

INICIATIVA DE DECRETO QUE REFORMA Y ADICIONA LOS ARTÍCULOS 16, 17 Y 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL, RELATIVA AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, ARRAIGO, TESTIGOS PROTEGIDOS, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DETENCIONES INDEBIDAS Y CATEOS.

Senador **CARLOS SOTELO GARCÍA**, integrante del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática de la LXI Legislatura, en nombre propio y del Grupo Plural de Trabajo para dar seguimiento a la situación jurídica y procesal de los ex funcionarios de Michoacán, en ejercicio de la facultad que me otorga la fracción II del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y con fundamento en lo dispuesto en los artículos 56, 62 y 63 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, presento ante la Comisión Permanente del Honorable Congreso de la Unión, iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma y adiciona los párrafos tercero y décimo primero y deroga el párrafo octavo del artículo 16; reforma y adiciona el segundo párrafo del artículo 17; reforma y adiciona las fracciones I, II, III, V y IX del artículo 20, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al tenor de la siguiente:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

I.- La seguridad pública y la impartición de justicia penal son dos de los reclamos más apremiantes de la sociedad. Es una exigencia de la sociedad el reducir los niveles de impunidad, ilicitud y expresiones violentas que afectan a la vida, la integridad de las personas y al patrimonio de las mismas.

La administración de la justicia penal en nuestro país sigue siendo una fuente de violación sistemática de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales signados por México.

Al mismo tiempo, la administración de la justicia penal resulta incapaz de atender las necesidades sociales mínimas que se supone debe satisfacer: dar respuesta a todos o gran parte de los de los casos incorporados al sistema; dar respuesta a los delitos más graves; dar respuesta a las nuevas formas de criminalidad; satisfacer los intereses legítimos de quienes han resultado víctimas del delito; brindar soluciones alternativas a la sanción penal o la pena alternativa de la libertad.

El esquema de enjuiciamiento penal inquisitivo ha sido, en este sentido, el principal causante de estado de la situación actual. Decisiones legales expresas que estructuran un procedimiento penal fundado en principios autoritarios y perimidos, que establecen la persecución estatal obligatoria de todos los hechos punibles y que imponen la sanción penal de privación de libertad como respuesta inevitable al comportamiento punible, constituyen una valla insuperable para la realización de una política criminal de persecución penal eficaz, racional y respetuosa de los derechos humanos.

En este contexto, la violación sistemática de los derechos humanos es uno de los problemas más graves del sistema de administración de justicia en México, especialmente si tenemos en cuenta las consecuencias concretas que producen las prácticas arbitrarias e injustas de los órganos de administración de la justicia penal.

Se administra la imposición del castigo recurriendo, en la mayoría de los casos y como regla, al encarcelamiento preventivo de personas inocentes. Ello demuestra que la justicia penal utiliza el encierro preventivo como adelanto de pena e impone sanciones penales vulnerando el principio de inocencia, principio fundamental del Estado de derecho.

También, en nuestro sistema penal, los procesos no cumplen con las formalidades esenciales del procedimiento que exige nuestro texto constitucional para imponer una sentencia condenatoria. La garantía de juicio previo, reconocida en las disposiciones constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos, es una garantía fundamental que exige la realización de un juicio penal con ciertas características. La exigencia de juicio previo comprende la realización de un juicio oral, público, contradictorio y continuo, ante un juez imparcial, que posibilite el ejercicio efectivo del derecho de defensa y cuyo resultado debe ser una sentencia fundada exclusivamente en los elementos de prueba válidamente incorporados durante el procedimiento. Por este motivo, no cualquier modelo de “juicio” satisface la exigencia de juicio previo impuesta constitucionalmente.

Sin el cumplimiento de la garantía constitucional penal de previo juicio, como lo afirma Zaffaroni, el proceso se ha transformado en algo similar a un recurso de revisión contra el auto de prisión preventiva que opera, en la práctica, como verdadera sentencia.

Nuestro sistema de administración de justicia penal, asimismo, afecta la imparcialidad del juzgador, al confundir las funciones acusatorias y decisorias.

Es preciso destacar que uno de los aspectos fundamentales del sistema acusatorio consiste en la distinción entre persecución técnica y eficiente de los delitos y mantener la imparcialidad de los jueces en los casos sometidos a su conocimiento. En este sentido, resulta obvio que no se requiere sólo una modificación del procedimiento penal vigente sino, antes bien, el abandono del modelo de justicia penal vigente y la adopción de otro modelo, cualitativamente distinto.

Toda reforma legal en la materia debe estar dirigida a transformar los componentes fundamentales de la estructura de la administración de justicia penal en sentido amplio. La unidad político-criminal entre derecho penal sustantivo y formal, derecho penitenciario y otras ramas jurídicas requiere, ineludiblemente, la adecuación de todas ellas a las exigencias propias del nuevo modelo de justicia penal que se pretende instaurar.

En la búsqueda de este objetivo, desde la reforma de 2008, se ha proyectado un modelo de procedimiento penal con características marcadamente acusatorias. Ello, porque la experiencia del derecho comparado demuestra de modo inequívoco la imposibilidad del sistema inquisitivo para garantizar en un grado aceptable el respeto de los derechos humanos de las personas. La opción viable si pretendemos establecer un procedimiento penal que no vulnere las exigencias mínimas del Estado de derecho, consiste en la transformación de las prácticas de la justicia penal a través de la realización de los principios derivados del sistema acusatorio. Es sólo a través de un enjuiciamiento penal estructurado sobre estas bases que resultará posible organizar una política de persecución penal respetuosa de los derechos humanos.

Los elementos de este modelo procesal son un requisito indispensable de dos garantías fundamentales cuyo cumplimiento, hasta hoy, no hemos logrado consolidar: el principio de presunción de inocencia, por una parte, y la exigencia de imparcialidad, por la otra.

El abuso del encarcelamiento preventivo en nuestro sistema de justicia penal constituye una vulneración grave al principio de presunción de inocencia. La justicia penal no respeta, hasta hoy, el principio de inocencia pues en la práctica no se cumple con todos los requisitos que regulan la privación de la libertad de carácter procesal. A pesar de que en se reconocen teóricamente estas exigencias (excepcionalidad, fines procesales, proporcionalidad, provisionalidad, control judicial, mérito sustantivo, etcétera), en la práctica los jueces no cumplen con su obligación de proteger al imputado y verificar la existencia de todos y cada uno de los presupuestos que autorizan el uso legítimo del encarcelamiento preventivo. Esto, a pesar de que la libertad personal goza de la protección establecida en nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales contra las detenciones ilegales y respecto a control judicial de toda privación de libertad.

Esta ineficacia fáctica para que los jueces intervengan efectivamente como garantes del derecho a la libertad de toda persona, deriva del incumplimiento de la exigencia de que toda cuestión referida a la privación de la libertad sea sometida previamente a control judicial por parte de un tribunal imparcial. Sólo satisfecha esta condición el juzgador estará en condiciones que le permitan actuar como instancia de control de la legalidad de la legalidad de la detención cautelar de personas que gozan del estado jurídico de inocencia.

De esta manera, la prisión preventiva en México es indebida, exorbitada, injusta y costosa. Es indebida porque contradice los principios constitucionales y del derecho internacional; es exorbitada porque la autoridad la utiliza extensa e indiscriminadamente: aproximadamente la mitad de las personas señaladas como “probables responsables” son encarceladas.

Por ejemplo, de acuerdo a cifras del 2004 del INEGI, aproximadamente 82 mil personas estaban privadas de su libertad esperando a que las investigaciones y sus procesos concluyan, es decir al redor del 42.7% del total de población carcelaria, que incluía a los sentenciados (109, 943 personas, es decir 57. 3%).

Además, la prisión preventiva es una realidad en expansión: el número de personas encarceladas a pesar de no ser aún sentenciadas va en aumento desde hace diez años.

La prisión preventiva es en muchos casos injusta, porque cada año a más de 40 mil personas -uno de cada cuatro imputados-, que inicialmente fueron señaladas por el ministerio público, son dejados en libertad al no comprobarse su responsabilidad. Muchos de ellos fueron privados de su libertad perdiendo la salud, la familia y el trabajo. [1]

A más de indebida, exorbitante e injusta, la prisión preventiva impone altos costos humanos, sociales y económicos. Las condiciones en las que se sufre la prisión en México son inhumanas.

La saturación de las cárceles provoca hacinamiento [2], autogobierno, violencia [3] e insalubridad; además, de los altos costos familiares y económicos que se derivan de la privación de la libertad.

En estas condiciones, el derecho a la readaptación social es impensable. De acuerdo a recientes estudios existe una marcada tendencia por parte de las autoridades a detener delincuentes de robos menores y quienes no tienen posibilidades de pagar una defensa.

