-consulta/#/>

²⁰¹ Cfr. Roldán Xopa, José. Hacia una interpretación Constitucional alternativa en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. *Lex. Difusión y análisis*. México, 3ª época, año VIII, núm. 105, marzo 2004. p. 35.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO OBJETIVA Y DIRECTA. SU SIGNIFICADO EN TÉRMINOS DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 113 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Del segundo párrafo del numeral citado se advierte el establecimiento a nivel Constitucional de la figura de la responsabilidad del Estado por los daños que con motivo de su actividad administrativa irregular cause a los particulares en sus bienes o derechos, la cual será objetiva y directa; y el derecho de los particulares a recibir una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes. A la luz del proceso legislativo de la adición al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la "responsabilidad directa" significa que cuando en el ejercicio de sus funciones el Estado genere daños a los particulares en sus bienes o derechos, estos podrán demandarla directamente, sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo del servidor que causó el daño reclamado, sino únicamente la irregularidad de su actuación, y sin tener que demandar previamente a dicho servidor; mientras que la "responsabilidad objetiva" es aquella en la que el particular no tiene el deber de soportar los daños patrimoniales causados por una actividad irregular del Estado, entendida esta como los actos de la administración realizados de manera ilegal o anormal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración.

Acción de inconstitucionalidad 4/2004. Diputados integrantes de la Tercera Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 7 de febrero de 2008. Unanimidad de diez votos. Ausente y Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Eduardo Delgado Durán.

El Tribunal Pleno, el doce de mayo en curso, aprobó, con el número 43/2008, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a doce de mayo de dos mil ocho.

De lo anterior podemos inferir, que la responsabilidad objetiva tiene como característica excluir la exigencia de la trasgresión como base de inicio, además de no acudir a la culpa como razón de imputación subjetiva. La cualidad inicial es que instituye como reparable de manera indistinta cierto perjuicio, no obstante que este resulte de un acto cabalmente normal, auténtico y legal. La segunda cualidad consiste en la concordancia de causalidad existente entre el hecho y el detrimento. De esta manera, las normas de responsabilidad objetiva atribuyen el deber de resarcir los daños que se ocasionen como resultado de los riesgos de ciertas diligencias, independientemente de la actividad que realice el agente responsable.

Respecto de la responsabilidad directa, esta se atribuye a un sujeto como propia, con independencia de que el daño que motiva la indemnización lo realizó por sí, o bien, por medio de sus representantes, en cuyo supuesto no se requerirá haberlos

identificado previamente.²⁰² A efecto de ilustrar este tipo de responsabilidad directa, a continuación se presenta una tesis jurisprudencial.

Época: Novena Época
Registro: 194055
Instancia: Primera sala
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: IX
Fecha: Mayo de 1999
Materia(s): Civil
Tesis: 1a./J. 24/99
Página: 174

INSTITUCIONES DE CRÉDITO. LA RESPONSABILIDAD DIRECTA E ILIMITADA QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 91 DE LA LEY RELATIVA, SE ACTUALIZA SI SE ACREDITA QUE EL FUNCIONARIO ES EMPLEADO DEL BANCO Y QUE REALIZÓ LAS OPERACIONES PROPIAS DE LA INSTITUCIÓN AUN CUANDO NO SE DEMUESTRE QUE FUE EN CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES. El artículo 91 de la Ley de Instituciones de Crédito establece la responsabilidad de las instituciones bancarias respecto a los funcionarios y empleados en el cumplimiento de sus funciones, precisando que esta es directa e ilimitada y sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que dichas personas físicas incurran personalmente. Ahora bien, dicho precepto no debe interpretarse en el sentido de que si no se acredita que el funcionario, al realizar las operaciones bancarias, actuó dentro de sus funciones -aun cuando se demuestre que es funcionario o empleado del banco- tal evento releve de la responsabilidad al banco, porque es hecho notorio que en la práctica de las operaciones bancarias, cuando una persona acude a una institución a realizar las diversas operaciones relativas, se dirige a la persona que se le indica como autorizada, sin investigar si efectivamente la persona o funcionario que se le precisó se encuentra facultada para llevar a cabo las operaciones que el cliente pretende realizar e inclusive de exigir su nombramiento a fin de verificar si está dentro del campo de sus funciones efectuar dicha operación. En esa tesitura la interpretación que debe hacerse del artículo 91 de la Ley de Instituciones de Crédito debe ser en relación a lo que disponen los artículos 1º., 2., 4., 46., 47. y 77 de la Ley de Instituciones de Crédito porque en estos preceptos se aprecia que las instituciones bancarias están orientadas fundamentalmente para apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional, basado en una política económica soberana, fomentando el ahorro en todos los sectores y regiones de la República y su adecuada canalización a una amplia cobertura regional que propicie la descentralización del propio sistema, con estricto apego a las sanas prácticas y usos bancarios, que otorguen la seguridad de esas operaciones y procuren la adecuada atención a los usuarios de tales servicios, por tanto si estas últimas finalidades son las que inspiran el servicio bancario, es lógico que no puede decirse que al no acreditarse que el funcionario de la banca actuó dentro de sus funciones ello releva a la institución de crédito de la responsabilidad directa e ilimitada a que se refiere el precepto citado.

Contradicción de tesis 13/97. Entre las sustentadas por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo

²⁰² Cfr. Garrido Mayol, Vicente. *La responsabilidad patrimonial del Estado: especial referencia a la responsabilidad del Estado legislador*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2004. p. 70.

Circuito. 3 de marzo de 1999. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Urbano Martínez Hernández.

Tesis de jurisprudencia 24/99. Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de catorce de abril de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

De este criterio jurisprudencial se puede deducir, que se concibe a la responsabilidad directa como aquella en la que es posible presentar directamente la demanda de indemnización de daños en contra del Estado, esto es, sin la necesidad de que se tenga que realizar dicha diligencia primeramente respecto al agente estatal que produjo el daño, asimismo, que no se requiere acreditar la ilegalidad o el dolo del servidor público responsable, sino exclusivamente la irregularidad de su desempeño.

Por lo manifestado deducimos, que el fin normativo de la responsabilidad patrimonial del Estado objetiva y directa, se localiza infaliblemente en consagrar un privilegio en pro de los gobernados, consistente en un derecho a una indemnización conforme a los términos y procedimientos que establezcan las leyes correspondientes.

Referente a la parte del párrafo en cuestión, que dice: “Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.” Significa que les corresponde a las leyes secundarias que para tal efecto se formulen por el legislador ordinario, establecer las bases, es decir, los fundamentos o criterios que deberán acatarse para el reclamo de la compensación correspondiente, asimismo, determinar las condiciones y restricciones reglamentarias tanto en los contextos jurídicos como en los materiales que puedan ser factibles de resarcimiento, con lo que se traduce en la posibilidad de fijar en la legislación secundaria ciertas delimitaciones al derecho de indemnización, ello sin trasgredir el aspecto de responsabilidad objetiva y directa a que hace alusión dicho precepto Constitucional; por último, construir la secuencia lógica de actividades que se tendrán que llevar a cabo en los respectivos procedimientos que se instauren, con la idea de

que estos no sean demasiados rígidos y permitan llegar a su conclusión de manera pronta y expedita.

Por lo antes expresado, podemos establecer que lo comprendido en el último párrafo del artículo 109 Constitucional corresponde a un estudio que preponderantemente se concentra en la normatividad con contenido de carácter sustantivo. Toda vez que el referido dispositivo Constitucional insta un derecho de naturaleza sustantiva y no una delimitación competencial, por lo que las violaciones que se alcanzaran a concebir en su contra están relacionadas, generalmente con la posición de si dichas normas secundarias dificultan o no el goce de la cobertura mínima garantizada por la Constitución.

De esta manera, la responsabilidad patrimonial del Estado que se localiza en el multicitado párrafo, involucra los procesos judiciales que es posible trabar en contra de las entidades gubernamentales, por medio de los cuales los gobernados pueden reclamar al Estado la trasgresión a sus derechos por parte de algún agente estatal en pleno ejercicio de sus deberes. De tal forma, que al no respetar cualquiera de los deberes que le corresponden al Estado, particularmente si involucran a los derechos humanos, el gobernado que haya resultado perjudicado tiene la prerrogativa de concurrir a la alternativa de la responsabilidad patrimonial del Estado, con el propósito de demandar la indemnización correspondiente por los daños que le fueron producidos por dicha infracción.

Cabe decir que el procedimiento en comento pretende acreditar que el Estado faltó a su obligación de acatar alguno de sus deberes y que por virtud de dicha inobservancia creó un perjuicio en contra de algún particular, para ello la Suprema Corte de la Nación a través de su resolución en la Acción de Inconstitucionalidad 4/2004,²⁰³ ha señalado que los elementos que se han de considerar a fin de determinar

²⁰³ Cfr. Acción de Inconstitucionalidad 4/2004. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. [En línea: 24 de septiembre del 2017]. Disponible en:

que existe un acto administrativo irregular que ocasione la responsabilidad patrimonial del Estado son: a) la imputabilidad material del acto o hecho al Estado en el ejercicio de sus funciones; b) la acreditación del cumplimiento irregular de los deberes y obligaciones impuestos legalmente; c) la existencia de un daño cierto; y d) el nexo causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado al particular. Por lo cual, es requisito imprescindible que al sustanciarse el procedimiento correspondiente, se deberá determinar si en el caso en turno concurren los referidos elementos o no y, en el supuesto de ser afirmativo, se tendrá que calcular el importe del daño que el Estado debe resarcir al particular que haya resultado afectado.

Debemos apuntar, que la responsabilidad patrimonial del Estado únicamente se puede manifestar cuando corresponda a daños ocasionados en el ejercicio de su actividad pública, diferenciándola de la actividad privada, a la cual no son aplicables los principios del derecho público; toda vez que para los asuntos de naturaleza privada, el sistema de responsabilidad procedente es el de responsabilidad civil, esto de conformidad a la reglamentación de derecho privado.

Ahora bien, es de vital importancia considerar los dos requisitos fundamentales que fueron señalados en su momento por el constituyente permanente, mismos que deberán observarse indefectiblemente y de manera previa en cualquier reclamo de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado, los cuales consisten en: 1) el desahogo de un procedimiento, con el propósito de confirmar que es procedente la reclamación; y 2) que el monto por concepto de indemnización a pagar, dependerá de la disposición de recursos que previamente se hayan presupuestado. Por lo que respecta al segundo requisito, en el supuesto de que no se cuente con los recursos suficientes para hacerle frente al compromiso de pagar la cantidad correspondiente, de manera imperiosa se deberá programar el pago complementario dentro del presupuesto del ejercicio inmediato siguiente.

Un aspecto que incide fuertemente en esta institución jurídica es la escasez de fondos presupuestales para sufragar las deudas por concepto de indemnizaciones a las que son condenadas las dependencias gubernamentales, que en los procedimientos correspondientes resultaron ser responsables de la actividad administrativa irregular, toda vez que dichas dependencias deben contar con una asignación presupuestal para cubrir estas obligaciones, caso inverso, se complicaría la operación de estas al liquidar las indemnizaciones. Sin embargo, requieren crear los recursos suficientes para hacerle frente a estos compromisos y pedir que programen en el presupuesto de egresos partidas suficientes en los ejercicios fiscales subsecuentes, por lo que en tal virtud, la carencia presupuestal no se habría de constituir como un pretexto que argumente demoras o rebeldías en la retribución de indemnizaciones.

Cabe aclarar que este sistema de responsabilidad patrimonial del Estado intenta operar como dispositivo de control del desempeño de los agentes estatales, al consentir que el Estado repita en contra de aquellos servidores públicos que previo procedimiento, resulten responsables de la actividad administrativa irregular que dé motivo al pago de una indemnización.

Nos damos cuenta que la colectividad mexicana día con día está más atenta al desempeño que realiza el Estado por conducto de los servidores públicos, y aunado a esto, a la manera que este ente da respuesta por los daños que produzca a los gobernados; es por ello que se demanda depurar los alcances de los procedimientos de reparación patrimonial del Estado en la legislación correspondiente, lo cual se constituye como una tarea imprescindible para impulsar el fortalecimiento de la institución jurídica en comento.

3. El error

Es importante establecer que en el sistema jurídico mexicano el error no es tratado de una manera sistemática, lo que deriva en una significativa deficiencia; no obstante, ello no significa que dicha figura no se localice tácitamente considerada en distintas disposiciones legales específicas. Sin embargo, es trascendental que nuestro ordenamiento jurídico establezca su debida regulación, revestida de claridad y precisión acerca de esta cuestión de considerable trascendencia.

Para el prusiano Friedrich Karl von Savigny, el error es el estado intelectual en el cual la idea de la realidad de las cosas está oscurecida y oculta por un pensamiento falso.²⁰⁴ Asimismo, para el jurista italiano Giorgio Del Vecchio, el error resulta de una disconformidad entre las ideas de nuestra mente y el orden de las cosas.²⁰⁵ Por otra parte, el español Francisco Muñoz Conde dice que el error es la falsa representación o la suposición equivocada de la realidad, o simplemente la ignorancia.²⁰⁶

De lo anterior se puede deducir que, el error es la discordancia del conocimiento con el contexto real, una supuesta idea que, en algunas ocasiones puede ser la falta de conocimiento de esa realidad, es decir, es un conocimiento cuya correspondencia con la verdad está falsamente establecida, ya sea porque refutamos a lo conocido sus características, o bien, porque le atribuimos lo que no le corresponde.

Cabe señalar que el error en el ámbito penal, continuamente adquiere más importancia en la doctrina en la proporción que se progresa en los dispositivos que trasladan a una persona a llevar a cabo una hipótesis penal; todo ello es posible que surja de una falsa interpretación de la realidad, no obstante, de la misma forma dichas

²⁰⁴ Von Savigny, Friederich Karl. El Error en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo VIII. Buenos Aires: Driskill. S.A., 2013. p. 483.

²⁰⁵ *Ídem*.

²⁰⁶ Muñoz Conde, Francisco, *El Error en el Derecho Penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003. p. 13.

interpretaciones nos llevan a reflexionar quién puede poseer la evidencia de la situación real.

Ahora bien, al precisar el concepto de error penal, debemos establecer la considerable divergencia real entre error e ignorancia; debido a que el error se refiere al conocimiento falseado o desacertado de la realidad, y la ignorancia es la carencia absoluta de conocimiento acerca de algo. De manera más concreta, se puede decir que la distinción entre estas figuras reside en que la ignorancia es claramente no saber y el error es saber mal; como consecuencia de esta idea errónea, o esta ignorancia de las cosas, favorece que se presente discrepancia entre lo deseado y lo exteriorizado, entre el propósito y la manifestación, alterando negativamente con ello la voluntad del acto.

En la práctica, es poco probable que se presente un asunto de ignorancia pura, debido a que comúnmente se dará la hipótesis de obrar erradamente. En el derecho contemporáneo se toca más el tema del error en lo referente a las relaciones jurídicas que lo concerniente al tema de la ignorancia, por lo que se prefiere escoger el término error, porque este es más usual que la ignorancia.

Cabe mencionar que en el ámbito jurídico es intrascendente la diferencia entre error e ignorancia, ya que dichos términos son semejantes en su significado por deducirse que todo error incluye a la ignorancia. En las leyes es común utilizar la palabra error para señalar aspectos equívocos del hecho tipificado -error de hecho-, o bien, para expresar el desconocimiento o conocimiento falso en que incurre sobre la norma jurídica -error de derecho-.

3.1. El error judicial

Por costumbre, el error judicial no estaba reconocido en gran parte de los países del mundo, pues durante muchos años se tuvo el pensamiento de que no era posible que

los juzgadores fueran susceptibles de cometer errores, por ello se consagró el acto de impartir justicia. Sin embargo, actualmente el anormal funcionamiento de la administración de justicia es considerado como uno de los problemas que produce serias consecuencias para aquellos ciudadanos en cuanto están sometidos a los órganos judiciales y, al mismo tiempo, pueden recurrir a ellos en defensa de sus derechos, es decir, los justiciables. Toda vez que son los gobernados los que frecuentemente se ven afectados ante la figura del error judicial causado por los órganos responsables de administrar justicia, particularmente dentro del sistema penal mexicano.

