

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT**

**Unidad Académica de Derecho**



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE N



SISTEMA DE BIBLIOTE

**EL ARRAIGO. ENTRE LA NECESIDAD DE UNA PROCURACIÓN DE JUSTICIA EFICIENTE Y EL DEBIDO PROCESO LEGAL.**

Investigación monográfica que para obtener el grado de Maestro en Derecho con orientación en Derecho Penal presenta:

**LIC. JUAN FRANCISCO CAMPOS BUENO**

DIRECTOR

**DR. CELSO VALDERRAMA DELGADO.**

Ciudad de la Cultura "Amado Nervo", Tepic, Nayarit; mayo de 2016.

## AGRADECIMIENTOS

*A mi Padre Celestial, por darme la habilidad, inteligencia y capacidades necesarias para cursar el grado académico y concluir este trabajo de investigación.*

*A mi amada esposa, Alma Gricelda Martínez Medina, por su amor, sacrificio, comprensión y apoyo para lograr el objetivo de la culminación de esta investigación.*

*A mis padres, Juan Campos Rivera y Teodora Bueno Rodríguez (+), a quienes llevo en mi mente y en mi corazón, todos los días de mi existencia. Gracias por haberme dado la vida y hacerme un hombre responsable y de bien.*

*A mi familia, por apoyarme de manera incondicional a cumplir mis sueños.*

# CONTENIDO

INTRODUCCION.....	6
CAPITULO I. EL ARRAIGO.....	12
1. Concepto.....	15
1.1. Arraigo en sentido amplio.....	16
1.2. Definición de arraigo en materia penal.....	17
1.3. Requisitos de forma.....	19
1.4. Requisitos de fondo.....	21
2. Naturaleza jurídica.....	22
3. Antecedentes históricos.....	23
4. El arraigo en México.....	25
CAPITULO II. EL DEBIDO PROCESO.....	32
1. Concepto.....	32
2. Derecho al debido proceso.....	35
2.1. Derecho al juez predeterminado por la ley.....	36
2.2. Derecho a un juez imparcial.....	37
2.3. Legalidad de la sentencia judicial.....	39
3. El problema de asegurar el debido proceso a las personas.....	39
4. El debido proceso y el derecho de defensa.....	42
5. El debido proceso como garantía de referencia.....	42
6. Los orígenes del debido proceso.....	46
6.1. Regulación del debido proceso en diferentes países.....	46

a) Argentina.....	47
b) Chile.....	47
c) España.....	48
d) Perú.....	49
e) México.....	50
7. El debido proceso en instrumentos internacionales.....	55
a) Las Declaraciones Americana y Europea y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	55
b) La convención Europea y la Consagración del proceso equitativo.....	57
c) La Convención Americana y el debido proceso.....	57
CAPITULO III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	58
1. Antecedentes mexicanos.....	60
2. Concepto.....	61
2.1 a) La presunción de inocencia como estándar de prueba.....	62
2.2. b) La presunción de inocencia como regla probatoria.....	63
2.3. c) La presunción de inocencia como regla de trato procesal.....	63
3. Naturaleza de la presunción de inocencia.....	64
3.1. a) La presunción de inocencia, como garantía básica del proceso.....	64
3.2. b) La presunción de inocencia, como regla de tratamiento del imputado.....	65
3.3. c) La presunción de inocencia como regla relativa a la prueba.....	65
3.4. d) La presunción de inocencia como presunción iuris tantum.....	66
4. La presunción de inocencia en el ámbito internacional.....	67
4.1. Declaración universal de derechos humanos.....	68

4.2. Pacto internacional de derechos civiles y políticos.....	68
4.3. Convención americana sobre derechos humanos.....	68
4.4. Declaración americana de los derechos y deberes del hombre.....	69
4.5. Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.....	70
CAPITULO IV. CONFRONTACIÓN ENTRE ARRAIGO, DEBIDO PROCESO Y PRESUNCION DE INOCENCIA.....	71
1.- ¿Derecho penal del enemigo?.....	73
CONCLUSIONES.....	76
PROPUESTA.....	78
FUENTES DE CONSULTA.....	79

## INTRODUCCION

A manera de justificación, la elección del tema principal a estudio, como lo es la figura del arraigo, comprende diversas variantes, la principal, si dicha figura procesal guarda compatibilidad con las garantías de debido proceso y de presunción de inocencia, establecidas ambas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los Tratados Internacionales suscritos por México, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -suscrito el 16 de Diciembre de 1966 en Nueva York, Estados Unidos de América (E.U.A.)-, al cual se vinculó México el 23 de Marzo de 1976, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), entre otros, o si, por el contrario, a pesar de su incompatibilidad con los referidos derechos fundamentales, se justifica su uso en aras de una eficiente procuración de justicia, como ha sido una constante en los últimos 20 años, al insertarse como una política criminal manejada por el Gobierno Mexicano, primigeniamente en la Legislación Procesal Penal de la Federación, y con posterioridad, elevada a rango constitucional mediante reforma del dieciocho de junio del año 2008, donde evidenciaron la necesidad de una procuración de justicia eficiente ante el cumulo de hechos delictivos y la falta de técnicas de investigación y persecución de delitos por la autoridad encargada de dicha tarea.

Así pues, la pretensión del presente trabajo de investigación, es realizar un análisis de Conformidad y Convencionalidad Constitucional del arraigo en materia penal, mismo que, como se cito en el párrafo que antecede, se elevó a rango constitucional mediante la reforma al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos -publicada en el Diario Oficial de la Federación, el miércoles 18 de Junio de 2008-, estableciéndose en dicha reforma, el plazo de 40 días, en una primera etapa, mismo que podría ser prorrogable, sin que dicha extensión fuera superior a los 80 días, creándose un régimen excepcional para uso, es decir, se limitó a la investigación del delito de delincuencia organizada. Bajo esas premisas, cuando se

pretenda solicitar la extensión del plazo del arraigo -una vez vencidos los cuarenta días- el solicitante, Ministerio Público de la Federación, debe además acreditar en su petición, que las causas que habían dado origen a la petición primaria de la medida solicitada, siguen subsistiendo, según se estableció en dicha Porción normativa, la cual está vigente en la actualidad, y ha sido trasladada al arábigo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Luego entonces, a criterio del exponente, existe una notoria contradicción entre lo señalado por el mencionado artículo 16 de la Ley Fundamental de los Estados Unidos Mexicanos, y lo previsto en el numeral 20 apartado B fracción I del mismo Ordenamiento Legal, de igual manera, lo precisado por el artículo 14, apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como lo estipulado por el apartado 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), los cuales consagran entre sus disposiciones, el principio de presunción de inocencia, presupuesto básico que conforma, entre otros mas, la garantía de debido proceso.

Se afirma lo anterior en razón de que, el referido artículo 16 constitucional señala, en la parte que interesa, lo siguiente: *"La autoridad judicial, a petición del ministerio público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el ministerio público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días"*. En tanto que, el diverso arábigo 20, del mismo rango constitucional, precisa en su apartado B fracción I -que comprende el catalogo de derechos de toda persona imputada-, textualmente como sigue: *"I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de*

la causa...”, situación que guarda plena armonía con el artículo 14, apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que especifica lo siguiente: *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*. En el mismo sentido se pronuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), al contemplar en el apartado 2 de su artículo 8 como sigue: *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas...”*. Con ello, al finalizar el presente trabajo, se observará la clara contradicción entre la figura procesal del arraigo y las garantías de presunción de inocencia y debido proceso, y se determinará, a criterio del autor, si en la actualidad se justifica el uso y abuso del arraigo en materia penal, en los términos en que se encuentra vigente, o en su caso, si resulta procedente eliminar la misma en aras de garantizar debidamente los derechos fundamentales de la sociedad en general, al tener la certeza de la comisión de hechos delictivos y no simplemente para garantizar el éxito de la investigación, la protección de personas, de bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

En ese contexto, la esencia del problema estriba, en que existe una seria contradicción entre lo señalado por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el diverso 20 apartado B fracción I de la misma Constitución, que establecen el arraigo en materia penal y el principio de presunción de inocencia de toda persona imputada, respectivamente, sin contar claro, los Pactos Internacionales suscritos y ratificados por México, los cuales han sido pasados por alto con el último objetivo del combate a la delincuencia en todas sus modalidades, privilegiando prácticas y métodos que no guardan armonía con el método científico, lo que resulta altamente preocupante en una sociedad que se presume promotora de los derechos humanos en todas sus modalidades, y que, como resultado de la

reforma al artículo 16, de fecha 18 de junio del 2008, se rompió con el principio de progresividad de los derechos fundamentales de todo individuo.