Según un estudio de Elena Azaola, investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), este fenómeno provoca que en las cárceles se acumulen casos de poca relevancia para los administradores de la justicia, poco rédito social y deteriora al sistema penitenciario.

El estudio “Delincuencia, Marginalidad y Desempeño Institucional”, elaborado por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), da cuenta de que 55% de los internos en las penitenciarías del DF y Estado de México cumplen sentencia por robo y la mitad de éstos son por montos de 5,000 pesos o menos; mientras que otra cuarta parte corresponden a robos de menos de 700 pesos. [4]

Asimismo, el documento revela que 8.6 de los detenidos lo son por delitos contra la salud y la cuarta parte de éstos comercializaban aproximadamente sólo 200 pesos. La encuesta revela que 40% de los internos está preso por robo menor o narcomenudeo.

Por ejemplo, en el 2010 y de acuerdo a cifras del Gobierno del Distrito Federal, en los reclusorios de la ciudad de México hay cerca de 40,000 presos y su manutención es de 4 millones 800,000 pesos diariamente. Cada preso cuesta alrededor de 120 pesos diarios; al año, esto da un total de 43,800 pesos anuales; es decir, ocho veces más que el monto por el cual fueron detenidos. [5]

Pero si se piensa que el gasto en las cárceles aporta dividendos a la sociedad, se puede estar equivocado. Veamos: a pesar de que la población en prisión preventiva ha crecido, la incidencia delictiva se ha estacionado en niveles inusuales en la década anterior. A pesar de 8 años de crecimiento promedio anual de 14% de la población

carcelaria, el crimen no se ha desplomado como cabría esperar. Luego entonces, la prisión preventiva no reduce la incidencia delictiva como se esperase. [6]

Por otro lado, uno de los debates más intensos sobre la prisión preventiva gira en torno a que esta medida se trata de una medida de seguridad predelictual y basada en sospechas y prejuicios sobre la peligrosidad. El marco legal ha propiciado que el derecho fundamental a la libertad y a no ser privado de ella hasta que no se emita un fallo judicial que le señala como responsable se restrinja sensiblemente. Como se ha señalado, este marco legal se ha modificado ante la presión social por mayor seguridad sobre las autoridades.

Lo recomendable es que en la determinación de la libertad provisional bajo caución, se diseñen reglas flexibles que puedan ser aplicadas racionalmente y con prudencia por los jueces ante los casos concretos. Sin embargo, como en nuestro país el legislador suele desconfiar de los jueces, se les ha reducido a éstos su margen de actuación y discreción y se han establecido grandes categorías -como el catálogo de delitos graves, en los que los acusados no pueden mantener su libertad y quedan, necesariamente, confinados en prisión preventiva- que se aplican indiscriminadamente sin poder atender a las particularidades de los hechos en cada caso. El margen de arbitrio de los jueces se limita sólo a los delitos considerados no graves.

De este modo, nuestro sistema penal mexicano ha optado por las nociones de “delitos graves” y “peligrosidad”; es decir, no sólo se es “probable responsable”, también se es “probable peligroso”. La gravedad y el peligro o amenaza social quedan como conceptos jurídicos indeterminados o cajas vacías que se llenan con la coyuntura del momento. De esta forma, la presión social y la impotencia de las autoridades ante el crimen han hecho que el legislador amplíe los supuestos legales en los que se da la “gravedad” y la “peligrosidad”. En ese mismo contexto de emergencia, el juzgador suele avalar las restricciones a la libertad de los acusados en nombre de librar a la sociedad de la amenaza inminente de quien, únicamente en la ley, se presume inocente.

Por su parte, la reparación del daño no se garantiza precisamente con la detención preventiva, pues suele implicar la pérdida de ingresos económicos para el procesado y su empobrecimiento por los costos del proceso. En las prisiones mexicanas existe un régimen de ocio, en el que sólo 10% de la población penitenciaria puede acceder al trabajo, por lo que cesan sus fuentes de ingresos. Quien sea privado indebidamente de su libertad mediante prisión preventiva, y luego declarado inocente de los cargos que se le imputaron, difícilmente podría concederse la reparación del daño y recuperar las pérdidas patrimoniales al afrontar el proceso penal.

Todo ello determina que la prisión preventiva lejos de cumplir sus fines, se está convirtiendo en una institución ineficiente, insuficiente, onerosa para los contribuyentes y detonadora de una innumerable lista de prácticas corruptas entre detenidos y custodios.

II.- Ejemplo paradigmático del abuso del encarcelamiento preventivo en nuestro sistema de administración de justicia penal, con violación grave al principio de presunción de inocencia, lo constituye la detención de 31 funcionarias y funcionarios públicos del estado de Michoacán:

1.- En cumplimiento de órdenes de localización y presentación giradas por la Procuraduría General de la República, en operativo conjunto con la Policía Federal Preventiva y el Ejército Mexicano, el 26 de mayo de 2009, fueron detenidos servidoras y servidores públicos del estado de Michoacán, por presunta colusión con la delincuencia organizada.

2.- Se trata de una acusación y un operativo sin precedentes de un gobierno federal en contra de funcionarios estatales y mandatarios municipales de una entidad federativa.

3.- El impacto social y político provocado por este operativo policiaco-militar en todo el país fue de tal magnitud, que exigía de los órganos de procuración y administración de justicia federales fundar y motivar a plenitud las detenciones, en aras de preservar intacta la soberanía de una entidad integrante del pacto federal.

4.- Más allá de que pudieran existir o no hechos visibles que provocaran sospecha en contra de los inculpados, las detenciones debieron partir del principio constitucional de presunción de inocencia y de la consiguiente carga de la prueba para las instancias de procuración de justicia.

5.- Sin embargo, a lo largo de los meses que siguieron a las detenciones, haciendo examen de las distintas constancias que integran los expedientes, familiares y abogados defensores pusieron en evidencia, ante el Senado de la República y la opinión pública, la violación de diversas garantías constitucionales que rigen el proceso penal.

6.- Sensibles ante este cúmulo de inconsistencias procesales que hacen evidente que en la detención y posterior procesamiento de los indiciados se violentaron diversas garantías constitucionales que rigen el proceso penal, por acuerdo del 7 de octubre del 2009, la Junta de Coordinación Política de la Cámara de Senadores determinó crear, con integrantes de los distintos grupos parlamentarios, un Grupo Plural de Trabajo para dar seguimiento a la situación jurídica y procesal de los ex funcionarios de Michoacán.

7.- Desahogada una intensa agenda de trabajo con las distintas instancias involucradas del Poder Judicial de la Federación, del Poder Ejecutivo Federal, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Gobierno del estado de Michoacán, el Grupo Plural de Senadores confirmó que:

- Los indiciados fueron presentados con excesiva tardanza ante el Ministerio Público, hasta 30 horas después de ser detenidos en promedio.
- Al rendir su declaración ministerial en la mayoría de los casos no se permitió fueran asistidos por defensor particular.
- No se informó a los inculpados del contenido de las imputaciones, ni del contenido de los partes rendidos por la Policía Federal Preventiva.
- Vencido el término para la consignación, se promovió el arraigo hasta por cuarenta días sin aportar ningún elemento adicional a los que el ministerio publico contaba hasta ese momento, máxime que dos de los acusados se habían presentado voluntariamente y no había ningún elemento que pudiese hacer pensar que pretendieran evadir la acción de la justicia.
- En la etapa del arraigo, el ministerio público federal se limitó a hacer ampliaciones de declaración de los testigos protegidos con objeto de corregir datos y errores que se desprenden de sus primeras declaraciones en relación a las circunstancias de lugar, modo y tiempo en que presuntamente se consumaron los hechos que se investigan.
- Prácticamente con el mismo caudal probatorio con el que se giraron las ordenes de localización y presentación, así como con lo que se obsequio el arraigo, el ministerio público federal no agoto el plazo concedido para el arraigo y a los veinte días de trascurrido este consigno la averiguación previa a un Juzgado de Procesos Penales Federales con sede en Tepic Nayarit (creado dos días antes de esa consignación), solicitando ordenes de aprehensión por los delitos de delincuencia organizada y colaboración al fomento para facilitar la ejecución de delitos contra la salud.
- Los testigos protegidos tienen carácter de procesal de singulares, porque cada uno de ellos declara sobre hechos diferentes y sin ninguna conexión.
- Los testigos protegidos emiten declaraciones con carácter de confesiones, porque confiesan la comisión de diversos delitos, sin la presencia de abogado defensor, violando el artículo 20 constitucional.
- Los testigos protegidos deben considerarse testigos de oídas porque deponen sobre hechos y circunstancias que les refirieron terceros.