Numerosas de las veces en que las personas son privadas de su libertad derivado de errores judiciales, permanecen así durante mucho tiempo, si poseen la capacidad económica o en su caso, la suerte de que se les provea de una defensa jurídica apropiada que objete la resolución dictada en su contra, o bien, que puedan obtener el amparo, su situación legal puede corregirse, caso contrario, ahí continúan retenidos arbitrariamente, subsistiendo la injusticia de un sistema jurídico instaurado para garantizar y salvaguardar sus derechos, pero que en realidad lo que les produce es un resultado precisamente contrario. Así, el error judicial propicia que se produzca una injusticia, esto es, que se condene a un inocente y que se deje impune a un culpable.

3.2. Concepto de error judicial

Es un poco complicado establecer un concepto concreto de error judicial que sea admitido de forma generalizada en el ámbito jurídico. Se puede decir, que en su mayoría los sistemas jurídicos no ostentan una definición legal, del mismo modo sucede con la jurisprudencia, ya que esta no ha pronunciado una noción precisa, tal como ocurre en nuestro sistema jurídico mexicano; igualmente sucede con la doctrina, la cual no es uniforme al proporcionar una definición específica de error judicial, probablemente se debe a la influencia de los derroteros legales y jurisprudenciales. De

tal forma, la idea de error judicial obedece a las consideraciones legales dadas por los sistemas jurídicos concretos, a las contribuciones jurisdiccionales y a ciertas puntualizaciones doctrinales que integran ambos aspectos.

No obstante lo anterior, enseguida expongo algunas nociones acerca del tema planteadas por diversos doctrinarios. El error judicial se lleva a cabo en el momento en que el juzgador al ejercitar su actividad jurisdiccional, ha actuado de manera manifiestamente equivocada en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la ley, ocasionando un daño efectivo, evaluable económicamente o individualizado con relación a una persona o un grupo de personas.²⁰⁷ Es error judicial la equivocación crasa y notoria cometida por un juez, Magistrado o sala de Magistrados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, siempre que dicha equivocación haya alcanzado firmeza, que no sea debido a culpa del perjudicado y haya causado daños efectivos, evaluables e individualizables.²⁰⁸ El error judicial existe en la actualidad y por su propia naturaleza es siempre imputable al juzgador descuidado o inepto, derivado de este yerro jurídico es posible que al justiciable se le vulneren arbitrariamente sus derechos humanos, tales como su libertad, su patrimonio, su dignidad; asimismo, es capaz de devastarlo y también a su familia, igualmente es posible que genere la impunidad del verdadero culpable de un delito.²⁰⁹

De estas definiciones se desprende, que existe la posibilidad que la institución del error judicial se presente ya sea de hecho, o bien, de derecho, asimismo, que quien incurra en esta decisión errónea puede ser un juez de primera instancia, un tribunal de alzada o hasta un tribunal superior. No obstante, será imprescindible que para estar en condiciones de que un acto de un juez pueda considerarse como error judicial,

²⁰⁷ Cfr. Irureta Uriarte, Pedro y Jiménez Porcar, José Luis, en Miguel Alejandro López Olvera, "La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial", México: Editorial UNAM-IIJ, 2007. p. 602.

²⁰⁸ Hernández Martín, Valeriano y otros. *El error judicial. Procedimiento para su declaración e indemnización*. Madrid: Editorial Civitas, 2004. p. 81.

²⁰⁹ Cfr. Marroquín Zaleta, Jaime Manuel. *El error judicial inexcusable como causa de responsabilidad administrativa*. Puebla: Editorial Cajica, 2002. p. 564.

ineludiblemente este solo es posible que se presente en el ejercicio de su potestad de juzgar y no en la ejecución de otras labores no jurisdiccionales que, debido a su cargo es factible que realice en el juzgado y cuya impertinencia puede causar un funcionamiento anormal de la administración de justicia.

Para abundar en este instituto jurídico, cito la siguiente tesis aislada de jurisprudencia:

Época: Décima Época
Registro: 2003039
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro: XVIII Tomo:3
Fecha: Marzo de 2013
Materia(s): Constitucional
Tesis: I.3º.C.24 K./J. 24/99
Página: 2001

ERROR JUDICIAL. ELEMENTOS DE SU CONFIGURACIÓN Y SU CORRECCIÓN POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL. El "error" como vocablo es entendido como una equivocación. En el ámbito judicial presenta ciertas notas distintivas: i) surge de una decisión jurisdiccional, no exclusivamente de las sentencias; ii) los sujetos activos son Jueces y Magistrados o las personas que ejerzan sus funciones; y, iii) los errores han de ser crasos, patentes y manifiestos. Aunque los elementos pueden variar, lo cierto es que el último extremo señalado resulta de interés. Esto, porque a juicio de este tribunal, los errores deben ser patentes, al grado de que puedan asociarse con la idea de arbitrariedad, al hacer que la decisión judicial sea insostenible por ir en contra de los presupuestos o hechos del caso. En otras palabras, el error judicial adquiere relevancia Constitucional cuando es producto de un razonamiento equivocado que no corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error manifiesto en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, de tal manera que el error sea inmediatamente verificable, en forma incontrovertible, a partir de las actuaciones judiciales y sea determinante en la decisión adoptada por el Juez por constituir su soporte único o básico. Aunado a lo anterior, el error judicial adquiere relevancia Constitucional cuando atenta contra los principios esenciales del Estado de derecho, como la cosa juzgada -como cuando se obliga al demandado a dar cumplimiento a una sentencia, cuando lo cierto es que el Juez, en las consideraciones del fallo, lo absolvió en forma absoluta-. Ahora, los órganos de control constitucional, al conocer de los juicios de amparo sometidos a su potestad, se encuentran facultados para corregir el error judicial cuando éste presente las características apuntadas en líneas anteriores. Lo anterior, porque toda resolución fundada en el "error judicial" puede calificarse como arbitraria y, por esa sola razón, violatoria del derecho a la tutela judicial efectiva. Bajo esa óptica, no podría estimarse que el error judicial constituya "cosa juzgada" o que el derecho de los justiciables para combatirlo precluya porque ello se traduciría en que la decisión arbitraria sería incontrovertible por el simple transcurso del tiempo, cuando lo cierto es que la misma nunca debió existir.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 269/2012. Instituto para la Protección al Ahorro Bancario. 25 de octubre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Arturo Alberto González Ferreiro.

De lo anterior se desprende que, el error judicial radica en la emisión de cualquier tipo de resoluciones o sentencias erróneas emitidas por los responsables de los órganos jurisdiccionales al ejercitar su autoridad de juzgar, es decir, los juzgadores en cualquiera de sus jerarquías, los cuales pueden realizar su actuación de forma errónea sin tener la voluntad de así hacerlo, sin embargo, existe la posibilidad de que lo realicen por carencia de preparación, capacidad o experiencia, así como por negligencia, imprudencia u omisión. Es evidente que dichas resoluciones ocasionan graves perjuicios, toda vez que perturban la vida de familias enteras, además que originan trastornos en el patrimonio, la libertad y la dignidad de quienes no lo merecen.

No debemos perder de vista, que al juez le corresponde buscar el logro del ideal de que todos los enunciados fácticos que formula en los hechos probados de las sentencias sean verdaderos, aun con las limitaciones propias establecidas con las reglas jurídicas procesales o sustanciales.²¹⁰

Por lo antepuesto, se debe tener en cuenta que la actividad de un órgano jurisdiccional puede estar distribuida en tres funciones principales, que son correlativas simultáneamente a otros tantos deberes que la ley ordena a los juzgadores, consistentes en: 1) resolver los asuntos litigiosos puestos a su conocimiento, 2) emitir sus resoluciones debidamente fundamentadas en derecho, y 3) motivar sus decisiones estableciendo una clara armonía entre los hechos y los supuestos de derecho.

El deber de emitir resoluciones fundadas en derecho implica dos condiciones: a) por una parte, la obligación de imponer decisiones que estén materialmente conformes al derecho y b) por otra parte, la obligación de emitir decisiones que estén

²¹⁰ Cfr. Marlem Seña, Jorge Francisco. *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa, 2009. p. 57.

procesalmente conformes al derecho. Ahora bien, una resolución que esté materialmente acorde al derecho significa que su contenido está en concordancia con lo que el derecho exige, y desde la óptica de su aspecto procesal lo que la norma ordena a las decisiones judiciales, es que las mismas se hayan obtenido respetando el debido proceso que la ley impone al juzgador. En esto radica la obligación jurisdiccional, por lo que se puede concluir que el punto medular para efectuar el análisis de esta obligación consiste en la aplicación del derecho.

Ahora bien, al suscitarse un error judicial por realizar de manera irregular la función jurisdiccional, el juzgador, por tratarse de un agente gubernamental, está sujeto al sistema de responsabilidad extracontractual ante los daños ocasionados. En esta circunstancia, tiene que presentarse un acto perjudicial y antijurídico que se ejecute en la función jurisdiccional. Se debe entender que es normal que los errores humanos son ineludibles, sin embargo, en tratándose de los juzgadores no pueden aceptarse como cuestiones casuales, pues eso implicaría negligencia en su actuar.

De conformidad a lo precedente, considero que los factores básicos para que el juzgador incurra en el ente denominado error judicial, son los siguientes: a) que exista la necesidad de que deba tomar una decisión en el ejercicio de su facultad de juzgar, en la que dicte una resolución en un asunto que le fue puesto a su conocimiento; b) que al proceder en la apreciación de los hechos, lo hizo de manera claramente equivocada; c) que en el momento de aplicar las normas legales al caso concreto, lo realizó de manera errónea; d) que al emitir la resolución correspondiente, hizo una interpretación inexacta de la ley; e) que la resolución dictada violó injustificadamente los derechos humanos de quien le fue impuesta; f) que realizó una errónea individualización de las condiciones fácticas versus el supuesto normativo; g) que la resolución decretada causó daños que son evaluables de manera monetaria; h) que tratándose de una resolución que implicaba la aplicación de una medida cautelar como es el arraigo penal, no consideró otra medida que fuera adecuada para el caso

concreto; e i) que previamente no se allegó del estándar probatorio apto y necesario para emitir la resolución correspondiente.

Tomando en cuenta que el tema de este trabajo de investigación se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado por violar los derechos humanos al aplicar injustificadamente el arraigo penal, es importante apuntar, que al no haberse considerado por el juez de control en turno –entre otros aspectos- el estándar probatorio imperioso y bastante para conceder a solicitud del agente del Ministerio Público la controvertida medida cautelar del arraigo, la cual una vez agotados los recursos de ley quede firme, y posteriormente al concluirse la investigación se determine que el sospechoso al cual se le aplicó el arraigo no tiene responsabilidad alguna, a mi criterio, en este caso se está incurriendo en un error judicial, al haberse emitido y aplicado injustificadamente dicha providencia cautelar en contra del gobernado, violando así sus derechos humanos y causándole por tal motivo daños cuantificables económicamente, mismos que le deberán ser resarcidos a través de la responsabilidad patrimonial del Estado.

3.3. Tipos de error judicial

En la dogmática penal el error judicial en su naturaleza jurídica, abarca como variedades del mismo al error de hecho -error facti- y al error de derecho -error juris-, categorización proveniente del derecho romano, cuando surge en el Digesto, cuya clasificación tiene actualmente entera preeminencia y reconocimiento en la generalidad de la doctrina.

3.3.1. Error de hecho

El error de hecho crea una confusión en el escenario que sucede en un acto determinado. Cualquier error ocurre sobre aquellas condiciones del hecho descritas

en el tipo penal, incluyendo las circunstancias de carácter justificante de naturaleza fáctica.²¹¹

Así, podemos decir que el error de hecho consiste en los elementos específicos y fundamentales que constituyen la infracción penal, dicho de otra manera, es aquel que envuelve una desacertada apreciación en relación a las personas, en la representación equivocada acerca de una cuestión o sobre un hecho, cabe decir, sobre una objetividad cualquiera, así como de la naturaleza de la resolución judicial que se emita al respecto. Asimismo, es factible que suceda que se suscitan diferencias entre la realidad material y la procesal, en virtud de que no se determinaron pruebas adecuadas para establecer el hecho considerable para el derecho, o bien, porque la resolución judicial se fundó en un hecho que más tarde se aclaró que estaba revestido de falsedad.

El jurista clásico Jiménez de Asúa dice que el error de hecho, es el que obstaculiza al sujeto activo conseguir la representación efectiva del suceso. Para que el error se razone de hecho, este ha de consistir en la representación de las tipologías específicas básicas sin tomar en cuenta su ordenamiento jurídico; esto es, únicamente reales, que han de ajustarse en concordancia con los requerimientos concluyentes al objeto o a los sujetos expresados de naturaleza legal.²¹²

Dicho de otra manera, el error de hecho se relaciona con el conocimiento o interpretación de los hechos, es decir, se origina en el momento en que el agente tuviese un conocimiento incompleto o alterado de los sucesos, o bien, al estar apropiadamente notificado de ellos, realiza un error al llevar a cabo la interpretación de su significado, por lo tanto, es en el que se incurre sobre los elementos o

²¹¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. Error de hecho en *Diccionario Jurídico Elemental*. 18ª ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2006. p. 146.

²¹² Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VI. Buenos Aires: Editorial Losada, 1962. p. 313.

condiciones fácticas del tipo legal, es decir, sobre los hechos constitutivos del tipo de hecho.

3.3.2. Error de derecho

El error de derecho, es el que sucede en torno a un fundamento legal o disposición jurídica, correspondiente al suceso que se efectúa, establece el desconocimiento de la ley o de la costumbre imperativa, es decir, lo constituye la ignorancia de la presencia de la norma, esto es, de la letra precisa de la ley, así como de las consecuencias que de un principio general de derecho o consuetudinario vigente se derivan.²¹³

Se deduce que el error normativo o de derecho consiste en la apreciación equivocada que se tiene sobre la ley, esto es, sobre una objetividad determinada como lo es el ordenamiento jurídico, o su ignorancia, pues en el plano jurídico ambas acepciones se han estimado análogas y, por lo mismo, sujetas a idéntico régimen jurídico. También se puede entender como la errónea aplicación del derecho, pues se aplicó al caso concreto una norma que no era la idónea o en su defecto se omitió utilizar una directa o indirectamente aplicable al mismo, y cuando se aplicaron normas inexistentes u otros casos análogos. De tal forma, que el error de derecho es el que se vincula con la noción o forma de aplicar e interpretar la norma jurídica.

Por lo tanto, el error de derecho se causará una vez que el juzgador posea un conocimiento incompleto o distorsionado de las normas que se deben destinar al suceso o asunto, o bien, cuando al estar adecuadamente enterado de las normas, ha incurrido en un error en su aplicación e incluso al interpretarlas. Así, el error de derecho va orientado a la legitimidad o ilegalidad del acto, pues la persona que lo comete tiene conocimiento del acto que ejecuta, de tal manera que no se está equivocando acerca de los hechos, sino sobre las normas de derecho que rigen al acto.

²¹³ Cfr. *Ídem*. Cabanellas de Torres, Guillermo. Error de hecho en... *op. cit.*

De conformidad con lo anterior, colegimos que el error de derecho puede presentarse fundamentalmente debido a las tres causas siguientes: a) por la transgresión directa de la ley; b) por la aplicación indebida de la ley; y c) por la errónea interpretación de la ley.

4. Responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial

La actividad jurisdiccional reside esencialmente en atender los asuntos precisos que son puestos a consideración de los jueces para que los solucionen conforme la estricta observación de la ley aplicable al caso concreto, ello implica el riesgo de que se ocasionen daños a los derechos humanos de los justiciables y consecuentemente, que estos tengan la prerrogativa legítima de reclamar al Estado la reparación derivada de los resultados, tanto materiales como morales de la actuación perjudicial de los juzgadores. Ahora bien, es claro que la administración de justicia como integrante de los poderes del Estado tiene probabilidad de implicar la responsabilidad patrimonial del Estado. En el desarrollo de dicha institución jurídica ha sido superada la tesis originaria de la irresponsabilidad basada en la inmunidad de las resoluciones judiciales respaldada en la prevalencia de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, trasladándose hasta la disposición de la responsabilidad no únicamente por motivo de tales resoluciones, sino incluso por sus consecuencias que estén dirigidas a restringir injustamente la libertad de las personas, incluyendo además, la anormalidad o incorrecta actuación en la realización de la actividad de administrar la justicia.