Ante ello, surgen los diferentes planteamientos; ¿Es necesaria la figura del arraigo en materia penal?, qué precepto constitucional debe imperar en la investigación criminal, ¿La presunción de inocencia en conjunto con el debido proceso o el arraigo?, el tiempo establecido para el arraigo y su prórroga, ¿Son un exceso para la integración de una investigación?, ¿Se debe inobservar lo señalado en los Pactos Internacionales suscritos y ratificados por México a pesar de la reforma al artículo 1 Constitucional, del 10 de Junio del 2011?, bajo la redacción actual del texto constitucional, ¿Presenta características de inconventionalidad e interpretación conforme la figura del arraigo mexicano?

Así, a manera de hipótesis, se sostiene que el principio de presunción de inocencia, establecido en el apartado 2 del artículo 8 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), contemplado de igual forma en el artículo 14 apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, E.U.A, y en el artículo 20 apartado B fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos -el cual se encuentra inmerso como parte fundamental de la garantía de debido proceso-, debe sobresalir sobre la figura del arraigo, prevista en el artículo 16 de la Ley Fundamental de México, pues se debe de privilegiar por sobre todas las cosas, el respeto íntegro de los Derechos Fundamentales de todo individuo, acorde con la Reforma Constitucional al artículo 1, del 10 de Junio del año 2011, misma que integra una expresión clara del principio pro persona, como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas, independientemente de la figura delictiva o criminal que se pretenda investigar.

Para la elaboración de la presente investigación, se recurrió al uso de diversa metodología, a saber, el método histórico para precisar la referencia obligada de la

historia respecto a la figura del arraigo, sus antecedentes, evolución y posible desarrollo; el método deductivo, que parte del estudio general –en el caso el arraigo en Sistemas Jurídicos diferentes al nuestro- al caso particular – el arraigo en México y en los diversos ordenamientos penales de las Entidades Federativas-, de igual manera, el método científico, el método empírico, por lo que se puede hablar de una federación metódica.

En el uso de las técnicas de investigación reconocidas, el sustentante acudí a diversas de ellas, entre las que destacan por su importancia las teóricas, documentales, prácticas y telemáticas, ésta última esencial en el desarrollo del presente trabajo al ser en la actualidad una herramienta indispensable en el ejercicio de cualquier actividad científica a efectos de estar actualizados en los temas que revisten importancia para cualquier territorio geográfico.

Por lo que se refiere a la estructura de la obra, la misma se compone de tres capítulos, el primero, titulado el arraigo, el cual aborda el concepto en sentido amplio, la definición de arraigo en materia penal, sus requisitos de forma y de fondo, la naturaleza jurídica del mismo, los antecedentes históricos del arraigo a nivel global y los antecedentes del arraigo mexicano.

El segundo capítulo se denomina el debido proceso, y en el se estudian el concepto de dicha garantía, el derecho de toda persona al debido proceso, el problema de asegurar el debido proceso a las personas, el debido proceso y el derecho de defensa, el debido proceso como garantía de referencia, los orígenes del debido proceso en diversos países, y la presencia del debido proceso en instrumentos internacionales.

El capítulo tercero se titula la presunción de inocencia, y comprende los antecedentes mexicanos de dicha garantía, el concepto, su naturaleza jurídica y la presencia de la garantía de presunción de inocencia en el ámbito internacional.

En el capítulo cuarto, que se denomina confrontación entre arraigo, debido proceso y presunción de inocencia, que comprende además la interrogante ¿Derecho penal del enemigo?, se hace un análisis, a manera de confrontación, entre la figura del arraigo y las garantías de debido proceso y presunción de inocencia.

Finalmente, se emiten las conclusiones a que arriba el sustentante, con las cuales se pretende dar una posible solución a un problema de colisión de derechos fundamentales con la implementación del derecho penal del enemigo, todo ello reforzado con las diversas investigaciones realizadas y las experiencias prácticas que de manera personal he observado en el ejercicio de la profesión.

# CAPITULO I

## EL ARRAIGO.

Para dimensionar la figura del arraigo, me permito transcribir parte de un artículo encontrado en la web, el cual considero trascendente en razón de ser la percepción social la que se plasma en el mismo, y no la noción jurídica que se establece en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicho numeral refiere lo siguiente:

*"Imagine, querido lector, que usted conduce su vida lo mejor que puede. Tiene un trabajo, una familia a la que atiende cuidadosamente, dedica el poco tiempo libre que le queda a alguna actividad de su preferencia y, en un sentido amplio, se siente afortunado por todas esas cosas valiosas que posee. Sus hijos están creciendo rápidamente y usted junto con su esposa están preocupados por asegurarse que todo salga lo mejor posible en sus proyectos para que un día sus hijos puedan tener asegurados sus estudios universitarios. En pocas palabras su vida es tan parecida a la de otras miles de millones de personas alrededor del mundo. Con lo que usted no cuenta es con que toda su vida cambiará radicalmente, de repente, tan sólo porque a alguien se le ha ocurrido que usted podría estar vinculado con el crimen organizado.*

*Una noche, mientras que usted y su familia duermen, de repente escucha como un grupo de personas golpea fuertemente la puerta de su casa con el claro propósito de tirarla. Usted y su familia se sienten aterrorizados y se encierran en una habitación de la casa mientras que escuchan como un grupo de personas ya se encuentran destruyendo todo lo que encuentran a su paso. De repente, otro grupo comienza a golpear la puerta donde se encuentra escondido usted con su familia y en cuestión de unos segundos la puerta es derribada. Llenos de terror esperan ver entrando a un grupo de criminales violentos pero lo que realmente ven son personas encapuchadas*

y vestidas con distintos uniformes de la fuerzas de seguridad nacional, todos armados hasta los dientes: militares, policías federales, etc.

En menos de 5 segundos usted es apartado de su familia, derribado, esposado y violentado. De inmediato es arrastrado por dos sujetos que lo llevan fuera de su casa y lo introducen en una camioneta en donde se encuentra otro grupo de uniformados también fuertemente armados. Asimilando, poco a poco, lo que está viviendo, de inmediato se preocupa por su familia y se atreve a preguntar por ellos ante lo que recibe por respuesta: "cállate pendejo, eso hubieras pensado antes". ¿Pensar antes?, ¿De qué está hablando ese sujeto? –Piensa usted–, al tiempo que se dice internamente: yo únicamente trabajo duro todos los días como lo hacen otros miles de millones de personas en el mundo que buscan acceder a una mejor calidad de vida.

Sin mediar ya más palabras con dichos sujetos usted espera ser llevado a una instalación policiaca. Usted piensa entonces que todo es un malentendido, que al día siguiente cuando todo esté aclarado usted volverá al lado de su familia, sabe que aunque nunca podrán olvidar lo que les ha sucedido, y la violencia de la que han sido objeto, al menos podrán continuar con sus vidas. Usted y su esposa podrán regresar a sus trabajos, sus hijos podrán ir a la escuela, planearán pronto unas vacaciones para intentar olvidar todo. No sabe entonces usted que una figura jurídica utilizada en México, totalmente contraria a los Derechos Humanos, le arruinará la vida a usted y su familia; al menos la vida que usted y su esposa habían planeado con tanto cuidado y al que habían dedicado grandes esfuerzos para conseguir.

Su sorpresa es grande cuando en lugar de ser llevado a una instalación policiaca es introducido en una casa fuertemente custodiada. Una vez en ella es encerrado en una habitación en la que se encuentra una cama y un garrafón de agua. Usted ahora siente más miedo que antes porque empieza a sospechar que realmente ha sido secuestrado. Poco después entra una persona vestida de civil y sin preguntarle si

*está bien o si necesita algo simplemente le dice que usted está arraigado y que se le dará más información después. Unos días más tarde usted, aún sin permitirle tener comunicación con su familia ni con nadie más, se entera que podría ir a la cárcel porque un testigo de la PGR, del cual nunca sabrá usted su nombre, ha asegurado que usted está relacionado con un famoso narcotraficante.*

*Así transcurren 80 días y usted nunca es presentado frente a un juez. Durante ese tiempo su familia se ha endeudado para pagar abogados que puedan defenderlo legalmente e interponer un amparo. Naturalmente, su puesto de trabajo ya ha sido ocupado por otra persona y su esposa también se ha visto obligada a dejar su trabajo frente a la actitud adoptada por sus compañeros quienes no veían con buenos ojos tener a una compañera que estaba casada con un miembro de la delincuencia organizada. Al cabo de esos 80 días usted es dejado en libertad sin siquiera darle una explicación u ofrecerle una disculpa. Usted y su familia se encuentran quebrados financieramente y deshonrados públicamente por lo que quedan obligados a vender todos sus activos para iniciar otra vida que nunca será como la anterior y que, además, estará llena de enormes precariedades.*

*La historia anterior, querido lector, podría ser su historia o la de cualquier otro ciudadano mientras que en México se siga manteniendo la figura jurídica del arraigo. Es falso suponer que a usted nunca podría sucederle eso porque usted está seguro de su honestidad y de que su actuar siempre ha sido respetando todas las leyes. La realidad es que algo similar les ha sucedido a otras personas que pensaban como usted, la razón es que no existe, tal y como está diseñada en la ley, una garantía expreso de que solamente serán arraigadas aquellas personas que efectivamente sean culpables de algún delito grave que se sospecha han cometido.*

*La figura de arraigo se da precisamente por la carencia de pruebas contra una persona. Supone que mientras que una persona está arraigada la autoridad podrá conseguir pruebas en su contra lo que, entre muchas otras violaciones, atropella la*

*presunción de inocencia a la que todos tenemos derecho. En otras palabras, una persona limpia, trabajadora, respetuosa de la ley puede ser secuestrada legalmente por el estado mexicano tan sólo por una sospecha y sin tener una sola prueba en su contra".<sup>1</sup>*

Así pues, previo a abordar un estudio a profundidad de la figura procesal llamada arraigo, es necesario precisar en primera instancia su definición, y de ser posible establecer sus raíces disgregadas de la palabra misma, luego entonces, como requisito indispensable, previo a entrar de lleno al estudio del tema en cuestión, se precisara el concepto del arraigo, sus antecedentes históricos así como su naturaleza jurídica, hecho lo anterior, en capítulos subsecuentes se confrontara con los principios de presunción de inocencia y la garantía de debido proceso para estar en aptitud de concluir con una posición firme respecto a la preeminencia del arraigo sobre las garantías citadas y los principios penales o viceversa.