- Contrariando los principios de audiencia y de igualdad procesal, el Ministerio Público Federal amplió la declaraciones de los testigos protegidos, cuando ya se había decretado el arraigo en contra de los inculpados.
- Los testigos protegidos declaran sobre hechos y situaciones muy posteriores a su ingreso al “programa de testigos protegidos”.
- Los testigos protegidos ya habían declarado en otras averiguaciones que dieron origen a otros procesos, vulnerando lo establecido en la fracción primera del artículo 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.
- No existen indicios en el expediente que acrediten enriquecimiento ilícito en procesadas y procesados.

8.- Del análisis lógico jurídico realizado al conjunto de las evidencias recopiladas en el expediente CNDH/1/2009/2502/Q, iniciado con motivo del operativo realizado en el estado de Michoacán por la Procuraduría General de la República y la Secretaría de Seguridad Pública Federal, la Comisión Nacional de Derechos Humanos confirmó las siguientes violaciones de garantías individuales:

- A los derechos de legalidad, seguridad jurídica, presunción de inocencia, defensa adecuada y debido proceso, derivados de los cateos practicados sin orden emitida por autoridad competente y la dilación en su puesta a disposición en perjuicio de los agraviados ante la autoridad ministerial del conocimiento. En virtud de que los servidores públicos que participaron en los cateos referidos además de que no observaron el contenido del artículo 16 constitucional, transgredieron diversos instrumentos internacionales celebrados y ratificados por nuestro país en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro de los que destacan los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; V y IX, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 17, puntos 1 y 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 y 11. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 3, del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, los cuales establecen que ninguna persona podrá ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia o en su domicilio.
- Al derecho a la legalidad, consistentes en allanamientos de diversos edificios públicos del estado de Michoacán, atribuibles a servidores públicos de la entonces denominada Policía Federal Preventiva. En cuanto que servidores públicos de la entonces denominada Policía Federal Preventiva se introdujeron ilegalmente en las instalaciones de diversos edificios públicos del estado de Michoacán, toda vez que dicha situación se llevó a cabo sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 67 del Código Federal de Procedimientos Penales, que a la letra establece que “para la práctica de un cateo en la residencia o despacho de cualquiera de los poderes federales o de los Estados, el tribunal recabará la autorización correspondiente.” Además de que el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en su párrafo primero, que la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.
- Al derecho a la legalidad y seguridad jurídica, consistentes en dilación en la puesta a disposición de los agraviados ante la autoridad ministerial del conocimiento, atribuibles a servidores públicos de la entonces denominada Policía Federal Preventiva en atención a que entre la detención de los agraviados y su puesta a disposición ante la autoridad ministerial del conocimiento, transcurrieron entre 11 y 14 horas aproximadamente. Por lo que los servidores públicos que participaron en la ilegal retención de los agraviados, además de que no acataron el contenido del artículo 16 constitucional, transgredieron diversos instrumentos internacionales celebrados y ratificados por nuestro país en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro de los que destacan los artículos 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XXV, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 9, punto 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 7. 1 y 7.2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1 y 8, del Código de Conducta para Funcionarios

Encargados de Hacer Cumplir la Ley, los cuales establecen que ninguna persona podrá ser objeto de detenciones o retenciones arbitrarias.

- A los derechos de presunción de inocencia, defensa y debido proceso, atribuibles a servidores públicos adscritos a la Unidad Especializada en Investigación de Delitos Contra la Salud de la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada de la Procuraduría General de la República. En virtud de que los servidores públicos de la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada en México, Distrito Federal, transgredieron en perjuicio de procesadas y procesados los derechos humanos consagrados en el artículo 20, Apartado A, fracciones II, VII y IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18 de junio de 2008, que si bien no entra plenamente en vigor si refiere el sentido que debe dársele a la justicia; el trato respetuoso que debe proporcionársele a toda persona a quien se le impute una conducta delictiva, así como el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; a que se le informe desde el momento de su detención los hechos que se le imputan y se le faciliten todos los datos que solicite para una defensa adecuada por parte de un abogado de su elección, lo que en el presente caso no ocurrió. Al respecto es conveniente señalar que, de acuerdo con los pronunciamientos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tibi vs. Ecuador*, en la sentencia de 07 de septiembre de 2004, estableció que el derecho a la presunción de inocencia “que no bloquea la persecución penal, pero la racionaliza y encauza”. En dicho orden de ideas, la presunción de inocencia es un derecho básico y esencia para el normal desarrollo del proceso penal, y constituye un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezca la carga al imputado de probar su inocencia. A mayor abundamiento, el derecho a la presunción de inocencia obliga a toda autoridad a tenerlo presente al resolver un caso en el que se pretenda limitar el ejercicio de las libertades o derechos de las persona, por lo que se constituye en una referencia central en la información del desarrollo de los procesos, al permitir resolver las dudas que se presentan en su curso y reducir las injerencias desproporcionadas.
- También al principio de presunción de inocencia. Debe ser el órgano acusador el que debe acreditar los cargos. En el caso que nos ocupa los involucrados están sujetos a probar su inocencia. No obstante que no corresponde a los indiciados probar su inocencia o la ausencia de participación en los hechos, conducta que dependerá siempre de la libre decisión que adopte su defensa, derecho que siempre debe ser preservado o restablecido. Asimismo, no se han desahogado las pruebas por parte de la autoridad para poder determinar la responsabilidad penal de los agraviados dejando la carga de la misma a los imputados para acreditar su inocencia.
- A los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que los servidores públicos a la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada en México, Distrito Federal, debieron observar en su empleo, cargo y comisión, incumpliendo con ello, las obligaciones contenidas en el artículo 8o., fracciones I, XVII, XVIII y XXIV, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.
- Al derecho a recibir administración de justicia pronta y expedita. En cuanto que si bien el Poder Judicial de la Federación goza de una total independencia para dirigir el proceso y emitir las sentencias correspondientes, tal independencia no justifica que se omita cumplir con eficacia y celeridad el servicio público de impartición de justicia que tiene encomendado. Y en el caso, existe dilación en el desarrollo de los procesos, en la resolución de los juicios de amparo y recursos de apelación interpuestos contra los autos de formal prisión. Al respecto, es de señalarse que el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece como derecho de los gobernados que se les administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. En ese orden de ideas, dicho precepto se traduce en un derecho de seguridad jurídica a favor de los gobernados que impide a los tribunales retardar o entorpecer indefinidamente la función de administrar justicia, teniendo la obligación de substanciar y resolver los juicios que ante ellos se tramitan, dentro de los términos consignados por las

leyes procesales respectivas; es decir, dichas autoridades tienen el deber de actuar en favor del gobernado emitiendo sus resoluciones en un período breve. A mayor abundamiento, el derecho a la presunción de inocencia establece la obligación de conformar el sistema jurídico en el sentido de que es el órgano acusador el que debe acreditar los cargos, impidiendo la inversión de la carga de la prueba o estableciendo la prueba de hechos negativos; en otras palabras, no existe como carga del imputado probar su inocencia o la ausencia de participación en los hechos, conducta que dependerá siempre de la libre decisión que adopte su defensa, derecho que siempre debe ser preservado o restablecido, en su caso.

- Afectación al derecho de defensa. No se les permitió a los agraviados ni a sus abogados el acceso a la consulta de las constancias que integran las causas penales, sino hasta después de que se dictó el auto de formal prisión; no se les informó oportunamente de las conductas delictivas que se les imputaron, así como el nombre de las personas que declararon en su contra. Por otro lado, los presuntos responsables, una vez detenidos, no fueron puestos de inmediato ante la autoridad ministerial del conocimiento, lo que causó dilación en su perjuicio. No contaron con abogados desde el momento de su detención, por otra parte, se desahogaron diversas pruebas sin la presencia de sus abogados defensores, por lo que no se han podido ejercitar su derecho a una defensa adecuada.

9.- Este cúmulo de inconsistencias procesales determina que en la detención y posterior procesamiento de los indiciados se hayan violentado diversas garantías constitucionales que rigen el proceso penal: la de audiencia y debida defensa; la de legalidad; la de presunción de inocencia; la de igualdad procesal; la de valoración de pruebas, y la de justicia pronta y expedita. Por ello, los elementos que obran en el proceso penal de origen no deben considerarse válidos y suficientes para hacer probable la responsabilidad de los inculcados en la perpetración de los delitos de delincuencia organizada previsto en el artículo 2, párrafo primero, fracción I y sancionado en términos del artículo 4, fracción I, inciso b) y 5, párrafo primero, fracción I, todos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en términos del artículo 13 fracción III, del Código Penal Federal; y contra la salud, en su modalidad de colaboración al fomento para facilitar la ejecución de delitos contra la salud, previsto y sancionado por el numeral 194 fracción III, en relación con el artículo 193 y 196, fracción I del Código Penal Federal, en términos del artículo 13 fracción III, del código punitivo de referencia.