Debo decir que, el resarcimiento del daño improcedentemente producido por las decisiones erróneas de los titulares de los órganos jurisdiccionales, se ha constituido como una gran inquietud actual en la generalidad de los sistemas jurídicos del mundo, el avance que hasta la fecha se ha logrado en los sistemas latinoamericanos en relación a los daños originados por la actividad judicial se ha obtenido de manera paulatina.

En la responsabilidad patrimonial del Estado por función jurisdiccional es primordial hacer énfasis que el supuesto de procedencia de esta institución jurídica, consiste en que el Estado, al llevar a cabo su potestad fundamental de indagación y penalización de los hechos constitutivos de delitos, está en posibilidad de consumir un error como resultado de la decisión negligente o culpable de cierto servidor público encargado de la impartición de justicia, la cual se convierte en la indebida violación de los derechos humanos de una persona inocente, misma que al no tener la obligación jurídica de soportar dicha decisión, queda en posibilidad de reclamarle al Estado la indemnización de los daños que le fueron ocasionados.

En los incisos siguientes, abordaré lo referente a la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial en México y mediante un ejercicio de derecho comparado en otros países, tanto europeos como latinoamericanos, en los cuales haré mención de las características primordiales de la referida institución en cada uno de dichos sistemas jurídicos.

4.1. En México

En nuestro país, a la responsabilidad patrimonial del Estado no se le ha dado la importancia que representa, no obstante que en dicha institución ya principiaron a incorporarse serias expectativas. Actualmente, la facultad de reclamar una indemnización por haber sido víctima de un error judicial no está considerado en nuestra Constitución Federal; consecuentemente, en nuestro sistema jurídico no existe un medio legal pleno para las personas que hayan sido privadas de su libertad injustificadamente, y peor aún, que fueron condenadas por algún error judicial y posteriormente son liberadas al encontrárseles inocentes, puedan reclamar al Estado mexicano una indemnización por los daños ocasionados por dichos errores judiciales graves, ya que por lo que toca a la materia judicial no hay nada consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No obstante, el Estado mexicano tiene el deber de garantizar al inculpado todos y cada uno de sus derechos y los principios contenidos en el artículo 20 apartado B Constitucional, consecuentemente el sistema jurídico mexicano ahora debe respetar incondicionalmente nuestra Carta Magna, cuyo resultado es una derivación en particular: el hecho de que el Estado no puede ser un mero observador de dicha materialización.

Por lo antes dicho, al dársele la importancia que merece al derecho de indemnización por error judicial y este queda debidamente regulado en México, la obligación del Estado mexicano se extendería, lo que traería como resultado que este pase de su actual postura de espectador a la de garante de una justicia plena e integra, lo que podrá conseguir formalizando la regulación jurídica del derecho de indemnización por error judicial en la Constitución Federal y derivado de ello tendrían todos los Estados del país, incluyendo la Ciudad de México, que incorporarlo a su legislación interna de forma cierta y plena, esto es, señalando formas y medios de materializarlo, y este derecho forzosamente tendría que ser respetado en un significativo esfuerzo por parte de la autoridad judicial.

Así, a pesar de la actividad que se realiza en la esfera jurisdiccional para avalar los derechos a quienes se hallan involucrados en un juicio, la factibilidad de que exista una regulación destinada a garantizar el derecho de las personas a un resarcimiento derivado de daños procedentes de un error judicial o en su defecto del ejercicio indebido en la administración de justicia sigue estando indeterminada. Las causas de esta realidad pueden obedecer a diversos tipos de impedimentos: financieros, técnicos, políticos, sociales y políticos, y es probable que a este asunto no se le esté dando la importancia que merece dentro de la agenda legislativa, debido a diferentes prioridades que se tienen para el desarrollo de la Constitución, no obstante que se refiere a una problemática frecuente en la conciencia social.

Debo recordar al lector que, dado que el último párrafo del artículo 109 Constitucional no contempla la reparación de daños y perjuicios por error jurisdiccional, el planteamiento del problema del presente trabajo de investigación consiste en llevar a cabo el establecimiento y la reglamentación necesaria en la figura jurídica del error judicial partiendo para ello del marco legal Constitucional, con el fin de estar en condiciones de poder resarcir a los ciudadanos que en un momento dado se ven agraviados por la diligencia, ya sea dolosa o en su caso negligente de los representantes del Estado en su función de administrar la justicia.

Asimismo, como complemento del párrafo que antecede, considero importante incorporar la hipótesis planteada para esta tesis doctoral, la cual radica en que: la Carta Magna de nuestro país en su artículo 109 último párrafo, así como la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado reglamentaria de dicho párrafo, tienen deficiencias de origen al no contemplar en su contenido la responsabilidad patrimonial por error judicial, ya que la reduce exclusivamente a la actividad administrativa irregular, excluyendo con ello la aplicación de dicha responsabilidad patrimonial a los actos judiciales, por lo que debe reformarse el referido artículo Constitucional y consecuentemente su Ley reglamentaria, en el sentido de que se incluya de manera operativa y obligatoria la responsabilidad patrimonial en la naturaleza y caracteres de los actos judiciales, con el fin de que sea posible reclamar al Estado la reparación de daños y perjuicios por la violación de los derechos humanos en la aplicación injustificada del arraigo penal.

Hasta la fecha, en nuestro país, se han estado rechazando las peticiones de indemnización por daños como consecuencia de error judicial o debido al funcionamiento anormal de la impartición de justicia, ello con fundamento en una interpretación restrictiva de la norma Constitucional que regula a la responsabilidad patrimonial del Estado, así como por la falta de la regulación jurídica de dicha figura dentro de la función de administrar justicia, lo cual acarrea como efecto por una parte, el impedimento legítimo del particular de conseguir una indemnización por los daños

que le fueron originados, cuyo resarcimiento pudiera obtenerlo mediante procedimientos sencillos y rápidos, y por otra parte, que la falta del ordenamiento respectivo produce inseguridad entre los que requieren tener acceso a este reclamo, propiciando así la incertidumbre e incluso corrupción.

De acuerdo a lo que manifiesta el jurista mexicano Álvaro Castro Estrada, una de las inquietudes de mayor impacto en cuanto a la regulación de la responsabilidad Estado-Juez, consiste en el temor que implica especular que a través de dicha regulación existe la posibilidad de que se pueda perder o por lo menos disminuir la necesaria independencia judicial.²¹⁴ Además entre otros motivos, creo que es factible que los tribunales al aceptar que dictaron una resolución infundadamente errónea sientan que les restará credibilidad, demeritando con ello la certidumbre judicial con que se ostentan, asimismo, los órganos jurisdiccionales no aceptan ser responsables de erogaciones que realice el Estado como resultado de sus decisiones erradas y con ello exista la posibilidad de que se ejerza la facultad de repetir en contra de los juzgadores infractores.

En términos generales, la responsabilidad patrimonial del Estado emanada de su función judicial y respaldada en los nombrados errores judiciales, proviene de los actos que el Poder Judicial puede ejecutar durante el proceso criminal como resultado de un procesamiento o resolución injusta, en perjuicio de una persona cuya inocencia se comprueba con posterioridad, decretándose el correspondiente sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria.²¹⁵

²¹⁴ Cfr. Castro Estrada, Álvaro. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. 4ª. edición. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2016. p. 90.

²¹⁵ González Rodríguez, José de Jesús. Error judicial y responsabilidad patrimonial del Estado. *Documento de Trabajo número 79*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, LXI Legislatura de la Cámara de Diputados. México: octubre de 2009. p. 5. [En línea: 10 de junio del 2018]. Disponible en: www3.diputados.gob.mx/camara/content/.../Error_juridico_docto79.pdf

No obstante, debo decir que la responsabilidad al instante de administrar justicia es un elemento de garantía para el gobernado, ya que está formalmente asentado en nuestra Carta Magna, es también un medio de control y principio de orden del Poder Judicial, siendo preciso que exista un balance cimentado en el mismo argumento, por lo tanto, es imperioso que el órgano legislativo sea el mediador entre dichos intereses y confiera la debida legalidad a estas figuras y las circunscriba en mandatos legales puntuales y nítidos que instituyan de modo expreso la justicia social y la de los particulares. Por lo tanto, el Estado tiene el deber de instaurar y desplegar dispositivos eficaces para el cumplimiento de los derechos reconocidos en nuestra legislación y en los tratados internacionales de los que forma parte el Estado mexicano, siendo uno de esos derechos de los gobernados el ser indemnizados al haber sido violados sus derechos humanos por error judicial, independientemente de que, la legislación no contiene explícitamente ningún procedimiento, la autoridad ostenta la obligación de hacer efectivo ese derecho.

México debe localizar en los trabajos que en el entorno internacional se están realizando, un fundamento más para que a la brevedad adopte una propuesta interna y coherente acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, que le dé acceso a tener una postura propia frente a sus nacionales inicialmente, pero además ante las otras naciones de la comunidad internacional, de lo cual puede instruirse mediante los diversos foros que sobre esta materia se celebran en la Organización de las Naciones Unidas.

4.2. En otros países

La práctica internacional ha expuesto que la inquietud relativa al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial ha superado los límites internos de cada nación, para tornarse no únicamente en un problema de responsabilidad ante los particulares, sino también frente a los demás países, ello en

virtud del principio de derecho internacional que proclama la uniformidad jurídica de los Estados.

Por lo antes dicho, con el propósito de robustecer el tema en cuestión, es preciso abordar al derecho comparado para que distingamos la forma en que diversos Estados han incursionado en el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, toda vez que se acostumbra considerar al derecho comparado como un método de análisis, el cual tiene como fundamento confrontar las múltiples formas de resolver los mismos asuntos planteados, que dan los ordenamientos jurídicos de diversas naciones con el propósito de realizar una actividad clarificadora. En consideración a lo antes mencionado, a continuación hago un breve estudio del tema en comento en diversos países de Europa: España, Italia, Francia y Alemania.

4.2.1. En europa

De acuerdo con el jurista español Gabriel Doménech, son tres los supuestos distintivos en los que los Estados europeos reconocen patrimonialmente los daños y perjuicios derivados de los errores generados por sus jueces al valorar los hechos y aplicar el derecho en los asuntos puestos a su consideración. El primero, que es el más desarrollado y de mayor tradición en el derecho comparado, se refiere a los daños causados por sentencias condenatorias injustas y otras resoluciones tomadas en procesos penales, cuando la inocencia del afectado queda acreditada. El segundo consiste en los perjuicios originados por los jueces al violar los derechos reconocidos a los particulares en determinados tratados internacionales, en los que se incluye la posibilidad de que el tribunal supraestatal competente para declarar esas violaciones sancione al Estado responsable a indemnizar a las víctimas. El tercero, el más nuevo, anormal y controvertido de los mencionados, es el de los daños emanados de errores

manifiestos cometidos en resoluciones judiciales incontrovertibles, en cualesquiera tipos de procesos.²¹⁶

En relación a lo referido en el párrafo que antecede, además del sistema jurídico español, en diversos países, hace más de un siglo que el Estado se obliga a reparar los daños causados por ciertas decisiones tomadas en los procesos penales, esencialmente en sentencias condenatorias y medidas cautelares, quedando después comprobada la inocencia del inculpado. Asimismo, se ha consolidado la responsabilidad de los Estados por las pérdidas que juzgadores causaron al vulnerar derechos internacionales conferidos a las personas, sancionados por expresos tribunales supraestatales. El tercer tipo de error judicial irrecurrible, es reciente y existe en contadas legislaciones y con restringidas medidas autorizan la responsabilidad patrimonial del Estado. Este último tipo de error ha sido promovido por el país español y aceptado por las diversas naciones de la Unión Europea a obligar al Estado a resarcir los daños causados por errores cometidos en resoluciones judiciales irrecurribles, siendo incorporado al acervo comunitario por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a partir del año 1995.

4.2.1.1. España

En el país español, el artículo 121 de su Constitución establece que: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley."²¹⁷ Cabe señalar los diferentes supuestos que se presentan en este caso de resarcimiento de los daños por la responsabilidad del

²¹⁶ Cfr. Doménech Pascal, Gabriel. El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial. *Revista de Administración Pública*. ISSN-L: 0034-7639, núm. 199: 171-212 Madrid: enero-abril, 2016. [En línea: 12 de junio del 2018]. Disponible en: [file:///C:/Users/Propietario/Downloads/Dialnet-ElErrorDeLaResponsabilidadPatrimonialDelEstadoPorE-5492356%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Propietario/Downloads/Dialnet-ElErrorDeLaResponsabilidadPatrimonialDelEstadoPorE-5492356%20(2).pdf)

²¹⁷ Senado de España. *Constitución Española*. [En línea: 14 de junio del 2018]. Disponible en: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>

Estado: a) la atribuible a error judicial y b) la que provenga del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

En los artículos 292 al 296 del Título V denominado: De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia de la Ley Orgánica 6/1985 del 1 de julio de 1985 del Poder Judicial de España,²¹⁸ se establece el procedimiento general que procederá para indemnizar a las víctimas de un error judicial, además, se añade la contingencia de que igualmente el Estado asuma la responsabilidad patrimonial en los asuntos de detenciones arbitrarias en la etapa de prisión preventiva, lo cual está considerado en el artículo 294 que instituye: "1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios." Asimismo, en el artículo 296 de dicha Ley Orgánica se prevé la responsabilidad del Estado frente a los daños producidos por dolo o culpa grave de jueces y magistrados del sistema judicial hispano.

En España se localiza la institución jurídica de responsabilidad patrimonial del Estado integral, esto es, prácticamente en todos los ámbitos, ya que la misma se observa la defensa de los derechos de las personas en el habitual proceder de la actividad administrativa, jurisdiccional y legislativa. Se puede decir, que de este país es del que el Estado mexicano adquirió la experiencia para incorporar tal figura en nuestro sistema jurídico; no obstante, en nuestra legislación se llevó a cabo de una manera conservadora, de tal forma que el legislador se inclinó solamente por la reparación del daño derivada de la actividad administrativa irregular, en lugar de la instauración de una normatividad total que anuncie que todo agente estatal que viole

²¹⁸ Poder Judicial de España. *Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial de España*. [En línea: 13 de junio del 2018]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Compendio-de-Derecho-Judicial/Leyes/Ley-Organica-6-1985--de-1-de-julio--del-Poder-Judicial>

los derechos de los gobernados con su habitual proceder, el Estado tendrá que responder por los daños ocasionados.

4.2.1.2. Italia

En la Constitución de la República italiana vigente,²¹⁹ su artículo 24 establece que:

“Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos. La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento. Se garantizan a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales”.

Con esta disposición se acuerda el deber de que la ley secundaria tiene que fijar las circunstancias y las maneras para el resarcimiento de los errores judiciales.

Ahora bien, la ley italiana N. 117/1988, que es la ley secundaria que regula lo referente al resarcimiento de los daños por errores judiciales, sin embargo, en sentencia de fecha 24 de noviembre de 2011 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, afirmó la contrariedad de la referida ley italiana al derecho de la Unión acerca del resarcimiento de los daños causados en el ejercicio de las funciones judiciales y sobre la responsabilidad civil de los magistrados, en breve resumen presento, los extremos del asunto.²²⁰

El artículo 2 de la citada ley n. 117/1988 prescribe:

"1. Quien ha sufrido daño injusto por efecto de un comportamiento, de un acto o de una medida judicial ordenada por el magistrado con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones o por deniego de justicia, puede dirigirse contra el Estado para obtener el resarcimiento de los daños patrimoniales y también de aquellos no patrimoniales que deriven de la privación de la libertad personal.