**1. CONCEPTO.-** La denominación que se le ha dado a la figura jurídica del arraigo ha sido diversa, tan es así que ni los mismos tratadistas y estudiosos del tema en particular han logrado ponerse de acuerdo en un concepto definido, en tal virtud se establecerán diversas acepciones que se han acuñado a través del tiempo por los diversos doctrinistas conocedores de la materia.

Por ello, en el estudio de la figura procesal llamada arraigo, se abordará desde distintas ópticas, buscando construir una definición que sea clara, y que sirva como de referencia para el resto de la investigación.

Así pues, una noción social establece que el arraigo constituye una forma de detención arbitraria que permite la vigilancia permanente del ministerio público sobre

---

<sup>1</sup> <https://manuelberumenresendes.wordpress.com/breviario-semanal/el-arraigo-debe-desaparecer-en-mexico/>. (Consulta electrónica realizada el día 22 de mayo de 2016).

personas sospechosas de cometer algún delito o que tengan información relacionada con éste; su fin es incrementar el tiempo con el que cuenta la autoridad para reunir pruebas contra la persona arraigada. El objetivo del arraigo no es determinar si una persona es inocente o culpable, sino que se priva a la persona de su libertad con el fin de obtener información que pudiera ser utilizada con posterioridad para la etapa de juicio.<sup>2</sup>

### 1.1. ARRAIGO EN SENTIDO AMPLIO.

Una concepción en un sentido amplio del arraigo, es la que contempla el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la editorial Porrúa en su decima edición, de 1997 el cual precisa al arraigo como una palabra compuesta por dos vocablos latinos, "ad" y "radicare" que significan "echar raíces", definiéndola como: *"una acción y efecto de arraigar. Se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda. Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte"*<sup>3</sup>

Nótese pues, que la definición que recoge el citado diccionario jurídico, corresponde a la figura del arraigo en forma genérica, es decir, que puede aplicarse indistintamente en materia civil o penal, o incluso en alguna otra área de la ciencia jurídica.

<sup>2</sup> <http://cmdpdh.org/2013/03/publicacion-cmdpdh-la-figura-del-arraigo-penal-en-mexico/> [Consulta electrónica realizada el día 22 de mayo de 2016].

<sup>3</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, 10ª Edición, 1997.

Por otro lado, se ha adoptado en un sentido de mayor amplitud al arraigo como una situación que deviene de la permanencia continuada en un territorio durante un tiempo determinado, así como de una oferta de empleo viable que demuestre la real y efectiva incorporación a su mercado de trabajo, así como de los lazos familiares estrechados con extranjeros residentes en territorio nacional o con los propios nacionales<sup>4</sup>.

Según la definición establecida en un diccionario en línea de lengua española, el arraigo se considera como un conjunto de antecedentes, intereses o hábitos que hace que una cosa sea estable o segura o que ligan a una persona a un lugar determinado<sup>5</sup>.

Luego entonces, se hace indispensable citar una definición legal de arraigo penal para poder conformar una definición propia que servirá como base para la elaboración de este trabajo investigativo.

## **1.2. DEFINICION DE ARRAIGO EN MATERIA PENAL.**

En este apartado, se señalan algunas definiciones que han sido tomadas por la doctrina como referentes, entre las cuales, por su trascendencia destacan las siguientes:

---

<sup>4</sup> [http://www.conpapeles.com/termino-Arraigo\\_34.php](http://www.conpapeles.com/termino-Arraigo_34.php). [Consulta electrónica realizada el día 18 de diciembre de 2015].

<sup>5</sup> <http://www.oxforddictionaries.com/es/definicion/espanol/arraigo>. [Consulta electrónica realizada el día 19 de diciembre de 2015].

Así, una definición establecida de arraigo en materia penal sería la siguiente: *"Es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso"*.<sup>6</sup>

Ahora bien, para el tratadista Marco Antonio Díaz de León, el arraigo se define como: *"Una medida cautelar que durante la averiguación previa se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que este cumpla con los requerimientos del Ministerio Público, en razón de la investigación de un hecho delictivo."*<sup>7</sup>

En tanto, Fernando Silva García manifiesta que *"Una primera posición interpretativa definiría al arraigo penal como una especie de medida cautelar metaconstitucional que autoriza "primero detener a una persona para después investigarla", lo cual, por un lado, permite desplazar y reemplazar al sistema ordinario de restricción a la libertad personal (urgencia, flagrancia, orden de aprehensión); por otro lado, permite hacer inaplicables los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia y al debido proceso, principalmente. Una segunda postura interpretativa consiste en entender que el arraigo penal es una medida cautelar excepcional y supletoria, la cual, por un lado, sólo debe operar cuando el sistema ordinario de restricción a la libertad personal (urgencia, flagrancia, orden de aprehensión) resulta inviable para la persecución del delito por razones fácticas extraordinarias; por otro lado, está sujeta a todos los derechos humanos del detenido"*.<sup>8</sup>

Una vez asentadas las referencias anteriores, considero necesaria la construcción de una definición propia de arraigo en materia penal, sin dejar de lado que dicha figura tiene diferentes concepciones, dependiendo de la materia de que se trate, por lo que

---

<sup>6</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, *op. Cit.*

<sup>7</sup> DÍAZ de León, Marco Antonio; *Diccionario de derecho procesal penal*, 3ª edición; México 1997.

<sup>8</sup> SILVA García, Fernando; *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, páginas 218-219 [Consulta electrónica realizada el día 22 de mayo del 2016]. <http://www.ijf.gob.mx/publicaciones/revista/33/11ELARRAIGOPENA.pdf>.

se tomará en consideración la diversidad del mismo, aunque para el caso que nos ocupa, tal definición versará sobre la materia penal.

Así pues, establecidas las razones fundamentales de la construcción de la definición, establecemos el arraigo penal como *“Una medida cautelar, concedida por la autoridad judicial especializada en la materia, previa petición del Ministerio Público, siempre y cuando dicha solicitud verse sobre la investigación de delitos de delincuencia organizada y que sea necesaria para el éxito de la investigación en la etapa de la averiguación previa, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, la cual se concederá por el tiempo estrictamente indispensable y con las modalidades y requisitos que la ley señale sin que pueda exceder de cuarenta días, pudiendo prorrogarse por una sola vez mas siempre y cuando el Ministerio Publico acredite de manera contundente que subsisten las causas que dieron origen a la solicitud hecha con antelación, caso en el cual el arraigo no podrá exceder de 80 días con la finalidad de decretar el aseguramiento del probable o probables responsables en la comisión del delito de delincuencia organizada. Esta medida en ningún caso implicará el confinamiento en prisión preventiva del arraigado”*

Con la definición construida en líneas que anteceden, es menester abordar algunos requisitos de forma y fondo, la naturaleza jurídica propiamente dicha del arraigo, así como sus orígenes, que han venido diversificándose a través de la historia, en algunos casos actualizándose y en otros más volviendo a las prácticas antiguas implementadas por nuestros antecesores.

### **1.3. REQUISITOS DE FORMA.**

Según se contempla en el octavo párrafo del vigente artículo 16 de nuestra Carta Magna, en México se contempla la figura procesal del arraigo, al establecer dicho párrafo del numeral citado, lo siguiente:

*"...La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días..."*<sup>9</sup>

Guardando similitud con lo que recoge el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que señala:

*"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".*

De las citas precisadas, se desprenden diversos requisitos de forma, que son los siguientes:

---

<sup>9</sup> <http://info4.juridicas.unam.mx/jure/fed/9/17.htm?s=> [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

- La petición o promoción de solicitud del arraigo debe ser solicitada por el Ministerio Público;
- Deberá ser hecha ante la autoridad judicial especializada en la materia
- Únicamente podrá ser solicitada cuando el caso de que se trate se encuentre en etapa de investigación;
- No podrá exceder de 40 días y por excepción de 40 días adicionales con los requisitos señalados en la ley, esto es, que subsistan las causas que le dieron origen;
- Deberá estar debidamente fundada y motivada, comprendiendo las causas, planteamientos y consideraciones en forma detallada y concatenada con algunos otros indicios que la hagan indispensable.