III.- Si bien diversas de las disposiciones aprobadas en la reforma constitucional en materia penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, contribuyen al fortalecimiento del debido proceso y al respeto de los derechos humanos tanto del acusado como de la víctima; tal es el caso por ejemplo de la inclusión explícita en la Constitución del principio de presunción de inocencia, del principio de igualdad procesal entre las partes y de la nulidad de toda prueba obtenida mediante la violación de derechos fundamentales.

En la reforma también se incluyeron contenidos normativos que en la práctica han socavado los avances en materia de derechos humanos y garantías, y por ello es necesario revisarlos y modificarlos.

1.- PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. La presunción de inocencia se encuentra reconocida en el artículo 20, Apartado B, fracción I, de la Constitución General de la República, estableciendo como derecho de toda persona imputada, “a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

Como postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance.

Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido.

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11º, reafirma el carácter fundamental de la presunción de inocencia, por virtud del cual: *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

Igualmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, estatuye *“Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”* (artículo 8º).

En este orden, la presunción de inocencia constituye un derecho universalmente aceptado y recientemente incorporado explícitamente en la Constitución mexicana. Supone que toda persona vinculada con una conducta ilícita debe ser considerada inocente hasta en tanto se declare su responsabilidad por una autoridad jurisdiccional.

La *“presunción de inocencia como garantía fundamental sobre la cual se erige el proceso penal de corte liberal, sostiene que el fundamento del *ius puniendi* del Estado se basa en el anhelo de los hombres por tener un sistema equitativo de justicia que proteja los derechos fundamentales del individuo frente a la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad que ha existido a lo largo de la historia; prerrogativas que adquieren significado jurídico y político a partir de la Revolución Francesa y el pensamiento predominante del movimiento de la Ilustración del siglo XVIII de los que derivaron los conceptos de Estado con poder limitado y de Derecho como instrumento de defensa de los valores primigenios de la sociedad frente a las violaciones graves de los mismos bajo el imperio de la ley. De esta manera, se propone prescindir del Estado totalitario en el que pueden restringirse al máximo los derechos fundamentales del individuo”*. [7]

El principio de inocencia, como Derecho Público, se halla como una condición *sine qua non* de los regímenes auténticamente democráticos. Es sin duda, el instrumento de defensa más importante de los ciudadanos frente a los actos de los órganos de impartición de justicia. Ello implica la aplicación del debido proceso penal que requiere la observancia de las garantías previstas en las leyes fundamentales e instrumentos internacionales, en los que la presunción de inocencia junto con los principios jurídico-penales de legitimidad, culpabilidad, principio de acto, irretroactividad, exacta aplicación de la ley, *litis cerrada*, defensa adecuada y *non bis in idem*, constituyen un sistema de justicia propio de un Estado democrático de Derecho, que limitan al ejercicio del poder punitivo del Estado.

La presunción de inocencia obliga al legislador a limitar la posibilidad de prisión preventiva a aquellos casos verdaderamente graves, en los que la persona ha sido detenida supone un riesgo cierto y objetivo para la comunidad. [8]

Si bien la reforma constitucional incorporó en el texto de la fracción primera, apartado B, del artículo 20 de nuestra Carta Magna a la presunción de inocencia, este principio quedó gravemente disminuido con la desaparición del requisito que se le exigía anteriormente al Ministerio Público de acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad para que un juez librara una orden de aprehensión. El reformado artículo 16 constitucional ahora simplemente le exige al representante social que aporte *“datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”*.

De esta forma, la reforma constitucional cumplió con la obligación internacional adquirida ya hace algunos años por el Estado mexicano, de reconocer en el texto constitucional la presunción de inocencia, pero dejó sin contenido dicho principio al haber eliminado la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

El artículo 16 constitucional contempla los elementos necesarios para librar orden de aprehensión, que antes de la reforma, habían sido los mismos requeridos para el ejercicio de la acción penal (luego proyectados al auto de procesamiento o formal prisión). En este campo, la Constitución aludía a prueba sobre el cuerpo del delito o los elementos del tipo penal, así como en torno a la probable responsabilidad penal del indiciado. Esta exigencia implicaba, por supuesto, una garantía de los ciudadanos en general, no de los delincuentes.

El texto vigente del artículo 16 maneja el punto en otros términos. Se requiere que la denuncia o querrela versen sobre "un hecho que la ley señale como delito" y "obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho (¿cuerpo del delito? ¿elementos del tipo penal? ¿más que eso? ¿menos que eso?) y que exista probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión". Además de esta ambigüedad, es particularmente preocupante la "flexibilización" en el ejercicio de la acción y en la providencia de aprehensión. Se ha reducido el llamado "estándar" probatorio, aduciendo que el verdadero juicio se sigue ante el juez, no ante el Ministerio Público, y que la convicción conducente a la absolución o a la condena se debe producir en el juez con base en las pruebas desahogadas en el proceso —también es cierto—, por lo que ya no será necesario cargar al Ministerio Público con fatigas probatorias excesivas. Aquí hay un error que despoja de garantías y genera inseguridad. El hecho de que el verdadero juicio se siga ante el tribunal no elimina, por sí mismo, la necesidad de que la consignación (ejercicio de acción) tenga sólido fundamento probatorio.

El mismo artículo 16 contiene una caracterización (¿tipo penal? ¿núcleo del futuro tipo legal?) respecto de la delincuencia organizada; caracterización sumamente vaga, general, fuera de lugar en un texto constitucional, que ha motivado reproches. Con apoyo en esa descripción se ha abierto la puerta de muy amplias e indiscriminadas persecuciones penales. No ha sido la intención, manifiesta el legislador. Pero el riesgo se halla a la vista.

Por tanto, conforme a la iniciativa se proyecta reforzar el principio, proponiendo, que a la par del reconocimiento de la presunción de inocencia, se adicione el artículo 16 de la constitución para establecer que sólo podrá librarse una orden de aprehensión cuando existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Así mismo, se adiciona el Apartado B, fracción I, de la Constitución General de la República, para estatuir que nadie está obligado a probar su inocencia.

2.- ARRAIGO. La incorporación del arraigo en la Constitución es un claro retroceso. Esta forma de detención preventiva ha sido definida como arbitraria por órganos internacionales de derechos humanos tales como el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias y el Comité contra la Tortura, los que a su vez han recomendado su eliminación. El hecho de limitar el uso del arraigo a casos de delincuencia organizada no cambia su naturaleza ni el hecho de ser considerada una violación seria a los derechos humanos.

La ambigüedad con la que se ha definido "delincuencia organizada" y su régimen especial facilita la afectación de uno de los principios esenciales del derecho penal en un régimen constitucional moderno, como es el principio de legalidad especialmente en lo relacionado a la certeza de la ley. La definición de esta categoría en la reforma, es mucho más amplia que la definición contenida en la Convención contra el Crimen Organizado Transnacional (Convención de Palermo) y deja abierta además la posibilidad de su ulterior ampliación a través de la legislación secundaria.

El concepto de "delincuencia organizada" incluido en la reforma implica un proceso judicial con garantías limitadas, lo que entre otros aspectos deja un amplio margen para que el Ministerio Público valore las pruebas recabadas dentro de la investigación, sin que necesariamente deba repetirlas ante el Juez durante el proceso judicial. Este régimen deja abierto el riesgo de que se mantenga el desacreditado sistema actual, a través del cual se han cometido serias violaciones a los derechos humanos.

El arraigo encuentra sus orígenes en el derecho romano, y en principio, fue de naturaleza eminentemente civil, y en la época moderna dicha institución se trasladó a la materia penal.

“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 a la sentencia que se dicte”. [9]

Esta medida se encuentra prevista en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), así como en diversos códigos de procedimientos penales de las entidades federativas, así como en el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFCDO).

Así, el artículo 133 Bis del CFPP, establece:

“La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, 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. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de cuarenta días.

El afectado podrá solicitar que el arraigo quede sin efecto, cuando considere que las causas que le dieron origen han desaparecido. En este supuesto, la autoridad judicial escuchará al Ministerio Público y al afectado, y resolverá si debe o no mantenerse”.

Por otro lado, el artículo 12 de la LFCDO señala:

“El Juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2o. de esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, 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 inculcado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el 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 la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días”.

En este sentido, antes de la reforma penal de 2008, en la que se sentó la base constitucional del arraigo, esta figura resultó cuestionada por académicos, litigantes y organizaciones defensores de derechos humanos, por la recurrencia de la fiscalía para integrar las investigaciones con laxitud.