²¹⁹ Wikisource. Asamblea Constituyente. *Constitución de la República Italiana*. [En línea: 15 de junio del 2018]. Disponible en:

https://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_la_Rep%C3%ABlica_Italiana

²²⁰ Colella, Angela y Viganò, Francesco. *La disciplina vigente italiana en materia de responsabilidad por error judicial es incompatible con el derecho de la UE*. Trad. Carlos Cabezas Cabezas. Italia: Editore Diritto Penale Contemporaneo, diciembre 2011. [En línea: 15 de junio del 2018]. Disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1114-la-disciplina-vigente-italiana-en-materia-de-responsabilidad-por-error-judicial-es-incompatible-con>

2. En el ejercicio de las funciones judiciales no puede dar lugar a responsabilidad la actividad de interpretación de normas del derecho, ni aquella de valoración de los hechos ni de la prueba.

3. Constituyen culpa grave:

- a) La violación grave de ley, determinada por negligencia inexcusable;
- b) La afirmación, determinada por negligencia inexcusable, de un hecho cuya existencia ha sido excluida incontroablemente por los actos del procedimiento;
- c) La negación, determinada por negligencia inexcusable, de un hecho cuya existencia resulta incontroable por los actos del procedimiento;
- d) La dictación de una medida que incida en la libertad de la persona, fuera de los casos consentidos por la ley, o sin motivación".

Al respecto, fueron censuradas por el Tribunal, especialmente los siguientes aspectos: A) La restricción de la responsabilidad a los casos de dolo y culpa grave del inciso 1.; y B) La supresión de la responsabilidad por la actividad de "interpretación de normas de derecho" así como, de "valoración del hecho y de la prueba" del inciso 2.; en la medida que tales disposiciones, son incompatibles con el derecho de la Unión en forma manifiestamente errónea y por consiguiente representan una manifiesta violación del derecho de la Unión, ya que al limitar la responsabilidad únicamente al dolo o la culpa grave, asimismo, al excluir la errónea interpretación de normas de derecho y la errónea valoración del hecho o de la prueba, con lo cual se observa que son criterios que se quedan en una interpretación considerablemente limitada y que conducen al sistemático rechazo de las instancias resarcitorias.²²¹

Como se aprecia, el sistema jurídico italiano aunque tiene incluida la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, es claro que es restringida, lo cual se desprende de la simple lectura de los incisos 1, 2 y 3 del referido artículo 2, pues es notorio que no admite errores de derecho ni de hecho, solo reconoce errores en los que hubiera la intención de dictar resoluciones plagadas de mala intención como es el dolo, y en su caso la culpa grave en la que se podrá incurrir en los supuestos que señala el inciso 3, en conclusión, creo que es una responsabilidad limitada que más bien parece que está protegiendo la irresponsabilidad del Estado por error judicial.

²²¹ Cfr. *Ídem*.

4.2.1.3. Francia

En Francia la figura jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados en el funcionamiento de la administración de justicia, está contemplado en el Código Civil de aquel país de la siguiente manera:²²²

Artículo 9-1 (Ley nº 2000-516 de 15 de junio de 2000 art. 91 Diario Oficial de 16 de junio de 2000) Cada uno tiene derecho a que se respete la presunción de inocencia. Cuando con anterioridad a cualquier condena se presente públicamente a una persona como culpable de hechos que son objeto de una investigación o de una instrucción judicial, el juez podrá, incluso por procedimiento de urgencia, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, prescribir toda clase de medidas como la inserción de una rectificación o la difusión de un comunicado a fin de hacer cesar el ataque a la presunción de inocencia, y ello a expensas de la persona física o jurídica responsable del ataque.

De lo anterior se desprende que, el Estado reconoce el principio de presunción de inocencia, de tal forma que si alguien es señalado como culpable sin que se haya determinado su responsabilidad legalmente, tendrá derecho a reclamar al Estado la reparación del daño causado.

Asimismo, en relación a reformas aplicadas al Código de Procedimientos Penales en 1970, se incorporó la posibilidad de demandar responsabilidad por privaciones de la libertad preventivas que ocasionaran daños y perjuicios, al respecto la norma establece que se puede concertar un resarcimiento por los daños a favor de una persona que después de ser detenida preventivamente, y que durante el procedimiento resulte con una resolución absolutoria, de rechazo o de sobreseimiento de manera firme.²²³ Con lo que se advierte que en la legislación francesa, también se incluye la responsabilidad por error judicial en la aplicación de medidas cautelares, que al final resultaron injustificadas por decretarse la inocencia del presunto culpable de los hechos que se le atribuían.

²²² Leyes del gobierno francés. *Código Civil de Francia*. p. 2. [En línea: 17 de junio del 2018]. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/>

²²³ Cfr. Castro Estrada, Álvaro. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. 4ª. Edición. *op. cit.* pp. 96 y 97.

Por otra parte, de conformidad con la reforma al Código de Procedimientos Civiles de 1972, el Estado francés está obligado a resarcir el daño originado por el ejercicio incorrecto en la prestación del servicio de justicia, si bien cuando exista solamente causa grave o denegación de justicia.²²⁴ Ahora bien, es verdad que esto no es utilizado en los juicios contenciosos administrativos debido al propio ámbito de aplicación de la ley, sin embargo, la realidad es que el juez administrativo concluirá ante la autoridad de la resolución emitida por el juzgador ordinario.

4.2.1.4. Alemania

En la República Federal Alemana, su Ley Fundamental en el artículo 34 denominado: Responsabilidad en caso de violación de los deberes del cargo, dice: "Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada violare los deberes que la función le impone con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o la corporación a cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o culpa grave queda abierta la acción de regreso. Para la reclamación de daños y perjuicios abierta así como para la acción de regreso no podrá excluirse la vía judicial ordinaria."²²⁵

En este caso el tema es un poco más complicado, pues en ciertos supuestos se utiliza el principio de la responsabilidad del Estado, la doctrina ha instituido que la locución "alguien" incluye también al juzgador. Ya que la afirmación de la independencia judicial justifica la irresponsabilidad personal del juez, pero no así la del Estado, porque en Alemania se presentan dos tipos de procedimientos para reclamar la responsabilidad: uno de ellos entre el gobernado y el Estado y el otro entre el Estado y el juzgador, este segundo caso sucede cuando el Estado lleva a cabo la acción de regreso.

²²⁴ Cfr. *Ídem*.

²²⁵ Parlamento Federal de Alemania. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. p. 39. [En línea: 19 de junio del 2018]. Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

4.2.2. En latinoamérica

En lo que respecta a la normatividad jurídica vigente, en algunos Estados de latinoamérica se observa que por lo menos en Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela se han emitido normas constitucionales o leyes secundarias con el fin de regular la figura del error judicial. Los sistemas jurídicos de cada uno de los países mencionados tiene -como es lógico- características distintivas de cada nación, asimismo, un mayor o menor esmero en detallar dicha institución, y del mismo modo añadir nuevos aspectos no contemplados en otras legislaciones.

4.2.2.1. Colombia

La Constitución Política de 1991 vigente,²²⁶ en su artículo 90 instituye que: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este." Con la redacción de este artículo, el Estado colombiano consagra de forma clara, la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial.

Si bien es cierto, que en dicho numeral no se describe expresamente a la responsabilidad del Estado en relación a la función de administrar justicia, pero al mencionar a las "autoridades públicas" se concibe que sea viable entender dicha responsabilidad para los órganos que ejercen actividades judiciales. Cabe señalar que la aclaración del citado artículo 90 de la Constitución Política de Colombia fue desplegada por el Tribunal Constitucional y también por el Consejo de Estado.²²⁷

²²⁶ Congreso de la República de Colombia, Secretaría General del Senado. *Constitución Política de Colombia. op. cit.*

²²⁷ Molina Betancur, Carlos Mario. La responsabilidad extracontractual del Estado por error judicial en Colombia: La noción del error judicial en Colombia. *Revista Opinión Jurídica*. Vol. 3, núm. 6. Colombia: agosto del 2015. pp. 13-36.

Asimismo, es significativo recalcar lo contenido en los artículos 65 a 76 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.²²⁸ En la que el artículo 65 de dicha ley insta: "De la Responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior (sic) el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad." De este dispositivo se colige grosso modo tres tipos de responsabilidad, que en esencia resumen el contenido del resto de los numerales del 66 al 76:

- a) Por error judicial -corresponde a la responsabilidad jurisdiccional por error y daño en los actos procesales-.
- b) Por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia –equivalente a la demora e incorrectas actuaciones materiales-.
- c) Por privación injusta de la libertad –derivada del error jurisdiccional o por el imperfecto ejercicio de la administración de justicia-.

4.2.2.2. Chile

En la legislación chilena, la figura del resarcimiento de daños por error judicial a cargo del Estado, se incluyó como norma Constitucional en 1925 en el artículo 20, que decía: "Todo individuo a favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente."²²⁹ Dicho artículo es el antecedente del actual, en el que se localiza la acción de

²²⁸ Organización de Estados Americanos, Textos Jurídicos. *Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia*. pp. 16-18. [En línea: 20 de junio del 2018]. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_270_sp.pdf

²²⁹ Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Constitución Política de la República de Chile de 1925*. p. 164. [En línea: 22 de junio del 2018]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1641/10.pdf>

indemnización por error judicial en Chile y que está prevista en el artículo 19, número 7, letra i, de la Constitución Política de la República de Chile:²³⁰

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

7°. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

- i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia.

Se advierte del citado artículo Constitucional chileno, que en este se encuentra el reconocimiento garantista de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, desplazándose fundamentalmente al ámbito penal, dejando claro que a las personas se les protege su derecho a la libertad personal y la seguridad individual, de tal forma que a quien se le dicte sobreseimiento o sentencia absolutoria, tendrá derecho a que el Estado le repare a la brevedad los daños originados por error judicial. Cabe hacer mención, que desgraciadamente en la realidad no se actualiza la agilidad del procedimiento, ya que a la fecha solo se han emitido pocas sentencias indemnizatorias derivadas de errores judiciales -no más de cuatro- y algunas de ellas solo mediante un arduo proceso legal ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

4.2.2.3. Ecuador

La Constitución de Ecuador, en relación a la responsabilidad del Estado por error judicial, establece en los diversos artículos:²³¹

Art. 21.- Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada por efecto de recurso de revisión, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, será rehabilitada e indemnizada por el Estado, de acuerdo con la ley.

²³⁰ Cámara de Diputados de la República de Chile. *Constitución Política de la República de Chile*. pp. 11-14. [En línea: 24 de junio del 2018]. Disponible en: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_0517.pdf

²³¹ Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. p. 4. [En línea: 26 de junio del 2018]. Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>

Art. 22.- El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable.

El Estado ecuatoriano instituye la responsabilidad del Estado en las cuestiones de retenciones arbitrarias, igualmente en su artículo 24 prevé la posibilidad de lograr indemnizaciones por demoras injustificadas en la administración de justicia, así como, por violaciones a los principios y reglas del debido proceso judicial. En ese tenor, la reglamentación aplicable en este país, contiene singularidades que por sus características innovadoras, envuelven un interés jurídico y legislativo particular.

Así el Código de Procedimiento Penal de esa nación, desarrolla en un título completo, denominado Indemnización al Procesado, Acusado o Condenado, que está integrado por los artículos del 416 al 421,²³² en los cuales funda la posibilidad de que una persona sea indemnizada por errores o deficiencias que se generaron tanto en los procesos penales como en las medidas cautelares. Otro aspecto exclusivo de este Código, consiste en que las indemnizaciones a cargo del Estado, serán liquidadas al afectado de acuerdo con los ingresos percibidos según su declaración de impuesto a la renta. De la misma manera, sobresale la original obligación asignada al Estado de proveer al injustamente inculcado un trabajo conforme a su capacidad y necesidades, otra obligación distinta a lo común, es la que indica que si no se cubre la indemnización respectiva en un plazo definitivo, el afectado está en posibilidad de reclamar dicho pago directamente al titular del Ejecutivo. Por último, en dicha normatividad, se establecen casos de indemnizaciones emanadas de prisiones preventivas, las que deberán ser pagadas por los delatores particulares y también, se establece el deber de indemnizar a quien haya ayudado dolosamente al error judicial incluyendo a querellantes y litigantes.

²³² Organización de Estados Americanos, Textos Jurídicos. *Código de Procedimiento Penal del Ecuador*. [En línea: 28 de junio del 2018]. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cpp.pdf

4.2.2.4. Perú

La Constitución Política del Perú de 1993²³³ en su artículo 139 insta que: Son principios y derechos de la función jurisdiccional, en lo que importa se establece en su inciso 7. "La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar." Mediante esta norma Constitucional, se da cabida a la responsabilidad del Estado por error judicial y por detenciones arbitrarias, para que sea instituido conforme lo disponga la ley, de esta manera el poder constituyente de 1993 ha generado una manifestación de aceptación indemnizatoria sometida al poder político, así el poder legislativo y el poder ejecutivo, están en posición de implantar regulaciones jurídicas restrictivas de ese derecho indemnizatorio, con el propósito de tener una economía protectora de las finanzas nacionales.

El referido artículo Constitucional está en concordancia con la Ley 24973 que regula la indemnización por errores judiciales y detenciones arbitrarias,²³⁴ en la que se especifican los temas de detención arbitraria, y amplía la comisión de esta figura a la policía, sin embargo, lo más interesante de dicha ley es la instauración del Fondo Nacional Indemnizatorio por Errores Judiciales, el cual se destinará para el pago de la indemnización que corresponda, después que la autoridad judicial pronunció la resolución que establezca la absolución o el sobreseimiento del proceso. Además, esta legislación determina la indemnización correspondiente en proporción al tiempo de duración de la detención y a los ingresos declarados por las víctimas.

²³³ Organización de Estados Americanos, Textos Constitucionales. *Constitución Política del Perú. op. cit.*

²³⁴ Ley 24973 que regula la indemnización por errores judiciales y detenciones arbitrarias, República de Perú. [En línea: 29 de junio del 2018]. Disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey1988.nsfOpenDocument>

4.2.2.5. Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,²³⁵ establece:

Artículo 30. "El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios. El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo. El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados."

Artículo 49. Inciso 8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o magistrada, juez o jueza y del Estado, y de actuar contra estos o éstas.

Artículo 255. Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

De acuerdo a lo contenido en los artículos antepuestos, puedo decir que en el país venezolano está reconocida legalmente la institución jurídica de la responsabilidad de la administración judicial emanada de una decisión errónea, así como, por funcionamiento anormal en relativa a la actividad de los tribunales, misma que puede exteriorizarse de distintas formas, como pueden ser entre otras: demoras o descuidos injustificados, omisión fundamental de las normas procesales, negación de justicia, todas ellas, atribuibles al funcionamiento de la administración pública. No obstante, considerando el régimen de gobierno que actualmente tiene ese país, dudo mucho que se respeten a cabalidad las disposiciones constitucionales mencionadas.

5. Responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial en tratados, convenciones y cortes internacionales de derechos humanos

Los tratados celebrados por México con organismos internacionales o con otros Estados integran el ordenamiento jurídico interno, son obligatorios, operativos y de aplicación directa a cualquier caso, y por lo tanto son fuente del derecho mexicano.

²³⁵ Organización de Estados Americanos. Textos Constitucionales. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. op. cit.*

En primer término diremos que los tratados se rigen por tres principios: la norma *pacta sunt servanda*, contenida en el artículo 26 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados, y que establece: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". El segundo principio es que un tratado produce efectos únicamente entre las partes, así se dispone en el artículo 34 de dicha Convención, que prescribe: "Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento". El tercer principio establece que el consentimiento es la base de las obligaciones convencionales, este principio rige no únicamente para la celebración original del tratado, sino para las diversas figuras sobre derecho de los tratados: la adhesión, la terminación, la modificación, etcétera.

De acuerdo con el artículo 133 de la Constitución de nuestro país, que dice: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas." Esto quiere decir que en principio, la sola aprobación de los tratados internacionales, de acuerdo con el procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora a estos al derecho interno de la nación.

El Estado mexicano ha ratificado algunos tratados en materia de derechos humanos. A través del tiempo, México ha incorporado a la Constitución las declaraciones, los principios y derechos inherentes al hombre, a su calidad humana, ya sean de contenido civil, político, económico o social, como también todas las sanciones dispuestas con motivo de delitos que atenten contra el hombre, desde el genocidio hasta la discriminación racial, de la mujer, de los sexos, y otras actitudes degradantes que se establecen en los tratados internacionales.