#### **1.4. REQUISITOS DE FONDO.**

Por otro lado, también pueden extraerse requisitos de fondo de la misma cita Constitucional, mismos que se señalan a continuación:

- Que la solicitud de arraigo sea únicamente para la investigación de delitos considerados como delincuencia organizada;
- Que sea necesaria para el éxito de la investigación, no existiendo alguna otra medida que se pueda adoptar para conseguir el resultado final de la investigación;
- Que sea indispensable para la protección de personas o bienes jurídicos;
- Que exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia en caso de no concederse;
- Que se sujete a los ordenamientos Constitucionales, Leyes Orgánicas y Leyes adjetivas en la materia como fundamentación de la solicitud.

## **2. NATURALEZA JURIDICA.**

En el derecho romano, se obligaba al deudor a garantizar, mediante fianza, a fin de asegurar al actor las resultas del juicio; posteriormente, en el derecho Justiniano, esa fianza fue sustituida por la obligación de prestar caución juratoria de que el demandado cumpliera con la sentencia condenatoria, si ese fuera el caso, esta evolucionó y llegó a España a través del cuerpo legal elaborado en Castilla en 1241, llamado Fuero Juzgo, de las Leyes de las Siete Partidas y las Leyes de Toro que fueron creadas como resultado de la actividad legislativa de los Reyes Católicos, en donde todas estas conservaron el sistema de la fianza, autorizando la pena privativa de la libertad para el deudor insolvente.

Posteriormente, el arraigo fue también una excepción que el demandado podía oponer cuando el actor era extranjero o transeúnte; consistía en obligar a este último a garantizar las resultas del juicio, ello es comprensible en virtud de que si una de las partes era extranjero o transeúnte podía sustraerse en un momento dado al cumplimiento de la sentencia en caso de que saliera en su contra, pues no olvidemos la diferencia de clases que existía en el pueblo de Roma, así como los privilegios que se tenían establecidos en las leyes para aquellos ciudadanos que eran Romanos.

El arraigo civil, por su parte, según la doctrina, está previsto 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, con el objeto de impedir que abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado legal que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte, medida que incluso puede solicitarse contra los tutores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos, esta medida se encuentra incrustada en los distintos ordenamientos legales tanto a nivel Federal como a nivel Local en nuestro País y en diversos países que lo contemplan como una garantía eficiente para obtener el acceso a la justicia en el caso de que aun no se haya

entablado la demanda, y como garantía de poder hacer válida la sentencia que en su momento resuelva el litigio planteado.

En materia penal como ya se ha descrito es una medida restrictiva de la libertad, que se aplica al probable autor o autores de un hecho delictivo, en los supuestos en que haya peligro de fuga, de sustraerse de la acción de la justicia en los delitos de delincuencia organizada, imponiéndole la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal, para lo cual en la práctica se cuenta con un Centro Nacional de Arraigo, lugar a donde son trasladadas aquellas personas que son acusadas como probables responsables del delito mencionado, todo ello, se insiste, con la autorización del Juez especializado en la materia, el cual fija las condiciones de la medida cautelar.

### **3. ANTECEDENTES HISTORICOS.**

El arraigo dentro del derecho procesal tiene sus antecedentes como institución que comprende dos clases de fianza reales: exigida una al ofendido y otra al inculpado.

En el Derecho Romano se exigía en algunos casos al demandado una garantía suficiente para el cumplimiento de la sentencia, hasta el derecho implantado en la época de Justiniano. Después el sistema varió y no exigió fianza alguna. Solo en casos excepcionales se prestaba una fianza o caución juratoria, siendo suficiente que el demandado demostrara tener bienes para que se le considere arraigado.

Así, en el Derecho romano, se conocieron dentro del procedimiento formulario algunas clases de fianzas, que el pretor obligaba a celebrar ante él y por medio de las cuales se aseguraban las partes determinados resultados en el juicio, ya sea que les fueran favorables o desfavorables.

Por otra parte, en el derecho Español antiguo no se encuentran disposiciones que impongan esta carga procesal al demandado por el hecho de ser extranjero. En España se consideró especialmente la exigencia del arraigo respecto al demandado.

En la ley de Enjuiciamiento de 1855, se estableció la norma actualmente vigente en el ordenamiento procesal español, fijando el enlace del arraigo al demandado extranjero y según el principio de reciprocidad, pues se argumentó que no era tanto por necesidad de la norma establecida, si no que, se establecía dicha condición por haberse comprobado que en las demás naciones existía una ausencia de sentimientos de protección y benevolencia, lo que conllevaba a los rasgos culturales propios de los extranjeros en virtud de que estaban acostumbrados a no presentar esos sentimientos propiamente dichos con lo que se les hacía algo natural el evadir el cumplimiento de sus obligaciones vía sentencia condenatoria.

Posteriormente, la fianza exigida al demandado desapareció del derecho Español contemporáneo.

En México, actualmente se contempla la figura de la fianza exigida para las partes, misma que se establece en el artículo 9º del Código Federal de Procedimientos Civiles, estableciéndose como el otorgamiento de una garantía con sujeción a las disposiciones de las leyes substantivas aplicables, de igual forma en diversos ordenamientos de carácter Estatal.

En el ámbito internacional se aplica como un resabio de la hostilidad de las naciones, y el temor exagerado de la justicia y de la inejecución de sus fallos.

La Convención de la Haya de 1896 y 1905 en su artículo 17 estableció la prohibición de toda caución o depósito exigible al extranjero. A su vez, el Código de Bustamante, que esta en vigor en algunos países americanos y que fue aprobado en la Conferencia de Jurisconsultos de Rio de Janeiro, de 1927, establece en sus artículos

del 382 al 387, que no hará distinción entre nacionales y extranjeros, en los Estados contratantes, en cuanto a la prestación de fianza para comparecer a juicio.

En estos antecedentes para el derecho penal no exige fianza de bienes inmuebles, porque en la forma de garantizar en el derecho Penal Federal es arraigando a la persona y garantizando una sanción pecuniaria (dinero) para que éste no trate de evadir el resultado del acto cometido y para que en este mismo tiempo sea investigado por la autoridad competente.

#### **4. EL ARRAIGO EN MEXICO.**

En el Derecho Azteca, específicamente en la época precortesiana, se recuerda la existencia del llamado "Código Penal de Netzahualcóyotl", para Texcoco, y se estima que, según el juez tenía amplia libertad para fijar las penas entre las que se contaban principalmente las de muerte y esclavitud, con la confiscación, destierro, suspensión o destitución de empleo y hasta prisión en la cárcel, o en el propio domicilio, es donde se establece por primera vez una figura con características similares al arraigo domiciliario, y aunque según los historiadores, Texcoco era un reino aparte de los aztecas, su proximidad a Tenochtitlán lo identificaba con su organización social.

Durante la época Pre-colonial las penas y medidas de seguridad impuestas, fueron bastante severas para los infractores, más sin embargo, para su época se justificaron, ya que lo mismo sucedió, no solamente en América sino en Europa, también las penas eran crueles. Así mismo, puede decirse que los Aztecas, Mayas, Purépechas, Olmecas, Tlaxcaltecas, etc., utilizaban la Cárcel como medida preventiva, es decir, los confinaban, hasta entonces estos eran ejecutados, estableciéndose así -ante la ausencia de un juicio justo- una figura similar al arraigo mas ya no tanto domiciliario sino ahora en establecimientos diseñados específicamente para ello

En el derecho contemporáneo, en materia penal, el arraigo se inició como un acuerdo del 1º de Julio de 1977 del Procurador de Justicia del Distrito Federal en donde se determinó dentro de ciertos supuestos, que en las averiguaciones previas por delitos culposos cuya pena no excediera de 5 años de prisión podía aplicarse dicha medida.

Mediante un acuerdo posterior, el 18 de Julio de 1977, revocado, dispuso que en las averiguaciones previas en que el presunto responsable se encontrara bajo arraigo en su domicilio, sujeto a custodia de otra persona, y se ejercitara acción penal en su contra, ordenaría la presentación de aquel por conducto de la Policía Judicial ante el Juez competente para que resolvería su situación jurídica.

Posteriormente, por acuerdo del Procurador de Justicia del Distrito Federal, el 14 de Febrero de 1978, en las averiguaciones previas en que proceda el arraigo domiciliario, se debía autorizar a los presuntos responsables a trasladarse a su lugar de trabajo a efecto de que pudieran cumplir con sus labores habituales, siempre y cuando fuera solicitado por el interesado ante el Ministerio Público, precisando su centro de trabajo, ubicación de éste en el Distrito Federal, función propia de su actividad laboral, horario y naturaleza de las labores que desarrollaba para que posteriormente el Ministerio Público otorgara la autorización respectiva, recabando la conformidad del custodio y en su caso la del responsable del centro de trabajo, quien asumía el compromiso de dar facilidades al arraigado para que cumpliera con sus obligaciones ante el Ministerio Público.