Antes de la reforma constitucional, se criticaba el uso del arraigo en virtud de que se violentaba la garantía de libertad personal, por lo que el sujeto arraigado recurría al poder judicial para obtener un amparo, alegando la inconstitucionalidad, y posibilitando al detenido a obtener su inmediata libertad.

El criterio de inconstitucionalidad del arraigo fue sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005 y por mayoría de votos.

En los razonamientos del Alto Tribunal, se señaló que para poder restringir la libertad debían establecerse condiciones y supuestos en la Carta Magna para que la figura del arraigo no contrariara el texto fundamental.

En tal virtud, y evidenciada la inconstitucionalidad del arraigo, el Ejecutivo Federal envió en marzo de 2007 la iniciativa de reforma para sentar la base constitucional de la medida cautelar en cuestión. En la Exposición de Motivos de dicha iniciativa, el Ejecutivo señaló que en virtud de que la Suprema Corte de Justicia había declarado inconstitucional la figura del arraigo a través de la acción de inconstitucional 20/2003, y toda vez que la sociedad se encontraba insatisfecha con el sistema de justicia penal al ser benevolentes en las medidas aplicadas en contra de la Delincuencia Organizada, por lo que se permitía que la investigación se dilatará o truncara por la ausencia de la figura del arraigo al poder ser combatida por la vía del amparo.

Así mismo, la iniciativa presidencial explicaba que la necesidad de elevar a rango constitucional la figura del arraigo era una de las medidas que constituyen actos de autoridad tendientes a proteger o restituir los derechos de las víctimas, salvaguardar el interés social y a garantizar la continuación de los procedimientos, sin necesidad de concluir todo el proceso penal para llevar una restitución a la sociedad. Con ello, se cumplía con la esencia de dos principios: “el peligro de la demora” y “la apariencia del buen derecho”. Todo esto con el fin de dar respuesta oportuna a la sociedad en la investigación y persecución de los delitos.

Asimismo, se señaló en la exposición de motivos, que con la reforma constitucional se lograría un equilibrio entre las nuevas medidas cautelares en la investigación, restrictivas de los derechos fundamentales, con la necesidad de proteger a la sociedad, a las víctimas u ofendidos, al posibilitar una investigación expedita, pero siempre en un marco de estricta legalidad.

La propuesta presidencial pretendía que: a) sólo lo podría dictar el juez, quien determinara la modalidad de sus ejecución, salvo en el caso de la delincuencia organizada en que se podrá dictarse por el Ministerio Público con posterior revisión de la autoridad judicial; b) establecer del tiempo máximo de duración; c) precisar los fines del arraigo, para limitar la discrecionalidad al permitirse únicamente cuando se compruebe la necesidad de la medida para proteger a las personas o bienes jurídicos, para la continuación de la investigación o si existieran datos de riesgo fundado de sustracción del inculpado a la acción de la justicia y será sancionado al arbitrio de la autoridad judicial, y d) se limitaba su uso a delitos graves o de delincuencia organizada, y solamente en el último caso, podría duplicarse la duración del arraigo.

Después del debate en las cámaras legislativas esta reforma fue aprobada y remitida a las legislaturas locales para su sanción: Dicha reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

Fue en el artículo 16 constitucional donde quedó sentada la base del arraigo de la manera siguiente:

“La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delincuencia organizada podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que señale la ley, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de una persona o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado 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 dieron origen. En todo caso, la duración del arraigo no podrá exceder los ochenta días...”

Así, a través de la base constitucional del arraigo se pretendió: evitar el abuso de la fiscalía de la figura al constreñirla a los casos de delincuencia organizada; estableciendo formalidades para su aplicación e instaurando controles judiciales.

De acuerdo, al artículo 16 constitucional, el arraigo solo puede solicitarse por el fiscal cuando se trata de delincuencia organizada, y siempre que sea necesario para: a) el éxito de la investigación; b) la protección de personas o bienes jurídicos y c) cuando existe riesgo fundado que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia.

Como resultado de la reforma constitucional, en diciembre de 2008 se habilitaron siete juzgados federales especializados en arraigo, cateos e intervención de comunicaciones.

Estos juzgados especiales tienen una intensa actividad ante la constante solicitud de los fiscales federales. Por ejemplo, de acuerdo al Informe del Consejo de la Judicatura Federal de 2009 –que comprende del 15 de noviembre de 2008 al 12 de noviembre de 2009- se presentaron un total de 3 mil 458 solicitudes para cateos arraigos e intervenciones de comunicaciones. Lo interesante resulta que dichos tribunales concedieron la procedencia de la solicitud por un total 3 mil 124 ocasiones, 35 fueron concedidas parcialmente, 286 fueron negadas, 3 se declararon sin materia y otras 6 aun se encuentran en estudio. [10]

Al hacer un análisis sobre las anteriores cifras se puede apreciar que poco menos en el 92 por ciento de los casos el Poder Judicial Federación cedió a la solicitud de los fiscales para catear, arraigar e intervenir comunicaciones privadas. Existe pues, una marcada proclividad de los jueces para obsequiar resoluciones favorables a las solicitudes de los fiscales.

Una vez que el arraigo se constitucionalizó, y a unos cuantos años de su plena aplicación los resultados no son mejores en el combate a la delincuencia organizada. La figura se hizo propicia para abusos policiales y militares contra la población.

El arraigo forma parte de una serie de medidas que van en contravía de los estándares internacionales y de las recomendaciones que distintos mecanismos internacionales han hecho sobre la utilización de esta figura [11], a la cual consideran como una forma de detención arbitraria que propicia violaciones a los derechos humanos como actos de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Recordemos que ya en el informe del Comité Contra la Tortura del las Naciones Unidas, correspondiente al 37º período de sesiones, del 6 a 24 de noviembre de 2006, (CAT/C/MEX/CO/4, del 6 de febrero de 2007) señaló:

“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 carecería de eficacia vinculante para los tribunales de otros Estados.

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 en la legislación como en la práctica, a nivel federal así como a nivel estatal”

Asimismo, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal al hacer un examen de la reforma constitucional de 2008, “consideró que con la reforma en cuestión se estaría creando un sistema de excepción de justicia, porque se pretende dar un giro a lo que reviste la investigación del delito y se intenta contar con el aval constitucional a efecto de arraigar a un individuo primero y después investigar si hay delito y si resulta responsable del mismo”. [12]

Así, de la constitucionalización del arraigo han derivado tres preocupaciones fundamentales: a) el plazo prolongado de arraigo; b) la incomunicación de la persona detenida y c) el desconocimiento de los lugares de arraigo. Todo ello genera una situación de vulnerabilidad e indefensión para la persona detenida.

En este sentido, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la ONU afirma 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’” [13]. Por lo anterior, el Grupo de Trabajo apuntó, entre otras cosas, a la necesidad de promover el cumplimiento de las recomendaciones de los órganos de Derechos Humanos en la materia, entre las que está “garantizar que la figura del arraigo desaparezca tanto en la legislación como en la práctica, a nivel federal así como a nivel estatal” [14]

Asimismo, las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos (2009), instaron al Estado Mexicano a tomar medidas efectivas para poner fin a la práctica del arraigo tan pronto como sea posible, así como para prohibir y prevenir malos tratos y actos de tortura, en particular los cometidos en las prisiones por las fuerzas de seguridad; asegurar la rápida, efectiva e imparcial investigación de éstos casos y combatir la impunidad frente a estos crímenes.

Además de las potenciales violaciones a derechos humanos que pudieran resultar de la aplicación del arraigo en delitos vinculados con la delincuencia organizada, existen por lo menos dos dimensiones en que esta medida cautelar puede resultar altamente lesiva a las libertades de las personas que habitan en México.

En lo tocante a los derechos de libertad personal y de tránsito, el arraigo es, *per se*, violatorio de los artículos 2º, 7º y 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que garantizan derecho a la integridad y seguridad personales:

Artículo 2

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

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

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

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

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

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

Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 9

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

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un

plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

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

Con relación al derecho de debido proceso, el arraigo es violatorio de los artículos 2, 9, 14.1 y 14.3., en cuanto que Sobre ello, el Pacto precisa:

Artículo 2

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

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

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

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

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

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

Artículo 9

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

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

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

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

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

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

También, por lo que hace al derecho de presunción de inocencia, el arraigo es violatorio del artículo 14.2 de dicho Pacto que establece:

Artículo 14.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Por todo ello, podemos concluir que la reforma de 2008 que contempló la constitucionalidad del arraigo, establece un sistema de excepciones a los derechos constitucionales y de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, que abre una puerta a la arbitrariedad y la flexibilización de las garantías individuales consagradas por la Constitución.