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos amplían la esfera de derechos de los individuos y los derechos de incidencia colectiva garantizados en la primera parte de la Constitución mexicana, y que obviamente no se contraponen a ella sino que la complementan. La protección de los derechos humanos va unida a la restricción del ejercicio del poder estatal. La comunidad internacional reconoce la existencia de estos derechos y obliga objetivamente a los Estados a no vulnerar ni obstaculizar su pleno goce y ejercicio, así como a garantizar la vigencia sociológica de aquéllos en su territorio, por el bien común, so pena de reparar y responder frente a la comunidad internacional.

5.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Del 7 al 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, se realizó la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, perteneciente a la Organización de los Estados Americanos, en la que los delegados de los diversos Estados miembros de dicho organismo internacional, redactaron el documento que constituyó la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH-, también conocida como Pacto de San José, entrando en vigor el 18 de julio de 1978.²³⁶

A esta fecha son veinticinco países americanos los que han ratificado, o bien, se han adherido a dicho Pacto de San José,²³⁷ con esto queda de manifiesto que gran parte de las naciones del continente han establecido su compromiso de formar parte de una herramienta regional de salvaguarda de los derechos humanos, asimismo, de ajustar su dirección y desarrollar su aparato gubernamental, con el propósito de

²³⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (b-32). [En línea: 4 de julio del 2018]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

²³⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). Estado de Firmas y Ratificaciones. [En línea: 5 de julio del 2018]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

proporcionar efectividad a los fines y principios contenidos en la Convención, con lo cual se están llevando a cabo diversas reformas constitucionales en distintos Estados, tendientes a forjar las vías de acceso requeridas para la firme acogida nacional de los instrumentos de naturaleza internacional, conformando así el bloque de constitucionalidad ya contemplado en las legislaciones de numerosas naciones, incluyendo la nuestra.

Partiendo de la premisa que con la agregación de dicha Convención al sistema jurídico interno de nuestro país, esta tiene que fungir como guía para la interpretación ya sea de los criterios legales como de cualquier otra norma jurídica, en la proporción que México ratificó dicha Convención y reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer todos los asuntos concernientes a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En lo que respecta al tema en comento, el artículo 10 denominado “Derecho a Indemnización” del Pacto de San José establece que: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”, acerca de este numeral, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha resuelto algún caso en el que se toque de forma concreta, en el que se despliegue su interpretación o bien, en el que se haya procesado y condenado a un Estado miembro por la infracción del referido artículo, únicamente ha atendido el tema de modo superficial, tal es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que solo ha abundado sobre el tema (y no de fondo) en el “Caso Baena Ricardo Vs. Panamá”, en el que la Comisión solicitó a la Corte, con base en el artículo 10 de la Convención, que dispusiera que el Estado “está obligado a restablecer a las personas en el ejercicio de sus derechos, a pagar una justa indemnización compensatoria a las víctimas y a reparar las consecuencias que sus actos violatorios han generado”,²³⁸ el

²³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. p. 108 [En línea: 10 de julio del 2018]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf

cual adminiculado con el artículo 63.1 del citado instrumento que instituye: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

En el aludido artículo 63.1 de la CADH se instauran dos potestades que la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede realizar cuando atienda algún asunto: a) la de disponer el goce de los derechos conculcados a favor de quienes la Corte así lo determine; y b) la de ordenar la reparación e indemnización de los mismos. Por lo anterior, puedo decir que se refiere a una norma de carácter adjetivo relacionada a la competencia y atribuciones de la Corte, y no de la parte sustantiva de la Convención, en la que se expresan las obligaciones de los Estados Parte; las cuales son expresión de principios instituidos en el derecho internacional y que son consecuencia lógica del incumplimiento de los referidos deberes, como son la de disponer el goce de los derechos conculcados y la obligación de reparar, indispensables para no hacer ineficaz la resolución de la Corte. De acuerdo a esta norma se crean derivaciones objetivas y imperativas para los Estados Parte, que confieren certeza al sistema interamericano de derechos humanos y lo distinguen de otros sistemas internacionales de resguardo de derechos.

Es importante señalar que en el contenido de la CADH no se cuenta con una disposición general que instaure el deber de los Estados Parte de proporcionar reparaciones a las personas afectadas por las violaciones contenidas en dicha Convención. Asimismo, dicha obligación no está manifiestamente declarada en otros instrumentos de derecho internacional convencional para cualquier clase de violaciones. La manera en la que comúnmente este derecho está considerado consiste

en la obligación de los Estados de implantar en su derecho interno recursos efectivos para las víctimas, de tal forma que les permita el acceso práctico y expedito para el reclamo de la reparación por los daños que les causó el Estado.

En relación con lo antes mencionado, el artículo 25 de la CADH establece:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Parte se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Ahora bien, es conveniente aclarar el vocabulario manejado, la reparación es el término genérico que abarca las distintas formas de cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum*²³⁹ de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etcétera.²⁴⁰

²³⁹ Enciclopedia Jurídica. Lat: Restablecimiento de situación inicial. En el derecho civil: Restauración o restitución a situación anterior. [En línea: 13 de julio del 2018]. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/restitutio-in-integrum/restitutio-in-integrum.htm>

²⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Párrafo 41. (Artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). [En línea: 15 de julio del 2018]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec39.pdf>

Así, la reparación, como la misma palabra lo dice, consiste en las acciones que buscan eliminar las consecuencias ocasionadas por la violación realizada, de tal manera que su calidad y su cuantía dependen del daño producido tanto en el plano material como en el moral, por lo cual, la reparación no está en condiciones de involucrar ni un lucro ni un detrimento para la víctima.

5.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Es relevante señalar que la Corte, mediante el manejo del referido artículo 63.1 de la CADH, ha instituido una extensa jurisprudencia acerca del derecho a la reparación. Ha cimentado este derecho no únicamente en el uso de principios nacidos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tales como: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta de la OEA, o la misma CADH, sino del principio derivado del derecho internacional público sobre la responsabilidad de los Estados ante la inobservancia de sus deberes. Esta cualidad universal del deber de reparar ha hecho más notable aún la jurisprudencia de la Corte, misma que ha favorecido al desarrollo de la conceptualización e implicaciones de esta obligación en el derecho internacional de aplicación universal.²⁴¹ Dicho tribunal ha asegurado que el deber de los Estados de resarcir las violaciones a derechos humanos consumadas, y en particular lo dispuesto por el numeral citado líneas arriba, al apuntarlo en una de sus sentencias, refiriendo que: "constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del derecho de gentes".²⁴²

A partir del primer asunto de carácter contencioso, la Corte IDH ha comprendido el compromiso de las naciones de resarcir a las víctimas de sus trasgresiones a las normas contenidas en la Convención como una obligación basada en el derecho

²⁴¹ Cfr. Correa, Cristián en: Steiner, Christian y Uribe, Patricia. (editores) *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentario*. Bolivia: Plural editores, junio de 2014. p. 823, 824.

²⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. p. 12 [En línea: 18 de julio del 2018]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf

internacional público, y regulada íntegramente por el mismo. Interpretando la resolución emitida por la Corte en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras,²⁴³ la cual ha sido ratificada de manera permanente por su jurisprudencia subsecuente, los Principios Básicos del Derecho a Reparación en los que se basa esta obligación han sido definidos como los siguientes:²⁴⁴

Cualquier violación a una obligación internacional que hubiera ocasionado un perjuicio, acarrea un deber de repararlo debidamente. La Corte ha dicho que tal obligación es una concepción general del derecho, y ha consolidado esta postura en una sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y en otra de su sucesora, la Corte Internacional de Justicia;

La reparación del daño consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que comprende la reposición de la condición anterior y la reparación de las derivaciones que la violación causó y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral; el pago de este último debe concordar con los principios de la equidad;

La indemnización por violación de los derechos humanos tiene soporte en los instrumentos internacionales de carácter universal y regional. La Corte se fundamenta en los ratificados pronunciamientos emitidos por el Comité de Derechos Humanos sobre el pago de violaciones a los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en base a su Protocolo Facultativo, y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos;

La Corte debe basar su fallo para determinar la indemnización totalmente en la Convención Americana y los principios de derecho internacional aplicables, y no está restringida por las normas del derecho interno.

Cabe mencionar que los principios antes descritos, son invocados con mínimas modificaciones en su exposición, de manera invariable y prácticamente en todas las sentencias que dicta la Corte en las que determina que ha existido alguna contravención a la Convención y que en tal virtud se produjo un daño. Sin embargo, igualmente la jurisprudencia de diversos organismos de resguardo de los derechos humanos en el sistema universal y en los sistemas interamericano y europeo, han consentido, en los años recientes, la presencia del compromiso de indemnizar las

²⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. [En línea: 19 de julio del 2018]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf

²⁴⁴ Cfr. Correa, Cristián en: Steiner, Christian y Uribe, Patricia. (editores)... *op. cit.* p. 82.

violaciones a los derechos humanos, lo cual se deriva explícitamente de los principios previamente aludidos.

5.3. Otros tratados y convenciones

En los incisos subsecuentes hablaré de diversos tratados y convenciones en los que el Estado mexicano es parte, toda vez que en su momento fueron signados y ratificados conforme lo establece tanto la legislación mexicana como el derecho internacional.

5.3.1. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

En esta Convención lo referente a la indemnización a las víctimas del error judicial se ubica en el artículo 14 incisos 1 y 2, el primero de ellos especifica que: “Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización”, el segundo inciso invoca que: “Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales”.²⁴⁵

De lo mencionado se entiende, que un inculpado sujeto a error judicial es una víctima de la administración de justicia, por lo que se infiere que obligatoriamente tenga que ser indemnizado, no obstante que, si bien el planteamiento del instrumento internacional en comento se limita a las Víctimas de Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en una interpretación a contrario sensu es factible

²⁴⁵ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. [En línea: 21 de julio del 2018]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>

que pueda ser aplicable a las víctimas de error judicial, trayendo aparejado que su condición no permanezca impune y que el Estado les responda a este tipo de víctimas, por todas y cada una de las circunstancias que poseían antes de su controversia con la justicia penal.

5.3.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En este Pacto lo concerniente al resarcimiento a las víctimas que resulten del error judicial se localiza en su artículo 9 inciso 5 el cual menciona que: “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación”, dispositivo vinculado con el numeral 14 inciso 6 del mismo Acuerdo, que puntualiza: “Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.”²⁴⁶

Como se puede apreciar, concretamente relativo al error judicial esta institución jurídica debe considerarse admitida por la nación mexicana en lo que respecta al nivel internacional desde el año 1981 que fue cuando México ratificó su adhesión al citado Pacto, y en consecuencia correspondió haberse agregado inmediatamente al contenido de nuestra Constitución, no solo como si se tratara de un obsequio de parte del derecho internacional hacia el nacional, sino como una auténtica inclusión del derecho internacional a una indemnización al imputado o inculcado por error judicial, y que resulta como constante que este no es característico de una actividad puramente administrativa y civil, sino igualmente judicial, que acarrea como secuela que todo aquel inculcado que sea privado de su libertad de forma ilegal, o bien, sea procesado

²⁴⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [En línea: 23 de julio del 2018]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

y que haya cumplido una condena o esté cumpliendo esta, y que por circunstancias diferentes se aclare que concurrió un error judicial, debe tener derecho a una indemnización y además a que su medida cautelar o pena, en el caso de que esté cumpliendo cualquiera de ellas, sea revocada.

5.3.3. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

En lo referente al tema en comento, este instrumento internacional ratificado por el Estado mexicano en el año 2005, lo tiene considerado en el artículo 85 denominado "Indemnización del detenido o condenado",²⁴⁷ en el cual expresa:

1. El que haya sido ilegalmente detenido o recluso tendrá el derecho efectivo a ser indemnizado.
2. El que por decisión final hubiera sido condenado por un crimen y hubiere cumplido la pena correspondiente será indemnizado conforme a la ley de ser anulada posteriormente su condena en razón de hechos nuevos que demuestren concluyentemente que hubo un error judicial, salvo que la falta de conocimiento oportuno de esos hechos le fuera total o parcialmente imputable.
3. En circunstancias excepcionales, la Corte, si determina la existencia de hechos concluyentes que muestran que hubo un error judicial grave y manifiesto tendrá la facultad discrecional de otorgar una indemnización, de conformidad con los criterios establecidos en las Reglas de Procedimiento y Prueba, a quien hubiere sido puesto en libertad en virtud de una sentencia definitiva absolutoria o de un sobreseimiento de la causa por esa razón.

En lo contenido en las tres fracciones del aludido artículo interpreto que además que dentro de un proceso penal internacional se debe contener la seguridad razonada por parte del Estado de aproximar una auténtica justicia así para el inculpado como para la víctima u ofendido, que derive como resultado que en un Estado Constitucional de Derecho, como el que se supone que existe en nuestro país, no debe ser únicamente la justicia la que se acerque a la víctima y al ofendido, sino también debe darse para el presunto responsable, en tal virtud, es razonable que si el Estado en su actuar ejecuta en contra de este último un error judicial lo debe indemnizar por tal hecho; toda vez, que debemos tomar en consideración que el sistema acusatorio de justicia vigente en nuestro país pretende que se aplique un régimen legal efectivo, no

²⁴⁷ Secretaría de Relaciones Exteriores del gobierno de México. *Estatuto de Roma. op. cit.* p. 35.

exclusivamente de garantías, sino que incluya los de derechos humanos, que implique con ello escalar a un anhelado Estado Constitucional Democrático de Derecho, y asimismo que de esta manera el Estado mexicano no se aparte de estos principios básicos que él mismo divulga desde su proceder. Con lo que se obtiene que el derecho de indemnización a las víctimas por error judicial, no debe permanecer excluido por más tiempo de la Carta Magna de nuestro país.

6. Procedimientos para exigir el pago de la indemnización

En la presente investigación, se ha entendido por responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, la prerrogativa que le asiste a todo inculpado de forma legal por la que el Estado debe otorgarle una indemnización de manera proporcional y justa como consecuencia del yerro judicial en su contra, cuyo resarcimiento debe circunscribir todos los daños que el sistema judicial le ocasionó, tales como son: daños de salud física, psicológica y mental, pérdida de empleo y de oportunidades laborales, de ingresos, de educación, perjuicio moral, gastos de asesoría jurídica, entre otros; ello con base a que un acusado que es sujeto de un error judicial pasa a ser una víctima del sistema judicial, a la cual el Estado tiene el deber de repararle los daños de que fue objeto al habersele restringido infundadamente su libertad personal y consecuentemente violarle diversos derechos humanos.

El documento que contenga la demanda de indemnización por error judicial deberá ser presentado inicialmente ante el órgano jurisdiccional responsable del error judicial, en caso de que dicho órgano niegue la indemnización, o que, por su monto, no satisfaga al interesado podrán impugnarse por vía jurisdiccional ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, ello de conformidad con la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, toda vez que del mismo modo que la instancia para iniciar el proceso de requerimiento de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado por actividad administrativa irregular, este se lleva a cabo como ha quedado señalado.

En realidad se trata de un procedimiento administrativo por el que la persona a la que se le aplicó la medida cautelar del arraigo, prevención ante la cual se agotaron los medios de impugnación existentes y quedó firme, sin embargo, una vez transcurrido el tiempo máximo de ochenta días que se señala en el octavo párrafo del artículo 16 Constitucional, fue puesta en libertad al determinarse que no tenía responsabilidad alguna en los hechos que infundadamente se le acreditaron, con lo que se constató que se incurrió en un error judicial al privarla injustificadamente de su libertad, por lo que indiscutiblemente tiene derecho a ser indemnizada, lo cual tiene fundamento en el artículo 10 administrado con el artículo 63.1 ambos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 14 incisos 1 y 2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, el artículo 85.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

7. Cálculo de la indemnización que repare el daño causado

Al Tribunal Federal de Justicia Administrativa le corresponderá aplicar las fórmulas que considere convenientes para determinar el monto de la indemnización, desde luego, tomando en cuenta para ello, los ingresos que percibía la víctima, el daño moral, el daño físico y otras afectaciones que haya sufrido como consecuencia del error judicial que fue objeto por la violación de sus derechos humanos al aplicarle injustificadamente el arraigo penal.