Este régimen de arraigo domiciliario o administrativo, fue elevado a la ley, a través de la adición al artículo 217 del Código Procesal Penal del Distrito Federal del 26 de Diciembre de 1978, con lo que se constituía una forma parcial de liberación con la garantía de que en su momento se habría de reparar el daño ocasionado

La figura del arraigo en México fue incorporada al sistema penal federal mexicano por primera vez en 1983, tras la reforma al Código Federal de Procedimientos

Penales, en donde se introdujo como una medida preventiva para garantizar la disponibilidad de los acusados durante la investigación preliminar y durante el proceso penal.

Con dicha reforma, el arraigo era aplicado bajo solicitud del Ministerio Público cuando la naturaleza del delito o la pena no requiriera de prisión preventiva y existiera una base bien fundada para suponer que el acusado podría evadir la justicia. Esta forma de detención preventiva podría aplicarse hasta por 30 días y permitía su renovación por un juez a petición del Ministerio Público. Sin embargo, el Código no especificaba el lugar en dónde debía llevarse a cabo la detención, lo que permitía que se llevara a cabo en instalaciones especiales, hoteles u hogares privados, práctica claramente inconstitucional.<sup>10</sup>

Con posterioridad, el uso del arraigo se implementó en diversas entidades federativas, estableciéndose tal disposición en los Códigos de Procedimientos Penales tanto federal como local, con la diferencia de que en lo que corresponde a la Federación, el uso de la figura del arraigo se encuentra más restringido y limitado por ciertos requisitos previos que deben cumplirse por los peticionarios.

Sin embargo, es de mencionarse que, a finales del mes de Febrero del año 2014, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al avocarse al estudio que revestía la acción de inconstitucionalidad 54/2012, promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en contra del artículo 129 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Aguascalientes, por 8 votos a favor, declaró la invalidez de dicho numeral y determinó que el arraigo sólo es aplicable en casos de delincuencia organizada y esta materia está reservada exclusivamente a la Federación; y en consecuencia todos los códigos de procedimientos penales de las Entidades Federativas que contemplen el arraigo, son inconstitucionales.

---

<sup>10</sup> <http://sintortura.mx/el-arraigo-hecho-en-mexico-violacion-a-los-derechos-humanos/> [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

En la actualidad, mediante reforma al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 18 de Junio de 2008, se le adiciona un párrafo al mencionado artículo y se establece en rango Constitucional la figura del arraigo, estableciéndose en dicha reforma los requisitos para la procedencia del mismo, entre ellos, que el delito que se encuentre en etapa de investigación sea considerado como delincuencia organizada, además de que sea solicitado por el Ministerio Público a un Juez Especializado.

Para dar cumplimiento a la reforma Constitucional supracitada, así como al Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Legalidad y la Justicia expedido el 21 de Agosto de 2008, el Consejo de la Judicatura Federal, mediante acuerdo general 75/2008 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día jueves 4 de Diciembre de 2008, determina la creación de los Juzgados especializados a que hace referencia la mencionada reforma constitucional, denominándolo para ello como Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones.<sup>11</sup>

Así, con el mencionado acuerdo General expedido, se crean a su vez seis órganos jurisdiccionales denominados "Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones" los cuales tienen como función resolver la petición que les haga el Ministerio Público de la Federación de cualquier parte de la República Mexicana respecto de los arraigos para poder conformar la investigación adecuada cuando se trate de delitos de delincuencia organizada, el cual a su vez deberá de informar al Fiscal Federal en un plazo que no exceda de 24 horas si le concede o si le niega en su caso dicha solicitud.

---

<sup>11</sup> <http://www.cisen.com.mx/pdfs/lacuerdos/General75-2008.pdf> (20/12/2015). [Consulta electrónica realizada el día 20 de diciembre de 2015].

Es de destacar también que, según se aprecia del contenido del Capítulo II, artículo 11 del pluricitado acuerdo, se imponen requisitos adicionales a los contemplados por el Texto Constitucional al Ministerio Público Federal, requisitos que consisten en:

- Que la solicitud que se haga se presente a través del sistema informático que permita hacer llegar, por medios electrónicos, todos esos pedimentos al Juzgado Federal Penal Especializado en turno.
- Que las pruebas o datos que el solicitante estime necesarias para sustentar la procedencia de la medida cautelar sean de igual manera a presentadas a través del sistema informático;
- Que si se trata de documentos digitalizados, fotografías, videos u otras análogas, puedan ser transmitidas mediante el uso de medios electrónicos, con las garantías de seguridad, certeza y confidencialidad que el sistema informático ofrece.

Con ello se evidencia que le son exigibles más requisitos al Fiscal Federal para poder entrar al estudio de la justificación de la medida de arraigo que esté solicitando, dichos requisitos son también aplicables al resto de las solicitudes como intervención de comunicaciones y cateos, pero se toman como referencia exclusivamente para el arraigo por ser esta la figura a estudio del presente trabajo de investigación.

Derivado de la creación de los mencionados Juzgados Especializados, los cuales entraron en función a las 8:00 horas del cinco de Enero de 2009, se han incrementado la solicitud de arraigos por parte de la autoridad encargada de la procuración de justicia, para ello se ha creado un establecimiento denominado Centro Nacional de Arraigo ubicado en la Ciudad de México, mismo que funciona bajo el mando de una Subprocuraduría Especializada que se formó al interior de la

Procuraduría General de la República, llamada Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada (por sus siglas SEIDO), con sede en la Ciudad de México, lugar de residencia de los Juzgados Especializados.

Es de mencionarse que el plazo por el cual se concede el arraigo se encuentra establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, misma que señala un plazo máximo de 40 días, estableciendo una excepción al permitir prorrogar dicho plazo por única vez a otros 40 días, por ello, en suma, el arraigo de alguna persona no podrá exceder de 80 días como máximo, tiempo en el cual el Ministerio Público de la Federación tiene la obligación ineludible de determinar la situación jurídica del inculpado, sea dejándolo en inmediata y absoluta libertad o consignándolo ante el Juez competente por haber encontrado elementos que hagan suponer culpabilidad del mismo en el ilícito de delincuencia organizada.

Luego entonces, es claro que la política criminal implementada por las autoridades gubernamentales apunta a la necesidad de la implementación del arraigo como una herramienta eficaz en la integración de averiguaciones previas en materia de delincuencia organizada, a pesar de que la misma transgrede diversos Instrumentos Internacionales firmados y ratificados por México como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como las diversas garantías establecidas en la misma Constitución General de la República como la de debido proceso y el principio de presunción de inocencia, el cual a todas luces choca con la medida cautelar del arraigo al no tenerse la certeza de que las personas destinadas a ser sujetas de dicha medida verdaderamente resulten responsables en la comisión del delito de delincuencia organizada.

En ese sentido, son diversas las voces que se han dejado escuchar en contra de tal medida, recientemente se publicó una recomendación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través del Subcomité para la Prevención de la Tortura de Naciones Unidas, hecha a nuestro país, México, en donde pide eliminar la figura del

arraigo -una de las herramientas mas socorridas en el combate al crimen organizado-, por considerar que representa un limbo jurídico que abre la vía a la tortura, encontrando una negativa tajante del Gobierno Mexicano respecto a eliminar dicha figura.

A contrario sensu, previa a la declaración de inconstitucionalidad del arraigo previsto en las Leyes Adjetivas Penales de los Estados, quien dio la nota fue el Estado de Chiapas al eliminar de su legislación procesal penal el arraigo y cancelar en consecuencia el Centro de Arraigo que tenía establecido en el territorio de esa Entidad Federativa, por considerarlo un instrumento peligroso en contra de la sociedad y por el uso descontrolado que hacían del mismo las autoridades de procuración de justicia.

Bajo esa perspectiva, y según se analizara en capítulos subsecuentes, es notorio que existe una seria contradicción entre lo dispuesto por el párrafo 7 del artículo 16 que contempla el arraigo y el artículo 20 que consagra por otro lado el principio de presunción de inocencia, mismo que en armonía con otros principios conforman a su vez la garantía de debido proceso, es decir, el derecho que tiene toda persona a garantías mínimas que aseguren un resultado justo y equitativo dentro de un proceso jurídico.

## CAPITULO II

### EL DEBIDO PROCESO

Conforme ha ido apareciendo este novedoso concepto en los escenarios internacionales y nacionales del derecho, se han ido forjando diversos significados del mismo, entre los cuales se encuentra el de que el debido proceso "Es un principio legal por el cual el gobierno debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. El *debido proceso* es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez. El *debido proceso* establece que el gobierno está subordinado a las leyes del país que protegen a las personas del Estado. Cuando el gobierno daña a una persona sin seguir exactamente el curso de la ley incurre en una violación del debido proceso lo que incumple el mandato de la ley.