Como consecuencia, en cuanto una forma disfrazada de prisión y sin las garantías de esta, en la presente iniciativa se propone derogar el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de extraer del orden constitucional la figura del arraigo.

3.- TESTIGOS PROTEGIDOS. En el Diario Oficial de la Federación del 7 de noviembre de 1996, se publicó el decreto que contiene la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que tiene por “objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada” [15].

En dicha Ley, se establece un Capítulo denominado VII, “De la colaboración en la persecución de la delincuencia organizada”. En tal capítulo, se instituye la figura de los testigos mal llamados protegidos, ya que legalmente son colaboradores o colaborantes.

Los testigos colaboradores son personas que conocen la actividad de la organización porque han participado de manera directa en las actividades ilícitas de la organización o facilitaron de alguna manera sus actividades y que a cambio de su testimonio para dismantelar efectivamente a la organización o para perseguir a sus miembros, o bien para capturar a los fugitivos, obtiene un beneficio que consiste en la reducción de la pena que normalmente le correspondería.

Artículo 35.- El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;

II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, **la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;**

III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, **podrá reducirse hasta en una mitad, y**

IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomará en cuenta además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.

En México, esta figura ha causado innumerables controversias e incluso algunos juristas han subrayado que no existen en algunos países como España. “[16] Al respecto, sobre la figura de los llamados “testigos protegidos”, el Dr. Juventino Castro y Castro, ex ministro de la Suprema Corte, reflexiona:

“Entiendo sus creadores, a sus inspiradores. Con tal de *facilitar* la investigación penal que sólo está alcance de los bien preparados o bien para acortar un *esfuerzo* así facilitar la tarea, resulta muy cómodo (aparentemente a cualquier precio) que una persona, quizá un procesado o un condenado, o finalmente quien eventualmente pudiere ser procesado, acepte declarar contra otra, que está siendo investigada, inculpándola de un cargo que el acusador público no está en posibilidad de demostrar, o que quizá le costaría *mucho esfuerzo* o *mucho ingenio*; todo lo cual

proporciona una salida falsa al legitimar a testigos que aprovechan la oportunidad para, a su vez, obtener un beneficio personal, aunque ello represente falsear o manipular la verdad de un proceso penal al que el acusador público le desea fijar un cierto e interesado sentido” [17]

Ahora bien de acuerdo al artículo 21 de la Constitución Federal señala:

Artículo 21. ***La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.***

El ejercicio...

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

Compete a la autoridad administrativa...

Si el infractor....

Tratándose..

El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

El Ejecutivo Federal...

La seguridad pública...

Las instituciones de seguridad pública serán...

a)...

b)...

c)...

d)...

e)...

Esto es: primero, que la imposición de las penas ***es propia y exclusiva de la autoridad judicial***, y segundo, que la ***investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público.***

En tal sentido, nadie puede ser sometido a una pena o absuelto de ella, sino por un juez; nadie puede ser investigado y acusado, sino por el acusador público; nadie puede ser enjuiciado, sino dentro de un proceso penal jurisdiccionalmente competente.

Si esto es: los delincuentes obtienen un beneficio en la reducción de las penas por en tanto aportan elementos e información para consignar a otros miembros de la delincuencia organizada. La negociación que de los delincuentes se realiza con el Ministerio Público, quien acuerda la reducción de la pena, cuestión que resulta contrario a lo que establece el artículo 21 de la Constitución Federal, pues sólo autoridad judicial es la autoridad competente para imponer penas.

Por otra parte, el uso de testigos colaboradores es severamente cuestionado por el uso que se hace de este elemento como prueba: no hay suficientes garantías posibles para evitar la inducción, y por otra parte, los dichos de tales testigos, que no las declaraciones, fuera de contexto, también sirven para integrar casos.

Cualquier ley de protección a quienes denuncian corrupción, y eso lo saben los especialistas, una vez que los antecedentes demuestran incontestablemente las aseveraciones del fiscal o defensa, la prueba recae sobre el empleador, obligado a demostrar que si no se hubiera realizado la actividad protegida, de todos modos se habría adoptado la misma medida por razones lícitas e independientes. Es decir, por otras vías.

Quien hace uso de este recurso está obligado a presentar pruebas claras y convincentes para cumplir el requisito de la carga de la prueba. Esto no ha sido la práctica recurrente por parte del Ministerio Público. Por ello, constantemente los casos se le caen, y los indiciados pasan a la categoría de un cada vez más numeroso grupo de ciudadanos inculcados injustamente.

Los dichos de estos testigos, por lo regular, acaban convirtiéndose en comentarios irrelevantes, o distorsionados, lo que es peor. Al final, con mucha probabilidad toda prueba falsa o inducida termina por anularse o deja de tener valor en el proceso. Sin embargo, el testimonio de los testigos colaboradores –y que fueron inducidos- acaban por incriminar a terceros que desafortunadamente pueden perder su libertad a causa de un proceso penal en su contra, y salir libres, hasta que haya demostrado su inocencia y el juez haya dictado una resolución a su favor.

“Las cifras oficiales demuestran la ineficacia del uso de estos declarantes anónimos: estadísticas del Consejo de la Judicatura Federal (CJF) referentes al periodo 2007-2008 –las cuales se pueden consultar en el informe anual de labores del Poder Judicial Federal (PJF) que corresponde a ese ciclo– indican que menos de uno por ciento de los testimonios rendidos en una averiguación previa por los testigos protegidos han sido suficientes para demostrar la culpabilidad de un supuesto criminal ante un juez.” [18]

Así, en los casos de criminalidad de alto impacto –como el secuestro o el narcotráfico- la PGR publicita ante los medios de comunicación al momento de realizarse un arresto como supuestas victorias del gobierno federal contra la delincuencia organizada, terminan varios años después en un fallo judicial de libertad por desvanecimiento de pruebas. El caso de ex funcionarios de Michoacán es emblemático al respecto.

Es cierto, la PGR se ha valido de los llamados colaboradores para justificar su ineficiencia en sus labores de investigación y persecución del delito.

El Ministerio Público termina por perder los juicios en tribunales, básicamente porque el principal sustento de los fiscales antidrogas son declaraciones de testigos que no demuestran su idoneidad, no ratifican sus dichos ante el juez o simplemente no se presentan a comparecer en el juicio, ya sea porque abandonaron el sistema de testigos protegidos o porque fueron ejecutados.

Si los fiscales europeos, por citar un caso, conociesen la manera como arman sus procesos sus homónimos mexicanos, seguramente se asombrarían. Porque la Corte Europea exige ante todo que dichos testigos no sean manipulados.

Asimismo, en los Estados Unidos los testimonios solo se admiten en los juzgados cuando, los hechos invariablemente, les constatan directamente a los testigos.

En esta línea, la presente iniciativa proyecta reformar el párrafo tercero del artículo 16 de la Constitución a efecto de establecer que para fundar y motivar una orden de aprehensión, la sola declaración de testigos colaboradores nunca será suficiente para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Asimismo, adicionar la fracción V del artículo 20 de nuestra Norma Suprema para estatuir que las declaraciones de testigos colaboradores, sin elementos de convicción que las corroboren, no serán suficientes para establecer la culpabilidad del procesado.

4.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DETENCIONES INDEBIDAS. Como lo señala el Doctor Miguel Carbonell, en México son frecuentes las detenciones arbitrarias y las violaciones de los derechos fundamentales de las personas detenidas mientras se encuentran a disposición policial. Las detenciones arbitrarias violan no solamente el artículo 16 constitucional por cuanto que se ubican fuera de cualquier supuesto

normativo para privar de la libertad a una persona, sino también el artículo 11 de la propia carta magna que prevé la libertad de tránsito.

Es común que en las carreteras mexicanas o en algunas ciudades se ubiquen los llamados “retenes”, que son puestos de inspección y revisión en los que las autoridades militares o civiles (ya sean policías federales o locales, de tránsito o ministeriales) detienen un vehículo particular o de transporte público, hacen descender a sus tripulantes y revisan el interior del vehículo llegando incluso hasta el extremo de practicar revisiones corporales a las personas.