Tanto en el Código Civil Federal como en la Ley Federal del Trabajo de nuestro país y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tales como las dictadas en el Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras²⁴⁸ y Velásquez

²⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fairén y Solís Corrales vs. Honduras. [En línea: 30 de julio del 2018]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_06_esp.pdf

Rodríguez vs. Honduras²⁴⁹, que son de aplicación directa a cualquier caso, se contemplan fórmulas de cálculo idóneas por medio de las cuales se puede determinar el monto de una indemnización derivada de un error judicial y por lo cual tiene que atenderse como una responsabilidad patrimonial del Estado.

Para efecto de ilustrar este apartado, presento un ejercicio del cálculo de indemnización por error judicial por la aplicación injustificada del arraigo penal al señor Juan N., cabe mencionar que la víctima es soltero, de 34 años de edad y trabajaba en el taller mecánico de una agencia de autos con 6 años de antigüedad. El cálculo resarcitorio es el siguiente:

Una vez que se acreditó el error judicial derivado de la aplicación injustificada del arraigo penal por un lapso de 80 días al señor Juan N., mismo que por consecuencia de la privación de su libertad del 11 de enero al 31 de marzo de 2019, sufrió diversos daños y perjuicios que están legalmente acreditados, los cuales son:

- a. Pérdida de su trabajo –sin reinstalación-, para lo cual se tendrá como referencia que la víctima percibía en su trabajo con contrato indeterminado un salario diario integrado de \$525 con una antigüedad de 6 años. Con base en el artículo 50 fracciones II y III de la Ley Federal del Trabajo por indemnización le corresponde la siguiente cantidad: 80 días –privado de su libertad- igual a \$42,000, 3 meses de sueldo igual a \$47,250, 20 días por año –no reinstalación- por 6 igual a \$63,000, 12 días por año –prima de antigüedad- por 6 igual a \$37,800, proporcionales de aguinaldo, vacaciones y prima vacacional igual a \$5,250, resulta una suma de \$195,300.
- b. Daños de salud mental, derivado del diagnóstico médico se determinó que tendrá que someterse a un tratamiento médico de rehabilitación y farmacéutico –para atender trastornos depresivos, de ansiedad y de insomnio-; el tratamiento médico de rehabilitación consiste en asistir con el psiquiatra a rehabilitación durante 36 sesiones mensuales, con un costo por sesión mensual de \$1,500 siendo el costo total de las sesiones de \$54,000, asimismo, el tratamiento farmacológico consiste en ingerir

²⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez vs. Honduras. [En línea: 2 de agosto del 2018]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

medicamentos especializados por 36 meses con un costo de fármacos mensual de \$4,750 siendo el costo total de \$171,000, el costo de rehabilitación médica más el costo del tratamiento farmacológico, resulta una suma de \$225,000.

- c. Daños de educación, estaba cursando desde enero una especialidad en mecánica automotriz con duración de un año –el cual perdió por no haber asistido al ser detenido- dicho curso tiene un costo de \$18,000, sin embargo, se le ofreció al señor Juan que si pagaba por adelantado el curso se le dejaría el \$12,000 y él aprovechó la oferta pagando dicha cantidad.
- d. Gastos de asesoría jurídica, contrató los servicios profesionales de un abogado, cuyo costo fue de \$80,000.

En resumen los daños cuantificados en pesos, son los siguientes:

a) Pérdida de su trabajo:	\$ 195,300
b) Daños de salud mental:	\$ 225,000
c) Daños de educación:	\$ 12,000
d) Gastos de asesoría jurídica:	<u>\$ 80,000</u>
Total:	\$ 512,300

Es importante apuntar que en igual sentido que para la responsabilidad patrimonial del Estado por actividad administrativa irregular, en su momento oportuno, la instancia jurisdiccional correspondiente deberá asignar dentro del presupuesto de egresos del gobierno una partida destinada para cubrir los casos en los que se le acredite que hubo responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Es culminante dejar asentado que los derechos humanos son acordes de la condición humana y por consecuencia son universales de las personas en cuanto tales por el solo hecho de su existencia, del mismo modo son derechos naturales, y más aún son derechos esenciales que se anteponen al Estado y por ende, están por encima del poder político el cual por conducto de todas las autoridades tiene la obligación de respetarlos, pues nadie, ni siquiera el más fuerte de los gobiernos, tiene potestad para impedir el acceso a ellos. Es importante señalar que los principios rectores de los derechos humanos tienen como objetivo primordial la regulación del sistema de derechos humanos en forma conjunta, asimismo, al mencionar que “todas las autoridades” se refiere a los servidores públicos componentes de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial en sus tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal.

Se resalta que los derechos humanos no admiten restricciones debido a características de nacionalidad, raza, sexo, edad, ideología política, religión, lengua, edad, cultura, condición económica, entre otras; además son progresivos, indivisibles e interdependientes y están ligados a la dignidad del ser humano en la sociedad y en el Estado. Es significativo aclarar que si los derechos fundamentales son derechos humanos, entonces tienen también las condiciones que se les atribuye a los derechos humanos.

SEGUNDA. La reforma Constitucional en materia de seguridad y justicia llevada a cabo en 2008 en nuestro país tiene entre sus ejes rectores, el llamado principio de presunción de inocencia, por el cual toda persona inculpada de algún delito deberá ser considerada inocente hasta que se demuestre mediante sentencia firme lo contrario, por lo cual, dicho principio avala que solamente puede ser detenida una persona cuando existan las pruebas aptas para determinar la privación de su libertad, siendo al Ministerio Público a quien le incumbe demostrar de forma indubitable que el

sospechoso es realmente el responsable de los hechos que se le imputan. Desde aquí toma eficacia el derecho de indemnización por error judicial, que establece como consecuencia que una persona para que sea detenida se le tiene que seguir un debido proceso en la detención, lo que significa que la autoridad que llevará a cabo el acto de privación de la libertad, debe sujetarse a los principios legales, esto es, a derecho, ya que de no ser así, la persona detenida de manera ilegal, es decir, que no concurra una razón fundada en la ley y debidamente motivada en pruebas fehacientes para ello, pueda reclamarle al Estado una indemnización por esa detención injusta.

TERCERA. Es relevante indicar que al haber constitucionalizado el principio de presunción de inocencia, no implica que de manera automática se haya logrado una transformación de fondo en lo referente al sistema de justicia penal mexicano, tampoco que dicha reforma nos llevará verdaderamente a tener un Estado Democrático de Derecho que tanto se desea alcanzar, por lo que debemos entender que esta transición no se obtendrá únicamente por el hecho de modificar la Constitución, menos si al haberla reformado se cometieron graves errores que demuestran que los responsables de dicha tarea no asumieron su compromiso de la manera debida. Como ejemplo de lo anterior señalaré solo algunos de ellos relacionados al tema de esta tesis: a) la legitimación del arraigo, que consiste en una medida de detención arbitraria y totalmente contraria a las obligaciones que en el tema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el Estado mexicano ha contraído, violando así al derecho de presunción de inocencia entre otros de gran importancia; b) el excesivo catálogo de delitos por los que se puede aplicar la prisión preventiva; c) la omisión de modificar el artículo treinta y ocho en que se suspenden los derechos de los ciudadanos por estar sujetos a un proceso penal, lo que también es violatorio del derecho a la presunción de inocencia; d) el no haber incorporado la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, y e) en relación al inciso que antecede, no haber agregado el derecho del imputado a una indemnización en los casos de detención injusta o por haber cumplido o estar cumpliendo una sentencia condenatoria indebida, es decir, en ambos casos producto de error judicial; las anteriores son como lo mencioné algunas

de las fallas que considero de importancia entre otras de no menor importancia, que conducen a ciertas prácticas abusivas y antidemocráticas.

CUARTA. El principio Constitucional de presunción de inocencia, desafía tres diversas instituciones que fueron incorporadas paralelamente en la Carta Magna de nuestra nación, las cuales son antagonistas de aquel, las cuales son: el arraigo por delitos de delincuencia organizada, la prisión preventiva de oficio por delitos graves y las medidas cautelares en libertad. Estas antinomias constitucionales han generado grandes polémicas en el ambiente jurista, tanto nacional como internacional, particularmente la primera de ellas, el arraigo penal, debido a que el sospechoso es privado de su libertad sin que exista alguna investigación clara y fidedigna que aporte las pruebas idóneas para exponer su culpabilidad en los hechos de delincuencia organizada, tal como lo instituyen los principios de un sistema de justicia penal acusatorio. Cuando se utiliza el arraigo, se está imponiendo de antemano una pena, no importa que la persona sea inocente o culpable, pues a esta se le está aplicando una condena anticipada desde el momento en que se le priva de su libertad sin haber sido juzgada previamente en que se respetaran las garantías del debido proceso.

QUINTA. Queda claro que es controversial el significado y la validez que representa la figura del arraigo penal, asimismo, que esta tiene matiz de medida cautelar que va más allá de la Constitución, no obstante que esté contenida en ella, ya que efectivamente con el uso indiscriminado de dicha medida se sigue cayendo en la práctica arbitraria de detener a las personas para después investigarlas, incursionando con ello en derecho penal del enemigo el cual es violatorio por excelencia de derechos humanos como el derecho a la presunción de inocencia, a la libertad, a la legalidad y a las garantías del debido proceso, en lugar de aplicar las medidas propias del sistema ordinario de limitación al derecho de libertad del acusado en asuntos de urgencia, flagrancia y orden de aprehensión. En efecto, la figura en comento únicamente se deberá considerar como la medida apta para restringir la libertad de las personas siempre y cuando se haya hecho un minucioso análisis del caso, esto es, que

realmente se tenga una investigación efectiva e irrefutable que arroje información probatoria de que los sospechosos han colaborado en la comisión de alguno o algunos de los delitos de delincuencia organizada.

SEXTA. En virtud de que el arraigo es "*per se*" violatorio de los derechos humanos de presunción de inocencia, audiencia, libertad personal, libertad de tránsito, debido proceso y dignidad, entre otros de no menor importancia, además que la utilización de dicha medida ha demostrado aumentar las probabilidades de que un sospechoso a quien se le esté aplicando sea sometido a actos de tortura así como a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes aunados a la impunidad que le está vinculada, lo cual se presenta por los restringidos controles legales y la ausencia de revisión judicial en los casos que se lleva a cabo su uso, así como a la discrecionalidad en su manejo; muchos organismos internacionales protectores de los derechos humanos han declarado claramente la imperiosa necesidad de excluirlo de la legislación mexicana, no obstante, el Estado mexicano se ha mostrado renuente a suprimirlo de su legislación. Al respecto puedo reflexionar que el día que el arraigo sea erradicado de la reglamentación mexicana, se podrá decir que en nuestro país se tienen autoridades honestas, que son capaces de llevar a cabo investigaciones científicas y así respaldar con base en la ley la responsabilidad penal de una persona que esté probablemente vinculada en algún delito.

SÉPTIMA. Es justo señalar que los derechos consagrados tanto para víctimas u ofendidos como para los inculcados, han de ser razonados de manera enunciativa y no limitativa, de tal forma que se puede interpretar que el derecho de indemnización por error judicial en sí es un derecho que de manera implícita ha estado dentro del sistema de derechos en México y que actualmente, si bien es cierto que no está normado de modo concreto en la Carta Magna, es permisible su demanda con fundamento en el contexto internacional de derechos humanos que hoy en día existe, basándose la autoridad para ello en el principio pro persona y la interpretación

conforme y más amplia posible por lo relativo a los derechos que le asisten a toda persona imputada.

OCTAVA. Debido a la gran importancia que ha cobrado la disciplina conocida como Análisis Económico del Derecho, considero que debe ser tomada en cuenta por el sistema jurídico mexicano, particularmente en la rama del derecho penal por el impacto económico –costes- que revisten las decisiones judiciales, tanto para los particulares que se ven involucrados en un problema penal, como para la sociedad en general, es decir, para el Estado.

NOVENA. Es relevante mencionar que derivado de la fuentes de información que consulté para esta investigación, concluyo que México es uno de los pocos países tanto de latinoamérica como de europa, que tiene dentro de su legislación la medida cautelar del arraigo penal, de igual forma en el señalado contexto, es de las contadas naciones que no contemplan en su sistema jurídico la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial.

DÉCIMA. Cabe mencionar que como se señaló en el contenido de este trabajo, el arraigo no ha servido en el noventa y cinco por ciento de los casos en que se aplicó, ya que únicamente en un cinco por ciento de las ocasiones en que fue utilizado se llegó a la consignación de las personas que fueron arraigadas. Sin embargo, es difícil determinar datos precisos de manera fehaciente del uso de la figura del arraigo, ya que debido a la opacidad por parte de las diversas autoridades involucradas en el manejo de cifras y controles estadísticos, a la fecha no se conoce la cuantificación real de la aplicación de esta medida de excepción.

DECIMOPRIMERA. Puedo afirmar que la intención del arraigo no reside en establecer si un sospechoso es culpable o inocente, sino que consiste en restringirle a la persona su libertad de forma temporal con el propósito de conseguir información que se pueda utilizar posteriormente para el proceso judicial, no obstante, que actualmente no existe

regulación acerca la legalidad de las pruebas derivadas bajo arraigo. Lo señalado se interpreta en que la investigación no se realiza para detener a una persona, sino que la persona es detenida para ser investigada, de esta manera la afectada permanece sin garantías ni condiciones jurídicas claras, pues no se considera ni indiciada ni inculpada, así como tampoco está vinculada formalmente a proceso penal alguno, sencillamente se le ha privado de su libertad para que quede a disposición del Ministerio Público investigador; de esta forma sus derechos son indudablemente violados.

DECIMOSEGUNDA. La institución de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, es reciente y regulada de manera limitada tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano y en los regionales de la Unión Europea. En México, la mencionada institución no ha sido valorada conforme a la trascendencia que simboliza. En la actualidad, en nuestra Constitución Federal no está considerado el derecho que debe tener una persona de exigir una indemnización al haber sido víctima de un error judicial; consiguientemente, el sistema jurídico mexicano carece de una herramienta plena para aquel que haya sido privado de su libertad injustificadamente, y peor más, si se le condenó por error judicial y posteriormente es liberado al descubrir que es inocente, tenga la posibilidad de demandar al Estado mexicano una indemnización por los daños que se le causaron por cualquiera de dichas decisiones erróneas.

DECIMOTERCERA. El Estado mexicano tiene el compromiso de reconocer y resarcir patrimonialmente los daños antijurídicos que haya causado a los gobernados y que le sean atribuidos, por supuesto siempre que estén legítimamente acreditados los elementos que constituyen la responsabilidad patrimonial del Estado, lo que implica, que haya sido originada al realizar la privación infundada de la libertad por error judicial, que esta acción sea atribuible a una actuación u omisión de la autoridad vinculada a la rama judicial, y que exista un nexo causal entre la primera y la segunda.

DECIMOCUARTA. En relación a lo que establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de conformidad con los tratados y convenios de esta naturaleza de los que México es Estado Parte, existe el compromiso ineludible de expedir una ley interna referente a la indemnización por error judicial, lo cual es de carácter obligatorio para los Estados Parte. Al respecto cabe decir, que aquella persona que fuera víctima de error judicial posee el derecho a ser indemnizada conforme a la ley, de acuerdo a la respectiva ley interna del Estado correspondiente, lo cual ha sido establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos. Ahora bien, el propósito de la Convención, consiste en que es facultad de cada uno de los Estados Parte, instituir la normatividad que regulará el procedimiento de indemnización y conforme a ella se resarcirán los daños causados, se aclara que dicha disposición es obligatoria, por lo que de manera imperativa se tendrá que emitir dicha ley, está prohibido que ante la inexistencia de dicha ley el Estado responsable se rehúse a indemnizar a quienes que fueron objeto del error judicial.