**1. CONCEPTO.-** El debido proceso se ha interpretado frecuentemente como un límite a las leyes y los procedimientos legales por lo que los jueces, no los legisladores, deben definir y garantizar los principios fundamentales de la imparcialidad, justicia y libertad. Esta interpretación resulta controvertida, y es análoga al concepto de justicia natural y a la justicia de procedimiento usada en otras jurisdicciones. Esta interpretación del proceso debido se expresa a veces como que un mandato del gobierno no debe ser parcial con la gente y no debe abusar físicamente de ellos.

El concepto debido proceso tiene su origen en el inglés "*due process of law*". En la tradición inglesa la noción de "*due process*" se suele identificar con el artículo 39 de

la Carta Magna de 1215, en el que se contiene la siguiente disposición: "No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land".<sup>12</sup> Cuya traducción podría resumirse de la siguiente manera: "Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares o por ley del reino".

Este concepto fue incorporado a la Constitución de los Estados Unidos de América en la quinta enmienda (1791). Posteriormente, la noción fue reiterada en la décima cuarta enmienda (1868). A partir de ésta última enmienda, los asuntos relacionados con la interpretación de los alcances del concepto debido proceso se extendieron por los Estados Unidos.<sup>13</sup>

Por otro lado, una diversa acepción respecto al debido proceso penal es la siguiente: "El debido proceso penal es el conjunto de etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por los sujetos procesales cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución con el objetivo de que: los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente".<sup>14</sup> De la

---

<sup>12</sup> CABALLERO Juárez, José Antonio; *El debido proceso, una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana*; Editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación y otros, 1ª edición, México 2014, págs. 8-9.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> MACHICADO, Jorge. *El Debido Proceso penal*, 2010, <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/01/debido-proceso.html> [Consulta electrónica realizada el 23 Mayo de 2016].

cual se desprende que este principio procura tanto el bien de las personas, como de la sociedad en su conjunto.

Otra definición diferente es la que señala que, *el debido proceso penal es aquel que se inicia, se desarrolla y concluye respetando las normas constitucionales, legales e internacionales aprobadas previamente, así como los principios generales que expongan el Derecho procesal penal, con la finalidad de alcanzar, en cuanto sea posible, una justa administración de justicia, de tal manera que provoque un efecto inmediato de protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente como un derecho.*

*Todo proceso penal es el reflejo de un trozo de la realidad de un país; es un conocer de justos e infractores, es el origen, para muchos, de efectos dolorosos y traumatizantes pues es allí en donde se puede notar la fase negativa de la sociedad.<sup>15</sup>*

Conviene traer a colación la concepción que expresa el Doctor Jesús Eloy Morales Brand, en su obra denominada "*Práctica Forense Oral Penal*", quien manifiesta, que las normas deben establecer en forma previa y clara los procedimientos y mecanismos para poder intervenir o afectar los derechos de los seres humanos. Para afectar o intervenir un derecho, es necesario que se justifique la intervención, y sobre todo, que el orden jurídico Constitucional permita esa restricción. Y eso es lo que implica el principio de juicio previo: previamente deben fijarse los requisitos que deben seguirse en la investigación, imputación, acusación, preparación, juzgamiento, imposición y ejecución de sanciones por la comisión de un hecho punible.

El debido proceso engloba todos los principios y reglas que deben observarse para que sea válida la declaración o restricción de un derecho. Comienza con el acceso a

---

<sup>15</sup> <http://villaencantada.blogspot.com/2009/06/que-es-el-debido-proceso-penal.html>. [Consulta electrónica realizada el día 21 de enero de 2016].

la justicia, o la posibilidad de dirigirse a un órgano jurisdiccional solicitando su actuación, y la obligación del tribunal de recibir la petición y responderla conforme a derecho; y más aún en el procedimiento penal, donde el juez es el único facultado para restringir o autorizar la intervención de derechos fundamentales.

Estas solicitudes o peticiones, a través del ejercicio de la acción, deben sustanciarse y resolverse con normas válidas y previamente establecidas (sin olvidar la aplicación directa de derechos fundamentales en ausencia de ley o contra una norma inválida). Además, una forma de garantizar realmente el acceso a la justicia a los seres humanos, será su gratuidad, para que el trámite ante la jurisdicción no requiera pago de las personas que buscan justicia.<sup>16</sup>

## 2. DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

El derecho al debido proceso implica el derecho de toda persona involucrada en un proceso de averiguación previa, administrativo o judicial, a ser oída, con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un juez/a o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.<sup>17</sup>

En vista de que el Estado, por vía del Poder o Rama Judicial toma para sí el control y la decisión respecto a conflictos que tengan que ver con la interpretación o violación de la ley y que de dichos conflictos una persona puede resultar sancionada o lesionada en sus intereses, se hace necesario que en un Estado de derecho, toda sentencia judicial deba basarse en un proceso previo legalmente tramitado que garantice en igualdad las prerrogativas de todos los que actúen o tengan parte en el

---

<sup>16</sup> MORALES Brand, José Luis Eloy, *Práctica forense oral penal*; Editorial: Rehtikal; 1ª edición; México 2016; Pág. 121.

<sup>17</sup> <http://www.dao.gob.mx/seg-pdhof/debidoprocesoweb.pdf> [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

mismo. Quedan prohibidas, por tanto, las sentencias dictadas sin un proceso previo. Esto es especialmente importante en el área penal. La exigencia de legalidad del proceso también es una garantía de que el juez deberá ceñirse a un determinado esquema de juicio, sin poder inventar trámites a su gusto, con los cuales pudiera crear un juicio amañado que en definitiva sea una farsa judicial

No existe un catálogo estricto o limitativo de garantías que se consideren como pertenecientes al debido proceso. Sin embargo, en general, pueden considerarse las siguientes como las más importantes:

**2.1. Derecho al juez predeterminado por la ley.-** Es un derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho a plantear sus pretensiones o a ser juzgados por auténticos órganos jurisdiccionales creados mediante ley orgánica, pertenecientes al poder Judicial, respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley, y constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecida<sup>18</sup>. El contenido esencial del derecho señala la prohibición de establecer un órgano jurisdiccional *ad-hoc* para el enjuiciamiento de un determinado tema, lo que la doctrina denomina "*tribunales de excepción*". Como consecuencias adicionales se establece el requisito que todos los órganos jurisdiccionales sean creados y constituidos por ley, la que los inviste de jurisdicción y competencia. Esta constitución debe ser anterior al hecho que motiva el proceso y debe contar con los requisitos mínimos que garanticen su autonomía e independencia.

La referida garantía se recoge en nuestro Texto Constitucional, el cual precisa en el segundo párrafo de su artículo 14, lo siguiente:

---

<sup>18</sup> <http://derechogrado.blogspot.mx/2012/03/juez-legal-o-predeterminado.html> [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

*"Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".<sup>19</sup>*

De lo que se evidencia que, en cualquier situación que exista riesgo para una persona que se encuentre en territorio nacional, respecto a poder ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, deberá ineludiblemente de observarse a un juicio, y que éste juicio sea seguido ante un tribunal que esté establecido previamente, lo que cierra la posibilidad de que se cree un tribunal especial para juzgar a determinado individuo, puesto que, no será suficiente que dicho tribunal se haya establecido previamente, sino que, este cumpla las formalidades de todo procedimiento legal, las cuales deberán estar contempladas en la ley, que en ningún caso será posterior al hecho sometido a juicio.

Este derecho va de la mano con lo que es la predictibilidad que debe garantizar un sistema jurídico ya que los particulares deben estar en la concreta posibilidad de saber y conocer cuáles son las leyes que los rigen y cuáles los organismos jurisdiccionales que juzgaran los hechos y conductas sin que esa determinación quede sujeta a la arbitrariedad de algún otro órgano estatal.

**2.2. Derecho a un juez imparcial.**- La imparcialidad del juzgador se sostiene sobre la principal idea de *"encomendar a un tercero desinteresado y ajeno a la contienda la resolución de una controversia surgida entre dos intereses particulares"* y atendida esa perspectiva se le exige al juzgador a) una posición: no ser parte de la contienda, (el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte ni puede tener relaciones jurídicas o fácticas con las partes que vislumbren su voluntad por alguna de ellas) b) una actitud: dejar al margen las condiciones subjetivas en el ejercicio de la función. Condiciones que garantizan "la confianza que los tribunales deben inspirar a los

<sup>19</sup> <http://info4.juridicas.unam.mx/jure/fed/9/15.htm?s=> [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

ciudadanos en una sociedad democrática", que a su vez exige dos condiciones, una para el juez; la otra, para la ciudadanía: la apariencia de imparcialidad y la convicción del justiciable.