El asunto es de tal gravedad que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha tenido que dedicar una Recomendación General al tema de la práctica de las detenciones arbitrarias. En su Recomendación, la CNDH precisa que “las detenciones arbitrarias constituyen una práctica común de los agentes de la Policía Judicial y de los elementos que integran los diversos cuerpos policiacos”; también se señala que “la práctica recurrente de las quejas que se reciben consiste en que los agraviados fueron detenidos por dichos agentes, cuando estos últimos efectuaban recorridos de “revisión y vigilancia rutinarios” en aras de salvaguardar la seguridad pública y detectar la comisión de algún ilícito, o bien porque habían recibido en la guardia de agentes denuncias “anónimas”, siendo que al atenderlas, “casualmente”, los agraviados fueron encontrados en “actitud sospechosa” y “marcado nerviosismo”, además de que, en todos los casos, los elementos de la Policía Judicial dijeron haber solicitado a los agraviados que se les permitiera efectuarles una “revisión de rutina”, quienes accedieron de “manera voluntaria”.

Una forma de “desestimular” la práctica de las detenciones indebidas o arbitrarias por parte de las autoridades puede darse a partir del establecimiento de una responsabilidad patrimonial a cargo del Estado. Se trataría de que cualquier persona que fuera víctima de una detención arbitraria recibiera una indemnización económica, con independencia de las responsabilidades penales, administrativas o civiles a que se hiciera acreedora la persona que llevó a cabo la detención indebidamente.

El Estado de derecho debe caracterizarse, fundamentalmente, por el sometimiento del propio Estado a la legalidad, lo que trae aparejada su responsabilidad por los daños que produzca.

No obstante, esta concepción ha reconocido una zona de resistencia y que pretende ser de exclusión: precisamente la referida a los daños causados al procurar y administrar justicia o en actividades de seguridad pública.

Es paradójico que sea justamente en los ámbitos de la administración de justicia y procuración de seguridad pública donde se sustraiga al Estado del sometimiento al derecho respecto a los daños que origina, consagrándose prácticamente la irresponsabilidad o una responsabilidad estatal muy limitada por su actividad.

Pero más incomprensible todavía resulta que, en estos supuestos, se niegue la posibilidad de obtener resarcimiento por los daños causados con el argumento de que deben ser soportados en nombre precisamente de la justicia o de la seguridad pública.

En el derecho privado, si una persona causa daño a otra y ese daño se causa con dolo o culpa, hace nacer la obligación de indemnizar y genera para el que lo causa responsabilidad. Pero resulta muy forzado que se deba recurrir a esta normativa de derecho privado para regular la responsabilidad que se puede generar cuando es el propio Estado el que provoca el daño o perjuicio.

El Estado en el ejercicio de su función de administrar justicia debe garantizar la integridad de la justicia que él mismo administra, y ello sólo se logra mediante el cumplimiento estricto de los principios que consagran el debido proceso legal, entre otros. Por esto puede afirmarse que el Estado causa daño cuando ha infringido las normas que consagran dichos principios, debiendo en consecuencia responder por su actuar.

Se justifica por ello que el tema de la responsabilidad del Estado al administrar justicia y procurar seguridad pública sea desarrollado de manera particular y específica en la legislación. De lo que trata es de que la víctima del error judicial o de una detención arbitraria no deba soportar un daño irreparable proveniente del ejercicio de una de las funciones del Estado, sin obtener la indemnización correspondiente, a lo que debe agregarse que es difícil

comprender cómo se puede bregar por el respeto a la justicia sobre la base de postular el mantenimiento de errores con fuerza de verdad legal.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha abordado con puntualidad el tema:

El artículo 5º. 5 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales prescribe: "Toda persona víctima de un arresto o de una detención, en condiciones contrarias a las disposiciones del presente artículo, tiene derecho a una reparación".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, reafirma similar principio, en los siguientes términos: "Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación" (artículo 9º.5). Complementa esta formulación el artículo 14, N° 6, que señala: "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".

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, prescribe en su artículo 10º: "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".

En este sentido, en la iniciativa que se somete a consideración de esta soberanía, se proyecta adicionar el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para estatuir 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. Asimismo, toda privación de libertad contra lo dispuesto en la Constitución y en la ley obligará al Estado a indemnizar a la persona así lesionada en los términos que la propia ley establezca.

5.- CATEOS. Para establecer los derechos a salvaguardar, es preciso empezar por definir lo que constitucionalmente se entiende por domicilio. Para el Derecho Constitucional domicilio es la morada destinada a la habitación y al desenvolvimiento de la libertad personal en lo concerniente a la vida privada, ya sea cerrada o abierta parcialmente, móvil o inmóvil, de uso permanente o transitorio.

En este sentido, son tres los elementos que configuran el domicilio constitucional: a) El elemento físico o material, es decir, el espacio en el que la persona vive y en la que puede permitirse comportamientos que los usos sociales no siempre admiten; b) El elemento psicológico, esto es, la intención de habitar el lugar como morada, aun cuando no reúna las condiciones normales para ello. La habitación no exige que sea continua. Cualquier recinto sirve de morada en tanto los individuos que la ocupan lo hacen con dicho ánimo; y c) El elemento autoprotector, la exclusión de los terceros de la propia morada.

El concepto de "domicilio" no se restringe a aquel espacio físico donde una persona fija su residencia habitual, tal cual lo del Código Civil Federal, sino, debe extenderse a todo lugar o espacio en el que la persona pueda desarrollar su vida privada, excluyendo cualquier libre acceso de terceros. Siendo esto así, domicilio puede constituirlo un auto, una caverna, y cualquier otro espacio a la cual se le agregue el elemento de la intención de morada y exclusión de terceros.

Es así que, bajo estos presupuestos, surge el derecho a la inviolabilidad del domicilio, como un derecho del titular para repeler intervenciones no consentidas sobre el espacio físico donde se desarrolla la vida privada y familiar. Sin embargo, este derecho, como cualquier otro derecho fundamental no es absoluto. Así, la excepción al derecho materia de comentario, expresamente previsto en la Constitución, es, la autorización de quien lo habita, mandato judicial, flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración y motivo de sanidad o de grave riesgo.

La garantía de la inviolabilidad no se limita al ingreso físico y directo al domicilio, sino también comprende aquellas violaciones mediante el empleo de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos, como lo podría ser

cualquier tipo de vigilancia electrónica sin la autorización respectiva, y esto se entiende así, pues el derecho a la inviolabilidad de domicilio es un derecho de naturaleza instrumental, porque coadyuva a la protección de otros derechos fundamentales, como el derecho de propiedad y, principalmente, el derecho a la intimidad. La vida íntima, que emana de la persona y que corresponde a su esfera privada, libre de parámetros sociales, desarrollada en el espacio físico que comprende el domicilio, es materia de protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

En cuanto a su reconocimiento en los tratados internacionales: artículo 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". Artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación". Y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "(...) Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación".

Por su parte el artículo 16 de nuestra Carta Magna expone "que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

Dicho artículo también establece la inviolabilidad del domicilio, así como la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y de la correspondencia.

Resulta fundamental exponer que la protección de la vida privada frente a actos de las autoridades se encuentra debidamente instituida en el primer párrafo del artículo 16 constitucional, al establecer que para que una injerencia de la autoridad en nuestra intimidad sea válida, ésta deberá provenir de una orden de una autoridad facultada por la propia ley para realizar dicha intervención plasmada por escrito, la cual deberá estar debidamente razonada y justificada además de estar prevista en una ley el acto de molestia en cuestión. Así, se considera pertinente de establecer requisitos adicionales para que juez autorice la orden de cateo.

Recordemos que justamente la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, tras la detención de los funcionarios michoacanos, acreditó, en su Recomendación del 30 de octubre de 2009, las graves irregularidades de los cateos para aprehender a dichos servidores públicos:

“Los servidores públicos que participaron en los cateos referidos además de que inobservaron el contenido del artículo constitucional en cita, transgredieron diversos instrumentos internacionales celebrados y ratificados por nuestro país en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro de los que destacan los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; V y IX, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 17, puntos 1 y 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 y 11. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 3, del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, los cuales establecen que ninguna persona podrá ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia o en su domicilio.

Por lo anterior, esta Comisión Nacional estima que la conducta desplegada por los elementos de la entonces denominada Policía Federal Preventiva, quienes se introdujeron ilegalmente en los domicilios de los señores Citlalli Fernández González, Gabriel Mariano Gaona y Lorenzo Rosales Mendoza, pudiera encuadrarse en la hipótesis típica prevista en el artículo 225, fracción XVIII, del Código Penal Federal”.

En razón de ello, esta propuesta legislativa plantea que es necesaria la autorización de la autoridad judicial para catear edificios, establecimientos o sedes públicas, considerando que el ámbito del de domicilio para un funcionario público debe extenderse también a edificios, establecimientos y sedes públicas donde realiza sus funciones.

Del mismo modo se estatuye que la violación al domicilio constituye un delito grave de conformidad con lo que establezca la ley penal.