DECIMOQUINTA. No obstante la reforma a nuestra Carta Magna de junio del 2011, mediante la cual el Estado mexicano hizo extensiva de manera manifiesta la protección Constitucional de los derechos humanos que están plasmados en los tratados internacionales, lo que le generó dos compromisos fundamentales: a) Por un lado, el deber que tienen todas las autoridades mexicanas a respetarlos y protegerlos, y b) Por otro lado, que el Estado tiene la obligación de emitir y llevar a la práctica todas las disposiciones de carácter legal y de naturaleza administrativa con el firme propósito de cerciorar y avalar la salvaguarda de los derechos humanos, previniendo con ello su violación, así como suprimir cualquier impedimento para su legítimo ejercicio. Sin embargo, el gobierno mexicano persiste en incumplir el deber que ha asumido internacionalmente, al no ajustar su normatividad particular con la que otorgue el acceso a procedimientos expeditos y ágiles, para así concretar el respeto al derecho a que sean resarcidos los daños causados a las víctimas de errores judiciales, esto es, el derecho a que sean indemnizados. En consecuencia es obligatorio que se reforme nuestra Constitución nacional, en el sentido que se incorpore la

responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial y también se realice lo propio en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, de este modo dicha institución jurídica pasará a formar parte de los medios de control Constitucional.

DECIMOSEXTA. Finalmente, con el soporte de toda la información recopilada durante todo el proceso de investigación para la elaboración de la presente tesis doctoral, así como las reflexiones que vertí respecto de los contenidos de los distintos documentos de doctrinarios, legislativos nacionales e internacionales que consulté, he llegado a la conclusión de que la hipótesis que concebí como premisa para este trabajo consistente en que: “La Carta Magna de nuestro país en su artículo 109 último párrafo, así como la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado reglamentaria de dicho párrafo, tienen deficiencias de origen al no contemplar en su contenido la responsabilidad patrimonial por error judicial, ya que la reduce exclusivamente a la actividad administrativa irregular, excluyendo con ello la aplicación de dicha responsabilidad patrimonial a los actos judiciales, por lo que debe reformarse el referido artículo Constitucional y consecuentemente su Ley reglamentaria, en el sentido de que se incluya de manera operativa y obligatoria la responsabilidad patrimonial en la naturaleza y caracteres de los actos judiciales, con el fin de que sea posible reclamar al Estado la reparación de daños y perjuicios por la violación de los derechos humanos en la aplicación injustificada del arraigo”, resultó ser verdadera, por lo que en el apartado de propuestas planteo las reformas correspondientes. También se dio respuesta a las preguntas de investigación y de igual forma se cumplió tanto con el objetivo general como de los objetivos específicos.

PROPUESTAS

PRIMERA. Que se suprima el arraigo penal de la Constitución Federal de México, es decir, que se reforme nuestra Carta Magna para derogar el párrafo octavo del artículo 16 de dicho ordenamiento nacional.

SEGUNDA. Que se suprima el arraigo penal de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, es decir, que se reforme para derogar completamente el Capítulo Cuarto que se denomina Del arraigo.

TERCERA. En tanto siga vigente en nuestra legislación el arraigo penal, propongo que para que el juez de control autorice dicha medida debe tener en consideración lo siguiente:

a) El tiempo de duración que se autorice para la aplicación del arraigo debe ser proporcional a la gravedad del hecho cometido y a la peligrosidad social del presunto responsable respectivamente, además, que dicho tiempo debe de ser considerado en atención a lo que se prevé surgirá dentro del proceso penal. Por lo que es necesario no perder de vista que en toda limitación de derechos por la autoridad, se demanda la obtención de fines legítimos, lo que involucra que no se debe lacerar el espíritu primordial del derecho, ni se debe coartar lo rigurosamente imprescindible para alcanzar el objetivo lícito que se desea lograr, de forma tal, que los males que se evitan sean mayores de los que se causan con tales restricciones y sanciones.

b) Que exista un nivel demostrativo e infalible de estándar probatorio que acredite la probable culpabilidad contra el sospechoso, que adicional a garantizar los hechos imputados, proporcione la necesaria trascendencia penal. Por lo cual, para que el juzgador esté en condiciones justificadas para autorizar el arraigo, habrá de poseer pruebas claras, amplias, fidedignas, idóneas y suficientes sobre la posible participación del sospechoso en hechos de delincuencia organizada.

c) Que la medida del arraigo no se autorice como regla, sino que debe ser la excepción, lo cual armoniza con el derecho de presunción de inocencia, pues de otro modo se

concebiría que todos son culpables hasta que se demuestre lo contrario, lo cual es propio de un sistema inquisitorio, mismo que se busca superar con la incorporación del sistema acusatorio que se utiliza en la generalidad de las democracias modernas.

d) La medida cautelar del arraigo debe ser ponderada con una interpretación restrictiva, es decir, con especial prudencia ya que se trata de una decisión que trastorna el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, pues constituye un acto de autoridad que violentará derechos humanos amparados por la Constitución y diversos instrumentos internacionales. De esta manera se entiende que, una interpretación restrictiva garantiza que no se vulnere el estado jurídico de presunción de inocencia, que de ser trasgredido podría ser de irreparables consecuencias.

e) El juez antes de autorizar la medida de arraigo, no debe perder de vista que en el sistema jurídico mexicano existen diversos tipos de medidas cautelares para asegurar que el sospechoso no evada la acción de la justicia, que se garantice el proceso y la eficacia de la sentencia que se llegara a dictar, las cuales van desde la privación de la libertad por un tiempo razonable, así como otras medidas no privativas de la libertad que podrían ser idóneas y menos gravosas para los fines cautelares de garantizar la comparecencia del sospechoso, de las pruebas, de la salvaguarda de la víctima y de la comunidad, por lo que se busca impedir que se incurra en un abuso de las medidas cautelares, siendo necesario valorar la medida idónea que se empleará.

f) Es de estricto derecho respetar los límites que están contenidos en las leyes para evitar arbitrariedades en la emisión y aplicación del arraigo, consistente en que esta sea dictada únicamente por la autoridad con jurisdicción y competencia para ello.

g) El arraigo es una medida cautelar de carácter provisional, que debe ser aplicada por el periodo estrictamente necesario para asegurar que se cumpla el fin establecido para ella y solo puede extenderse por un plazo no mayor al límite previamente fijado por la legislación correspondiente.

h) Por último, el juez de control debe recordar que la interpretación y la aplicación de las medidas cautelares, tienen que emplearse con carácter restrictivo y siempre a favor

del derecho humano a la libertad que limitan, lo cual ha de conducir a elegir y aplicar, en caso de indecisión, la medida menos limitativa de la libertad.

CUARTA. Agregar la fracción X al inciso B del artículo 20 de la Constitución Federal de México, es decir, que se reforme para quedar como sigue:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá...

B. De los derechos de toda persona imputada:

[...]

- X.** Aquella persona que sea detenida de manera injusta o en su caso sea condenada improcedentemente y que haya cumplido la condena o esté en su cumplimiento, tendrá derecho a una indemnización por error judicial, siempre y cuando se demuestre que por hechos nuevos existió un error judicial grave, aparte de la indemnización proporcionada tendrá derecho a que la pena en el caso de que la esté cumpliendo, sea revocada. Además, que el Estado ofrezca una disculpa pública e informe a la comunidad a través de los medios de comunicación masivos, que dicha persona fue privada de su libertad debido a un error judicial, esto es, que no tuvo responsabilidad alguna en los hechos que injustamente se le imputaron.

QUINTA. Modificar el último párrafo del artículo 109 de la Constitución Federal de México, es decir, que se reforme para quedar como sigue:

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular **o el error de su actividad judicial en materia penal**, que causen en los bienes o derechos de los particulares, serán objetivas y directas. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

Nota: Lo escrito con negritas es lo que se agregaría al artículo.

SEXTA. En todos los casos que se propone que se lleven a cabo reformas a la Constitución Federal de México, se agregarían los siguientes puntos:

TRANSITORIOS

Primero.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo.- El Congreso de la Unión deberá realizar las reformas pertinentes a la legislación secundaria en un plazo no mayor de noventa días, a fin de dar cumplimiento al presente decreto.

Tercero.- Los Estados y la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, adecuarán su legislación para hacer efectiva la garantía contenida en el presente decreto de reforma.

SÉPTIMA. Reformar la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, en los artículos 1, 3, 7, 11, 15, 21, 22, 23 y 31 para quedar como sigue:

ARTÍCULO 1.- La presente Ley es reglamentaria del **último** párrafo del artículo **109** de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones son de orden público e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular **o el error de la actividad judicial en materia penal** del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia.

Para los efectos de esta Ley, se entenderá por actividad administrativa irregular **y por error de la actividad judicial en materia penal**, aquellos que causen daños a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate.

ARTÍCULO 3.- Se exceptúan de la obligación de indemnizar, de acuerdo con esta Ley, los casos fortuitos y de fuerza mayor, los daños y perjuicios que no sean consecuencia de la actividad administrativa irregular **o el error de la actividad judicial en materia penal** del Estado, así como aquellos que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento y en aquellos casos en los que el solicitante de la indemnización sea el único causante del daño.

ARTÍCULO 7.- El Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en los términos de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, deberá autorizar el traspaso de los montos presupuestales aprobados a las diferentes dependencias o entidades de la Administración Pública Federal para responsabilidad patrimonial, cuando por la naturaleza de la actividad administrativa **o por el error de la actividad judicial en materia penal** de las mismas, sea pertinente y se justifique ante las autoridades competentes.

ARTÍCULO 11.- La indemnización por Responsabilidad Patrimonial del Estado derivada de la actividad administrativa irregular administrativa **o el error de la actividad judicial en materia penal**, deberá pagarse al reclamante de acuerdo a las modalidades que establece esta Ley y las bases siguientes:

(...)

f) Los entes públicos federales podrán cubrir el monto de la indemnización mediante parcialidades en ejercicios fiscales subsecuentes, realizando una proyección de los pagos de acuerdo a lo siguiente:

(...)

2. El monto de los recursos presupuestados o asignados en los cinco ejercicios fiscales previos al inicio del pago en parcialidades, para cubrir la Responsabilidad Patrimonial del Estado por la actividad administrativa irregular **o por el error de la actividad judicial en materia penal** impuestas por autoridad competente, y

ARTÍCULO 15.- Las indemnizaciones deberán cubrirse en su totalidad de conformidad con los términos y condiciones dispuestos por esta Ley y a las que ella remita. En los casos de haberse celebrado contrato de seguro contra la responsabilidad, ante la eventual producción de daños y perjuicios que sean consecuencia de la actividad administrativa irregular **o el error de la actividad judicial en materia penal** del Estado, la suma asegurada se destinará a cubrir el monto equivalente a la reparación integral. De ser esta insuficiente, el Estado continuará obligado a resarcir la diferencia respectiva. El pago de cantidades líquidas por concepto de deducible corresponde al Estado y no podrá disminuirse de la indemnización.

ARTÍCULO 21.- El daño que se cause al patrimonio de los particulares por la actividad administrativa irregular **y por el error de la actividad judicial en materia penal**, deberá acreditarse tomando en consideración los siguientes criterios:

- a) En los casos en que la causa o causas productoras del daño sean identificables, la relación causa-efecto entre la lesión patrimonial y la acción administrativa irregular **o el error de la actividad judicial en materia penal imputables** al Estado deberán probarse fehacientemente, y

ARTÍCULO 22.- La responsabilidad del Estado deberá probarla el reclamante que considere lesionado su patrimonio, por no tener la obligación jurídica de soportarlo. Por su parte, al Estado corresponderá probar, en su caso, la participación de terceros o del propio reclamante en la producción de los daños y perjuicios irrogados al mismo; que los daños no son consecuencia de la actividad administrativa irregular **o el error de la actividad judicial en materia penal** del Estado; que los daños derivan de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables según los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento, o bien, la existencia de la fuerza mayor que lo exonera de responsabilidad patrimonial.

ARTÍCULO 23.- Las resoluciones que dicte el ente público federal con motivo de las reclamaciones que prevé la presente Ley, deberán contener como elementos mínimos los siguientes: El relativo a la existencia de la relación de causalidad entre la actividad administrativa **o el error de la actividad judicial en materia penal** y la lesión producida y la valoración del daño o perjuicio causado, así como el monto en dinero o en especie de la indemnización, explicitando los criterios utilizados para su cuantificación. Igualmente en los casos de concurrencia previstos en el Capítulo IV de esta Ley, en dicha resolución se deberán razonar los criterios de imputación y la graduación correspondiente para su aplicación a cada caso en particular.

ARTÍCULO 31.- El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares cuando, previa substanciación del procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, se determine su responsabilidad, y que la falta administrativa **o el error judicial en materia penal** haya tenido el carácter de infracción grave. El monto que se exija al servidor público por este concepto formará parte de la sanción económica que se le aplique.

La gravedad de la infracción se calificará de acuerdo con los criterios que establece la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. Además, se tomarán en cuenta los siguientes criterios: Los estándares promedio de la actividad administrativa **o el error de la actividad judicial en materia penal** –en su caso-, la perturbación de las mismas, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso.

Nota: Lo escrito con negritas es lo que se agregaría a los artículos.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar López, Miguel Ángel. *Presunción de inocencia. Derecho humano en el sistema penal acusatorio*. México: Instituto de la Judicatura Federal, 2015.

Ayala Corao, Carlos M. *La jerarquía Constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*. México: Editorial Funda, 2003.

Beccaria, Cesare. *Tratado de los Delitos y de la Penas*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 28ª. ed. México: Editorial Porrúa, 1996.

Burrueal Huerta, Leopoldo. *La responsabilidad del Estado y sus agentes*. México: Editorial Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2009.

Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2006.

Cabanellas de Torres, Guillermo. Error de hecho en *Diccionario Jurídico Elemental*. 18ª ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2006.

Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. (Traducción: Marino Ayerra Merín). Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

Carocca Pérez, Álex. *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Santiago de Chile: Editorial LexisNexis, 2005.

Carpizo, Jorge. *La Constitución mexicana de 1917*. 9a. ed. México: Porrúa, 1995.

Castro Estrada, Álvaro. *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*. México: Editorial Porrúa, 2002.

Castro Estrada, Álvaro. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. 4ª edición. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2016.

Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. 15ª edición, México: Editorial Porrúa, 1993.

Díaz de León, Marco Antonio, *El arraigo y la prohibición de abandonar una demarcación geográfica en el Código Federal de Procedimientos Penales*. En: García Ramírez, Sergio y Vargas, Casillas Leticia (coords.), *Las reformas penales de los últimos años en México 1995–2000*. México: UNAM-IIJ, 2001.

Ferrajoli, Luigi. *Los derechos y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2016.

_____. *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta, 2008.

_____. *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara, 2004.

_____. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

_____. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2004.

_____. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.

García Ramírez, Sergio e Islas de González, Olga (coords.). *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología*. México: UNAM-IIJ, 2007.

Gascón Abellán, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Cuadernos de Filosofía del Derecho. España: DOXA 28, Universidad de Castilla-La Mancha, 2005.

Garrido Mayol, Vicente. *La responsabilidad patrimonial del Estado: especial referencia a la responsabilidad del Estado legislador*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2004.

Gómez Orbaneja, Emilio. *Derecho y Proceso*. Madrid: Editorial S.L. Civitas, 2009.

González Parás, José Natividad. Presentación. *La responsabilidad patrimonial del Estado*. México: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000.

Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *La prisión provisional*. Navarra: Editorial Thomson Reuters, 2004.

Haro Bélchez, Guillermo. Vinculación de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado con el régimen de responsabilidad de los servidores públicos. *La responsabilidad patrimonial del Estado*. México: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000.

Hernández Martín, Valeriano y otros. *El error judicial. Procedimiento para su declaración e indemnización*. Madrid: Editorial Civitas, 2004.

Hernández Pliego, Hugo. *Derecho Procesal Penal Mexicano*. 2ª edición. México: Editorial Porrúa, 2003.

Horbitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal chileno Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Horvitz Lennon, María Inés y López Masle Julián. *Derecho procesal penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares y etapa de investigación. Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Irureta Uriarte, Pedro y Jiménez Porcar, José Luis, en Miguel Alejandro López Olvera, "La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial", México: Editorial UNAM-IIJ, 2007.

Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VI. Buenos Aires: Editorial Losada, 1962.

Juárez Mejía, Godolfino Humberto. *Elementos para una teoría de la responsabilidad pública*. México: Editorial Porrúa, 2008.

Kluger, Viviana. *Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2006.

Lara Ponte, Rodolfo. *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*. México: Porrúa-UNAM, 1997.

Ledesma, Ángela Ester. Medidas de coerción personal en el proceso penal. *Revista de Derecho Procesal en Rubinzal-Culzoni Editores*. Buenos Aires. 2008.

Malo Camacho, Gustavo. *Historias de las cárceles en México: etapa precolonial hasta el México moderno*. México: INACIPE, 1979.

Mariel de Ibáñez, Yolanda. *El Tribunal de la Inquisición en México, Siglo XVI*. México: UNAM, 1979.

Marlem Seña, Jorge Francisco. *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa, 2009.

Márquez Gómez, Daniel. *Función jurídica de control de la administración pública*. México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

Marroquín Zaleta, Jaime Manuel. *El error judicial inexcusable como causa de responsabilidad administrativa*. Puebla: Editorial Cajica, 2002.

Mir Puig, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1994.

Molina Betancur, Carlos Mario. La responsabilidad extracontractual del Estado por error judicial en Colombia: La noción del error judicial en Colombia. *Revista Opinión Jurídica*. Vol. 3, núm. 6. Colombia: agosto del 2015.

Mommsen, Teodoro. *Derecho penal romano*. Bogotá: Editorial Temis, 1991. pp. 202-205.

Moreno y Cortés, Gimeno. *Derecho Procesal Penal*. 5ª edición. Madrid: Editorial Colex, 2007.

Muñoz Conde, Francisco, *El Error en el Derecho Penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: UNAM-IIJ, 2003.

Noriega, Alfonso. *Lecciones de amparo*, t. II, 6ª ed. México: Porrúa, 2000.

Orozco Henríquez, J. Jesús y Silva Adaya, Juan Carlos, *Los Derechos Humanos de los Mexicanos*. 3ª ed. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.

Ospina Mejía, Laura. *Breve aproximación al "bloque de constitucionalidad" en Francia*. México: IIJ-UNAM, 2006.

Peláez Bardales, Mariano. *El Proceso Cautelar*. 2ª edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

Riego Cristián. Duce, Mauricio. *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, 2009.

Robertson, A. H. "Pactos y Protocolo opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos: estudio comparativo" en: *La protección internacional de los derechos del hombre, Balance y perspectivas*. México: UNAM-IIJ, 1983.

Rodríguez Manzo, Graciela y otros. *Bloque de constitucionalidad en México*. México: CDHDF, SCJN, OACNUDH, 2013.

Roldán Xopa, José. Hacia una interpretación Constitucional alternativa en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. *Lex. Difusión y análisis*. México, 3ª época, año VIII, núm. 105, marzo 2004.

Russo, Eduardo Ángel. *Derechos humanos y garantía. El derecho al mañana*. Buenos Aires: Eudeba, 2001.

Sánchez-Cordero Dávila, Jorge A. en: *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo I A-B. México: UNAM-IIJ, 2007.

Santagati, Claudio Jesús y otros. *Manual de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2006.

Santagati, Claudio Jesús. *Manual de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2006.

Silva García, Fernando. El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencionalidad. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. México. Noviembre. 2013.

Soto Pérez, Ricardo. *Nociones de derecho positivo mexicano*. 34ª. ed. México: Esfinge, 2006.

Steiner, Christian y Uribe, Patricia. (editores) *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentario*. Bolivia: Plural editores, junio de 2014.

Tena Ramírez, Felipe. *Leyes fundamentales de México*. 22ª edición. México: Editorial Porrúa, 1999.

Vázquez, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2015.
Vial Reynal, Paula. *Prisión Preventiva y Seguridad Ciudadana*. Santiago: Defensoría Penal Pública, 2009.

Von Savigny, Friederich Karl. El Error en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo VIII. Buenos Aires: Driskill. S.A., 2013.

Zamora Pierce, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*. 12ª edición, México: Editorial Porrúa, 2003.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*, México: Cárdenas Editor, 1988.

Zeferín Hernández, Iván Aarón. *La Prueba Libre y Lógica. Sistema Penal Acusatorio Mexicano*. México: Instituto de la Judicatura Federal, 2016.

ELECTRÓNICAS

Acción de Inconstitucionalidad 4/2004. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en:
http://207.249.17.176/Transparencia/Epocas/Pleno/Novena%20%C3%A9poca/2004/AI_4-2004%20PL.pdf

Arango Olaya, Mónica. *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte Constitucional colombiana*. Colombia: 2004. Disponible en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>

Benavente Chorres, Hesbert. *El derecho Constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales*. Chile: Centro de estudios constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2009. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n1/art03.pdf>

Doménech Pascual, Gabriel. *Preferible que diez inocentes sufran que un culpable escape*. Ponencia en el marco de la fase presencial del Máster en Razonamiento Probatorio. España: Universitat de Valencia, junio del 2019. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MhgS7aXbvNo&feature=youtu.be>

Cámara de Diputados de la República de Chile. *Constitución Política de la República de Chile*. [En línea: 1 de mayo del 2017]. Disponible en: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf

Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (coords.) *La Reforma Constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*. México: UNAM-IIJ, 2011. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>.

Carpizo, Jorge. "Presentación" en: *La protección internacional de los derechos del hombre, balance y perspectivas*. México: UNAM-IIJ, 1980. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/41/inf/inf43.pdf>

Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C, No. 35, párr. 77. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

Castillo García, Gustavo. La PGR consignó ante juez solo a 490 de 9 mil 582 personas que sometió a arraigo. *Periódico La Jornada*. México. 7 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2014/02/07/politica/011n1pol>

Código de Procedimiento Penal del Ecuador. Disponible en:
https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cpp.pdf

Código Nacional de Procedimientos Penales. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Disponible en:
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_250618.pdf

Colella, Angela y Vigano, Francesco. *La disciplina vigente italiana en materia de responsabilidad por error judicial es incompatible con el derecho de la UE*. Trad. Carlos Cabezas Cabezas. Italia: Editore Diritto Penale Contemporaneo, diciembre 2011. Disponible en:
<https://www.penalecontemporaneo.it/d/1114-la-disciplina-vigente-italiana-en-materia-de-responsabilidad-por-error-judicial-es-incompatible-con>

Colombo Campbell, Juan. *Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de inocencia*. Anuario de derecho Constitucional latinoamericano. México: IJ-UNAM, 2007. Disponible en:
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.1/pr/pr18.pdf>

Congreso de la República de Colombia, Secretaría General del Senado. *Constitución Política de Colombia*. Disponible en:
<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

Consejo de Derechos Humanos. Informe preliminar del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. México. 22 de marzo de 2010. A/HRC/WG.4/13/j.5 numerales 125.43 a 128.52. Disponible en: <https://epumexico.wordpress.com/>

Consejo de Derechos Humanos. Informe preliminar del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. México. 25 de octubre de 2013. A/HRC/WG.6/17/L.5 numerales 148.60 a 148.63. Disponible en: <https://epumexico.wordpress.com/>

Constitución de la República Oriental de Uruguay. Disponible en:
<http://pdba.georgetown.edu/Parties/Uruguay/Leyes/constitucion.pdf>

Congreso Constituyente Democrático de Perú. *Constitución Política del Perú*. Disponible en: <http://www.deperu.com/archivos/const-1993.pdf>

Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (b-32). Disponible en:

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). Estado de Firmas y Ratificaciones. Disponible en:

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Disponible en:

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>

Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Lawless contra Irlanda. Estrasburgo 01/07/1961. Disponible en:

http://documentostics.com/documentos/Caso_Lawless_vs_Irlanda%5BESP%5D.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fairén y Solís Corrales vs. Honduras. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_06_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez vs. Honduras. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ximenes López vs. Brasil*, Excepción Preliminar, Sentencia de 30 de noviembre de 2005, Serie C No. 139, párrafo 83. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Párrafo 41. (Artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponible en:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec39.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, supra nota 9, párr. 154, y Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, supra nota 9, párr. 183. Disponible en:
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Biblioteca de la Nación. *Constitución de la Nación Argentina*. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en:
<http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>

Diario Oficial de la Federación. *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponible en:
http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

Diario Oficial de la Unión Europea. Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea. Estrasburgo: 2016. Disponible en:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>

Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Disponible en:
<http://dle.rae.es/?id=3eqEdmG>

Doménech Pascal, Gabriel. El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial. *Revista de Administración Pública*. ISSN-L: 0034-7639, núm. 199: 171-212 Madrid: enero-abril, 2016. Disponible en:

file:///C:/Users/Propietario/Downloads/Dialnet-
ELErrorDeLaResponsabilidadPatrimonialDelEstadoPorE-5492356%20(2).pdf

Enciclopedia Jurídica. Lat: Restablecimiento de situación inicial. En el derecho civil: Restauración o restitución a situación anterior. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/restitutio-in-integrum/restitutio-in-integrum.htm>

Estudios de Derechos Humanos. Tomo II. México: IJ-UNAM, 1995. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1836/5.pdf>

Fix- Zamudio, Héctor. "La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas". Texto reproducido del *Boletín da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasilia, n. 84/86 (dic. 1992-mayo 1993). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1836/5.pdf>

Fix-Zamudio, Héctor. *Las garantías constitucionales en el derecho mexicano*. México: UNAM-IJ, 1992. Disponible en: biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2119/5.pdf

Fundación Acción Pro Derechos Humanos, Derechos Humanos. Net. *Constitución de España, artículo 24.2*. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/constitucion/articulo24CE.htm>

Gaceta de Jurisprudencia y tesis en materia electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Disponible en: <http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idTesis=21/2013>

García Laguardia, Jorge Mario. *La defensa de la Constitución*. México: UNAM-IJ. 1983. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1031>

Garofalo, Rafael. *La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*. (Traducción: Pedro Dorado Montero). Madrid: La España moderna, 1885. Disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2012/laCriminologia.pdf>

Gómez Pérez, Mara. *La prisión preventiva en el nuevo código nacional de procedimientos penales*. México: IJ-UNAM, 2015. Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/9/4032/22.pdf>

González Rodríguez, José de Jesús. Error judicial y responsabilidad patrimonial del Estado. *Documento de Trabajo número 79*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, LXI Legislatura de la Cámara de Diputados. México: octubre de 2009. Disponible en: www3.diputados.gob.mx/camara/content/.../Error_juridico_docto79.pdf

Guía sobre los procesos penales en Estados Unidos. Estados Unidos de América: Organización of American States, 2007. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/usa/sp_usa-int-desc-guide.pdf

H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados. *Constitución de Apatzingán de 1814*. Constitución de Apatzingán de 1814. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf

H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, Texto vigente, Última reforma publicada DOF 16-05-2016. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>.

H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados. *Código Nacional de Procedimientos Penales*. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf

Haas, Evelyn. *Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán*. México: IJ-UNAM, 2005. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr18.pdf>

Hoyos, Arturo. *El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá*. México: IJ-UNAM, 1992. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/75/art/art2.pdf>.

Informe del Comité contra la Tortura de la ONU a México en 2007. Disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/2e3ffd18d95b07%2039c12572b30042e140?](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/2e3ffd18d95b07%2039c12572b30042e140?)

Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su visita a México (2002) E/CN.4/2003/8/Add.3, párrafo 50. Disponible en: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/e0d30fad39c92e5fc%201256ccc0035bb0a?>

Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. CODHEM. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa el 26 de agosto de 1789. La cual fue aceptada por el Rey Luis XVI el 5 de octubre de 1789. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>

Iuris Tantum. *Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela*. Disponible en: <http://iuristantums.blogspot.mx/2012/06/codigo-organico-procesal-penal-2012.html>

Knaul Gabriela. Relatora Especial de la ONU sobre la independencia de Jueces y Abogados. 15 de Octubre de 2010. Disponible en: http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=639:declaracion-de-prensa-intervencion-de-la-sra-gabriela-knaul&Itemid=281

Leyes y Códigos de Chile. *Constitución Política de Chile*. Disponible en: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf

Leyes del gobierno francés. *Código Civil de Francia*. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/>

Ley 24973 que regula la indemnización por errores judiciales y detenciones arbitrarias, República de Perú. Disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey1988.nsfOpenDocument>

Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_270_sp.pdf

Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, artículo 1. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf>

Lozano Guerrero, Fidel y otros. *La presunción de inocencia*. México: Editora Laguna, IJ-UNAM, 2012. Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3171/17.pdf>

Montesquieu. *El Espíritu de las Leyes*. (Vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo). Tomo I, Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, 1906. Disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>

Musalem Oliver, Héctor. "Caso Radilla Pacheco" en: *Crónicas del Pleno y de las Salas. Sinopsis de Asuntos destacados del Tribunal en Pleno*. México: SCJN, 2011. pp. 1-12. Disponible en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/cronicas_pdf_sr/TP-140711-MBLR-912.pdf

Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Organización de Estados Americanos. Honorable Congreso Nacional de Bolivia. *Código del Procedimiento Penal de Bolivia*. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/bol/sp_bol-int-text-cpp.html

Organización de Estados Americanos. Ministerio Público, Fiscalía Regional. *Código Procesal Penal de Chile*. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res40.pdf

Organización de Estados Americanos, Textos Constitucionales. *Constitución Política de la República de Guatemala*. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf

Organización de Estados Americanos, Textos Constitucionales. *Constitución Nacional de Paraguay*. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm

Organización de Estados Americanos. Textos Constitucionales. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html

Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Pardo Rebolledo, Jorge Mario. *El caso Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. México: IJ-UNAM, 2012. Disponible en: www.bibliojuridicas.org

Parlamento Federal de Alemania. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

Poder Judicial de España. *Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial de España*. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Compendio-de-Derecho-Judicial/Leyes/Ley-Organica-6-1985--de-1-de-julio--del-Poder-Judicial>

Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública. Proceso Legislativo. 18 de junio de 2008. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

Risso Ferrand, Martín. *El debido proceso en la Constitución uruguaya*. Anuario de derecho Constitucional latinoamericano. México: IJ-UNAM, 2011. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3956/3475>

Secretaría de Relaciones Exteriores del gobierno de México. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/CPI.pdf>

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Disponible en: <http://ius.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/186/186185.pdf>

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Disponible en: <http://200.38.163.178/sjfsist/Documentos/Tesis/2000/2000124.pdf>

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2003/2003692.pdf>

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. [Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2006/2006091.pdf>]

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2006/2006092.pdf>

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2006/2006093.pdf>

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2006/2006590.pdf>

Senado de España. *Constitución Española*. Disponible en: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>

Silva Meza, Juan N. *El impacto de la reforma Constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. México: IJ-UNAM, 2012. Disponible en: www.bibliojuridicas.org

Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes de la ONU. México: 27 de mayo de 2009. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/ReportMexico_sp.pdf

Suprema Corte de Chile. Disponible en: <https://vlex.cl/tags/excepcion-de-arraigo-25611>

Tratados Multilaterales. Departamento de Derecho Internacional. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Tesis aislada I.4o.A.9 K (10a.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. T. 3, abril de 2013. Disponible en: <http://tribunales-colegiados.vlex.com.mx/vid/tesis-aisladas-471651346>

Tesis P.XXXV/2002. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. T. XVI, agosto de 2002. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/186/186185.pdf>

Tesis XXIII.3o. J/1, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XVI. México: octubre de 2002, Materia Constitucional Penal, Amparo en Revisión 173/2002. Disponible en:

<http://sif.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/185/185197.pdf>

Tesis de Jurisprudencia 42/2008, Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, junio de 2008. Disponible en:

<https://www.scjn.gob.mx/sistema-de-consulta/#/>

Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Constitución Política de la República de Chile de 1925*. Disponible en:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1641/10.pdf>

Wikisource. Asamblea Constituyente. *Constitución de la República Italiana*. Disponible en:

https://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_la_Rep%C3%ABblica_Italiana

Zepeda Lecuona, Guillermo. *Uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México*. México: IIJ-UNAM, 2006. Disponible en:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2486/17.pdf>