La apariencia de imparcialidad, tiene como finalidad asegurar la confianza social y, desde esa perspectiva, se requiere que el juez guarde las apariencias. No solo se trata de la obligación de actuar imparcialmente sino que además esa imparcialidad debe exponerse "hacia afuera", de modo tal que es también obligación del juez evitar toda conducta que ponga en riesgo el cumplimiento de su obligación. Así, en caso de que el juez no pueda asegurar dicha apariencia entonces deberá abstenerse o, en su defecto, el ciudadano puede recusarlo, siempre que las sospechas o dudas no sólo surjan de la mente del justiciable sino que es necesario asegurar objetiva y legítimamente una materialidad que justifique la petición.<sup>20</sup>

No puede haber debido proceso si el juez es tendencioso. El juez debe ser equidistante respecto de las partes, lo que se concreta en la llamada "*bilateralidad de la audiencia*". Para evitar estas situaciones hay varios mecanismos jurídicos:

- La mayor parte de las legislaciones contemplan la posibilidad de recusar al juez que no aparezca dotado de la suficiente imparcialidad, por estar relacionado de alguna manera (vínculo de parentesco, afinidad, amistad, negocios, etc.) con la parte contraria en juicio.
- Una de las garantías básicas en el estado de derecho, es que el tribunal se encuentre establecido con anterioridad a los hechos que motivan el juicio y, además, atienda genéricamente una clase particular de casos y no sea, por tanto, un tribunal ad-hoc creado especialmente para resolver una situación jurídica puntual.

---

<sup>20</sup> [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20140908\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140908_02.pdf) [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

**2.3. Legalidad de la sentencia judicial.-** Sin duda, una de los elementos estructurales más importantes que componen la garantía del debido proceso, el cual, como se ha venido mencionando en reiteradas ocasiones, debe observarse de manera obligatoria en cualquier área de la ciencia jurídica. Pues para el caso del área civil, la sentencia judicial debe ceñirse a lo pedido por las partes en el proceso, que también se conoce como principio de congruencia, y que significa que el juzgador, al momento de resolver, debe observar congruencia entre lo peticionado por las partes y lo que finalmente decida resolver. En tanto, en el área penal, por las limitantes que impone la misma legislación, la sentencia judicial solo podrá fijar las penas que estén establecidas en un ordenamiento legal, y únicamente por delitos que estén previamente tipificados en el mismo, atendiendo el principio general del derecho que señala "nullum crimen, nulla poena sine lege", esto es, que no hay crimen o delito ni pena sin ley anterior al hecho.

### **3. EL PROBLEMA DE ASEGURAR EL DEBIDO PROCESO A LAS PERSONAS.**

La institución del debido proceso fue una conquista de la Revolución francesa, en contra de los jueces venales y corruptos que aplicaban la voluntad del rey y no la justicia. En ese sentido, dentro del moderno estado de derecho, se entiende que todas las personas tienen igual derecho al acceso a la justicia.

Sin embargo, ello no siempre se observa con las condiciones del mundo actual. Es que, en algunas situaciones los jueces se ven influenciados por la promoción, publicidad y consecuencias que pudieren tener sus actos. Además, no siempre las partes están en equivalencia de condiciones, debido a que el litigante con mayores recursos tendrá la oportunidad de contratar mejores abogados, mientras que los litigantes de menores recursos dependerán muchas veces de defensores de oficio

ofrecidos por el Estado, que se encargan de una gran cantidad de casos y cuentan con reducidos recursos.

Por otra parte, el acceso del ciudadano común y corriente a la justicia se ve dificultado por el hecho de que el quehacer jurídico genera su propia jerga o argot, lleno de términos difíciles de comprender para el profano y que, por tanto, no siempre entiende con claridad qué es lo que sucede dentro del proceso.

Todas estas situaciones desvirtúan el debido proceso y son materia de debate en la actualidad. Generan, en consecuencia, una constante búsqueda de soluciones para resolver la cuestión.<sup>21</sup>

Por otro lado, aún en la actualidad, nuestros máximos Tribunales de la Federación en el País, han venido sosteniendo intensos y calurosos debates, con la única finalidad de determinar la íntima relación que pudiera tener la garantía del debido proceso, con otros derechos fundamentales legalmente reconocidos en el orden jurídico nacional, tales como, el derecho a una adecuada defensa, el derecho a la no incriminación de una persona sujeta a proceso, el derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros; todo en aras de lograr una amplia protección a los derechos fundamentales de todas las personas que gozan de tal circunstancia. Sin embargo, toda norma procesal debe tener en cuenta a la hora de regular el debido proceso una doble dimensión:

- Orgánica, vinculada a la potestad jurisdiccional.
- Procesal, ligada al desarrollo de la actividad o función jurisdiccional.

Desde el punto de vista orgánico, la principal garantía a la que se refiere es la del juez ordinario predeterminado por la ley.

---

<sup>21</sup> [http://www.academia.edu/12497076/EL\\_DEBIDO\\_PROCESO](http://www.academia.edu/12497076/EL_DEBIDO_PROCESO) [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

Desde el punto de vista procesal, la principal garantía es la del derecho a una adecuada y técnica defensa en sentido amplio, en aras de proteger a las personas y no dejarlas en situación de interdicción de la indefensión.

Es indudable que el debido proceso tuvo su magistral desarrollo y reconocimiento en el Siglo XVIII, en donde los filósofos plantearon los cimientos esenciales para su reconocimiento, especialmente Montesquieu al discurrir sobre la división de los poderes y el aporte primigenio de Jean-Jacques Rousseau sobre el contrato social.

El 26 de agosto de 1789 se promulgó en Francia la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, hace 219 años quedaron establecidas algunas garantías ciudadanas en el ámbito penal referentes al debido proceso.

El principio de legalidad como lo conocemos en la actualidad fue estructurado a través de Cesare Beccaria y de Feuerbach, quienes demandaron el imperio de la ley penal escrita previa a cualquier juzgamiento. Johann Anselm von Feuerbach, autor del Código Penal de Baviera de 1813, desarrolló el fundamento científico del principio de legalidad.

Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, acogida por la mayoría de Estados del mundo dispuso en su artículo 10°:

"Toda persona tiene derecho a condiciones de plena igualdad, a ser escuchada públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación en su contra en materia penal"

Así que la generalidad del ámbito del debido proceso quedó claramente determinada en esa proclama.<sup>22</sup>

#### **4. EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA.**

El doctrinista Nattan Nisimblat, en su obra denominada "Los moduladores del proceso de tutela" considera que, el debido proceso es un derecho, no un principio. Y es de carácter sustancial. Es, además, fundamental, de rango constitucional y por lo tanto de aplicación inmediata. Ha sido definido por afirmación o por negación: "Toda persona tiene derecho a un proceso justo" o bien "toda persona tiene derecho a no ser juzgada sino conforme a las reglas preestablecidas".

La Corte Constitucional, ha definido el debido proceso como "la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley."<sup>23</sup>

#### **5. EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA DE REFERENCIA.**

Según el mismo autor Nisimblat en su obra citada con anterioridad, considera que debe, además de considerarse un derecho el debido proceso, fungir como una garantía de referencia a las personas, pues en sus propias palabras cita: "*El conocimiento previo de las reglas preestablecidas, garantiza a las personas que la*

---

<sup>22</sup> <http://villaencantada.blogspot.com/2009/06/que-es-el-debido-proceso-penal.html> [Consulta electrónica realizada el día 21 de enero de 2016].

<sup>23</sup> NISIMBLAT Nattan, *Los moduladores del proceso de tutela*, Universidad Católica de Colombia, 1ª Edición, Bogotá D.C, 2009; Pág. 27.

*actividad judicial estará siempre sujeta a las formas propias de cada juicio, de modo que nunca sea el resultado del arbitrio del juez o de su capricho, fundamentos ambos que deslegitiman su poder jurisdiccional.*<sup>24</sup>

La idea originaria que tuvo el debido proceso fue, sin duda, la limitación al poder, pues el principio de legalidad le otorgaba un principio de supremacía a las cámaras legislativas para subordinar las acciones del gobierno y de los juicios bajo el imperio de la ley y por ende el debido proceso no podía ser otro que el construido por las leyes, especialmente en el proceso penal.

El debido proceso es entonces el derecho a la justicia mediante un procedimiento que no se agota en el cumplimiento formal de los tramites previstos en las leyes adjetivas, si no que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional.

La garantía de la defensa en juicio exige que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, un correcto análisis de las constancias de la causa que acrediten los hechos y la razonable conclusión sobre la valoración que le corresponde a la luz del derecho vigente.

Constituye un real menoscabo de la garantía constitucional de la defensa en juicio que justifica la invalidación de la sentencia, la privación de la facultad de producir prueba de hechos conducentes a una justa decisión en la forma y con las solemnidades establecidas en las leyes procesales.

El derecho de ser oído presupone entre otros aspectos: a) La publicidad del procedimiento, especialmente para el administrado afectado; b) Oportunidad para

---

<sup>24</sup> NISIMBLAT Nattan, *Op.cit*, Universidad Católica de Colombia, 1ª Edición, Bogotá D.C, 2009; Pág. 28.