Sin duda, para que la integridad de la persona aparezca o surja en su pureza, es absolutamente indispensable la seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio y la inviolabilidad de la correspondencia y comunicaciones, pues de lo contrario, la integridad del ser humano no podrá ser respetada. Estos derechos, tendrán pues, su raíz, según esta postura, en la libertad personal, que a su vez entronca con la dignidad de la persona.

Así, se entiende al domicilio como una prolongación espacial de la personalidad, dado que es éste un ámbito en el cual el individuo puede hacer lo que desee, sin ser molestado ni observado.

Esta justificación de la inviolabilidad del domicilio en la libertad y seguridad personales, tiene en el presente una reinterpretación, que no ha de limitarse al sentido clásico de libertad opuesta a la privación de ella, o de seguridad, como derecho a confiar en la protección que significa el domicilio frente a los abusos del poder político, sino que ha de ser interpretada en un sentido amplio y global. De esta forma, la libertad como bien jurídico protegido por el derecho a la inviolabilidad del domicilio, hay que entenderla como la autonomía o independencia de las personas para desarrollar en él, sin cortapisas, ni públicas ni privadas, sus actividades vitales.

De ahí que el concepto del domicilio tiene una connotación más amplia de la que se prevé en el derecho positivo mexicano. En tal sentido, esta propuesta legislativa tiene como punto de partida que los edificios, sedes y establecimientos públicos también deben considerarse como extensión del domicilio de un funcionario público, ya que en esos lugares realiza el desempeño primordialmente sus funciones.

Extensión del domicilio para toda clase de empleados públicos, cualquiera sea la importancia de su menester; y cuanto a que la constitución de este domicilio se produce a partir del momento en que el funcionario toma posesión del cargo respectivo y en cuanto a que debe extender su eficacia a todas las relaciones jurídicas, incluso es idóneo para determinar la competencia de los jueces y para practicar las notificaciones que deban hacerse a la persona del funcionario.

Esta tesis ya se encuentra reconocida en otras legislaciones, como el Código Civil peruano que señala:

ARTÍCULO 38. Los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 33.

Asimismo, el artículo 90 del Código Civil Argentino prevé:

Artículo 90. El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente, y así: 1ro. Los funcionarios públicos, eclesiásticos o seculares, tienen su domicilio en el lugar en que deben llenar sus funciones, no siendo éstas temporarias, periódicas, o de simple comisión; 2do. Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que se hallen prestando aquél, si no manifestasen intención en contrario, por algún establecimiento permanente, o asiento principal de sus negocios en otro lugar; 3ro. El domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones autorizadas por las leyes o por el Gobierno, es el lugar donde está situada su dirección o administración, si en sus estatutos o en la autorización que se les dio, no tuviesen un domicilio señalado; 4to. Las compañías que tengan muchos establecimientos o sucursales, tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos, para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad; 5to. Los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual; 6to. Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes; 7mo. El domicilio que tenía el difunto determina el lugar en que se abre su sucesión; 8vo. Los mayores de edad que sirven, o trabajan, o que están agregados en casa de otros, tienen el domicilio de la persona a quien sirven, o para quien trabajan, siempre que residan en la misma casa, o en habitaciones accesorias, con excepción de la mujer casada, que, como obrera doméstica, habita otra casa que la de su marido; 9no. Derogado por la ley 23.515.

En vista de las anteriores consideraciones, y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 71 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, someto a la consideración de esta soberanía la siguiente:

Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma y adiciona los párrafos tercero y décimo primero y deroga el párrafo octavo del artículo 16; reforma y adiciona el segundo párrafo del artículo 17; reforma y adiciona las fracciones I, II, III, V y IX del artículo 20, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo Primero. Se reforman y adicionan los párrafos tercero y décimo primero y se deroga el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 16. . . .

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y **existan datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado. La sola declaración de testigos colaboradores es insuficiente para acreditar el cuerpo del delito y la resunta responsabilidad del indiciado.**

(Se deroga)

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse, **los indicios de la presunta responsabilidad en la comisión de un delito** y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. **Es necesaria la autorización de la autoridad judicial para catear edificios, establecimientos o sedes públicas. La violación al domicilio constituye un delito grave de conformidad con lo que establezca la ley penal.**

Artículo Segundo. Se reforma y adiciona el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 17. . . .

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. **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. Asimismo, toda privación de libertad contra lo dispuesto en la Constitución y en la ley obligará al Estado a indemnizar a la persona así lesionada en los términos que la propia legislación establezca.**

Artículo Tercero. Se adicionan y reforman las fracciones I, II, III, V y IX del artículo 20 de la Constitucional Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 20. . . .

A.- . . .

I a X

B.- De los derechos de toda persona imputada:

I.- A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa. **Nadie está obligado a probar su inocencia;**

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. **La confesión rendida sin la asistencia del defensor o ante autoridad distinta a la judicial carecerá de todo valor probatorio;**

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador. **La autoridad proveerá de medios adecuados para que el inculcado establezca comunicación con su defensor o abogado al momento de su detención.**

La ley establecerá beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada. **La sola declaración de éstos no será suficiente para establecer la culpabilidad del procesado.**

IV.-

V.-

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra. **Las declaraciones de testigos colaboradores, sin elementos de convicción que las corroboren, no serán suficientes para establecer la culpabilidad del procesado.**

VI a VIII . . .

IX.-

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. **Toda privación de libertad contra lo dispuesto en la Constitución y en la ley obligará al Estado a indemnizar a la persona así lesionada en los términos que la propia legislación establezca.**

C.-

I a VII . . .

Transitorios.

Único. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación.

Sede de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión a los veintiséis días del mes de abril de dos mil diez.

SENADOR CARLOS SOTELO GARCÍA

[1] Zepeda Lecuona. Guillermo. “Mitos de la Prisión Preventiva en México” El proyecto sobre prisión preventiva en México de la Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta (Open Society Justice Initiative). 2006.

[2] Las cárceles mexicanas en promedio están al 125% de su capacidad y en casos extremos, principalmente las des-tinadas a la prisión preventiva, exceden el 270% de ocupación, según datos de Guillermo Zepeda.

[3] tasas de homicidios hasta 10 veces superiores a las que enfrenta la población en libertad.

[4] Tercera Encuesta levantada a Población en Reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México: “Delincuencia, Marginalidad Y Desempeño Institucional, 2009.

[5] <http://eleconomista.com.mx/distrito-federal/2010/04/29/carceles-df-presos-700-pesos>.

[6] Op. Cit Zepeda.

[7] [http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero8\(3aepoca\)/01AguilarLopezSP.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero8(3aepoca)/01AguilarLopezSP.pdf). “La Presunción de Inocencia”. Miguel Angel Aguilar López.

[8] Leveaga, Gerardo. “65 propuetas para modernizar el sistema penal en México”, INACIPE, 2006, pág. 36

[9] Diccionario Jurídico Mexicano .UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas –Porrúa 1997 p. 218

[10] Informa Anual 2009 del Consejo de la Judicatura Federal. Movimiento Estadístico de Medidas Precautorias en los Juzgados de Distrito Penales especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones.

[11] Informe del Grupo de Trabajo sobre las Detenciones Arbitrarias (2002) E/CN.4/2003/8/Add.3, párr. 50 (criticando el arraigo); Comité contra la Tortura (2006), Recomendaciones CAT/C/MEX/CO/4, párr. 15 (recomendando que desaparezca el arraigo).

[12] Boletín de prensa 258/2007. Advierte CDHDF sobre riesgos en la aplicación de la reforma al Sistema de Justicia de 2008.

[13] Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. México (2002) E/CN.4/2003/8/Add.3, párrafo 50

[14] Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura (2007). CAT/C/MEX/CO/4

[15] Artículo 1 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

[16] <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2199/15.pdf>. “Lucha contra la Delincuencia Organizada y Respeto a los Derechos Humanos: un marco de referencia en la lucha contra el terrorismo”, Ensayo de Samuel González-Ruiz, Gleb Zingerman y Moisés Moreno Hernández.

[17] [http://www.scjn.gob.mx/SiteCollectionDocuments/PortalSCJN/RecJur/BibliotecaDigitalSCJN/CDAAC-BIB-O-833-11-07-Disco6/OnceVoces/Once%20voces%20\(2\).pdf](http://www.scjn.gob.mx/SiteCollectionDocuments/PortalSCJN/RecJur/BibliotecaDigitalSCJN/CDAAC-BIB-O-833-11-07-Disco6/OnceVoces/Once%20voces%20(2).pdf), “Los testigos protegidos” del Dr. Juventino Castro y Castro. Ensayo preparado en ocasión del Homenaje del Dr. Pedro Zorrilla Martínez, abril de 2000.

[18] <http://www.jornada.unam.mx/2009/12/14/index.php?section=politica&article=003n1pol>