éste de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo; c) Consideración expresa para la administración pública de los argumentos y cuestiones propuestas por las partes, todo lo cual tiene especial vigencia en los supuestos en que el acto administrativo producido importa una sanción para el administrado. En todo procedimiento administrativo, tratándose del ejercicio de facultades regladas, debe asignarse de alguna manera el derecho de defensa o garantía del debido proceso, lo que implica entre otros derechos del administrado afectado, el derecho de ser oído y los de ofrecer y producir prueba.

El tema es de estricta política jurídica, quien tiene derecho a ser oído ante la administración está legitimado para tener la revisión judicial y, en su caso, valerse de las acciones que protejan el derecho o el interés que demanda.<sup>25</sup>

En la actualidad, el principio de debido proceso ha sido una constante de violación en nuestro Sistema Jurídico Mexicano, llámese del ámbito federal o en el de cualquier Entidad Federativa, situación que, si pudiera servir de consuelo, no es privativa de nuestro País, pues en palabras del procesalista Héctor Granillo Fernández, en su obra el debido proceso penal, la cual desarrolla en el contexto de las condiciones que privan en Argentina, cita lo siguiente: *"Que olvidadas tenemos las garantías los abogados, los operadores del sistema en general; cuantas veces las resoluciones judiciales refieren a artículos de nuestra Constitución Nacional y de las Constituciones Locales; cuantas veces se omite y cuantas veces se olvida la vigencia de una garantía. Estamos tan acostumbrados a este tipo de omisiones que, de alguna manera las consentimos. Y en este sentido, cuando olvidamos las garantías es cuando dejamos de tener un debido proceso. Porque la garantía del debido proceso es generalmente la más omnicompreensiva y es la que refiere y necesita de todas las garantías. Cuesta entender un debido proceso sin una defensa en juicio inviolable, cuesta entender un debido proceso sin un juez imparcial y también un*

<sup>25</sup> CIANCIA, Olga Edda, *El debido proceso*, Editorial Ediar, Argentina 2006; Págs. 140-141.

*debido proceso sin la participación de otro órgano, en la acción pública del Fiscal, indudablemente titular de una acción, y que la ejerce con independencia del poder de jurisdicción.*"<sup>26</sup>

Con lo que se infiere que las violaciones al debido proceso son una constante que se acentúa en el sistema jurídico inquisitivo, por lo que, la tendencia actual de Latinoamérica –incluido México– es la transición al Sistema Penal Acusatorio, comúnmente conocido como Sistema oral, en el cual, aun a pesar de seguir existiendo violaciones, son las mínimas. Cabe citar como ejemplo claro y contundente de la violación al debido proceso en materia penal, cuando un justiciable después de haber agotado la etapa de la justicia ordinaria, misma que en sus resoluciones le ha sido adversa, decide hacer uso de un recurso extraordinario como el Juicio de Amparo, ello habiendo transcurrido varios meses o años en prisión, y al momento de resolverse sobre su petición de la protección del amparo, se determina que existieron serias violaciones al procedimiento, por lo que se ordena la reposición del mismo, sin que para ello se haga un pronunciamiento al respecto en contra de quienes violaron los principios mínimos de legalidad, de presunción de inocencia, de seguridad jurídica entre otros, que componen entre sí el debido proceso, situación que conlleva un menoscabo emocional al procesado, violando entre otras cosas, su derecho a que se le imparta justicia de manera pronta y expedita. Misma situación acontece en cualquier materia de la ciencia jurídica, siendo esto una práctica reiterada en la cuestión civil, laboral, etcétera, resaltando la materia penal por afectar primordialmente uno de los máximos valores fundamentales del ser humano, como lo es la libertad.

---

<sup>26</sup> GRANILLO Fernández, Héctor, *El debido proceso*, Editorial Etdiar, Argentina 2006; Pág. 217.

## **6. LOS ORIGENES DEL DEBIDO PROCESO.**

Según cita el autor Eduardo Oteiza en su obra el debido proceso, los orígenes del mismo se remontan al Siglo XII en Inglaterra durante el reinado del Rey Juan, citando textualmente lo siguiente: "Cansados de la tiranía del Rey Juan, los barones, los obispos y los ciudadanos se levantaron en armas y lograron que se les otorgara una Carta de Libertades, conocida como la Carta Magna del año 1215. La sección 39 de dicha carta estableció que: ningún hombre libre será aprehendido ni encarcelado ni despojado de sus bienes ni desterrado o de cualquier forma desposeído de su buen nombre, ni nosotros iremos sobre él ni mandaremos ir sobre él, si no media juicio en legal forma efectuado por sus pares o conforme a la ley del país. Su nacimiento tuvo el significado de una manifestación contra la opresión.

Con posterioridad, se incluyó también en la Constitución Británica de manera implícita bajo el surgimiento de la existencia del Estado como justificación por la protección de la vida, la libertad y la propiedad. Así mismo, la enmienda XIV a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica reafirma estas ideas al establecer que: "Ningún Estado podrá (...) privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal..."<sup>27</sup>

### **6.1. REGULACION DEL DEBIDO PROCESO EN DIFERENTES PAISES.**

Como se indica en el título, es una constante que se haya venido regulando el debido proceso en diferentes países, incluido el nuestro, así, tomaremos como referencia para comprobar lo manifestado, algunos de ellos, entre los cuales destacan los siguientes:

---

<sup>27</sup> OTEIZA, Eduardo, *El debido proceso, evolución de la garantía y autismo procesal*, Editorial: Rubinzal-Culzoni Editores; Argentina 2003; Págs. 6-7.

**A) Argentina.-** La Constitución Nacional establece en su artículo 18 los principios fundamentales del derecho al debido proceso, los cuales, por su relevancia, transcribo a continuación:

*"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".*

**B) Chile.-** Recoge la Constitución chilena, en el artículo 19 N° 3 que se garantiza a toda persona *La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*. Este numeral desarrolla luego una serie de garantías relativas a este derecho, que son:

- *Derecho a la defensa jurídica y a la intervención del juez (incisos 2° y 3°).*
- *Juez natural y anterior al hecho, y prohibición de comisiones especiales (inciso 4°)*
- *Legalidad del proceso (inciso 5°)*
- *No presunción de derecho de la responsabilidad penal (inciso 6°)*
- *En materia penal, ley previa y expresa (incisos 7° y 8°)*

El derecho está tutelado por distintas acciones constitucionales. Ante el Tribunal Constitucional se puede solicitar, por los órganos colegisladores, la anulación de proyectos de ley, tratados internacionales, decretos del Presidente y autos acordados de los tribunales superiores.

También ante el Tribunal Constitucional, las partes de un proceso pueden solicitar que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto que vulnere alguno de los aspectos del debido proceso. Además, el artículo 20 de la Constitución permite el ejercicio del recurso de protección contra actos u omisiones ilegales o arbitrarios que vulneren la garantía de *prohibición de comisiones especiales*.

**C) España.**- El derecho a un debido proceso se trata de una garantía constitucional consagrada por el art. 24.2 de la Constitución Española, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales, tanto a los ordinarios como a los militares o a los sancionadores. Los antecedentes más remotos del proceso están en la Carta Magna, otorgada por Juan Sin Tierra en 1215, en la que se establecía el derecho a un juicio legal por los pares, conforme a la ley de la tierra. Pero la formación del debido proceso se sustentó fundamentalmente en los textos ilustrados; la Declaración de Derechos de Virginia (1776), Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), etc.

En España, en la Constitución de 1812 se hizo eco de todos estos antecedentes, y a raíz de ella, todos los textos constitucionales posteriores han ido recogiendo la regulación del debido proceso. La Constitución Española de 1978 lo recoge en su art. 24.2, cuya eficacia vincula tanto a poderes públicos como a ciudadanos, y puede ser alegado directamente ante los tribunales, sin necesidad de desarrollo legislativo. Las garantías que contiene el art. 24.2 se reflejan en otros preceptos constitucionales: el art. 117, 118, etc., incluso alcanzan una dimensión supraestatal, pues este derecho ha sido reconocido en diversos tratados internacionales suscritos por España;

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), etc. Estos tratados deben entenderse como parte integrante del ordenamiento jurídico interno, a tenor de lo dispuesto por el art. 10 de la Constitución.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido muy amplia. El contenido del derecho al debido proceso ha sido relacionado con otros derechos; a la defensa, a no declarar contra sí mismo, a la tutela judicial efectiva, etc. Sin embargo, toda norma procesal debe tener en cuenta a la hora de regular el debido proceso una doble dimensión:

Orgánica, vinculada a la potestad jurisdiccional.

Procesal, ligada al desarrollo de la actividad o función jurisdiccional.

Desde el punto de vista orgánico, la principal garantía a la que se refiere es la del juez ordinario predeterminado por la ley.

Desde el punto de vista procesal, la principal garantía es la del derecho de defensa en sentido amplio que ha configurado el Tribunal Constitucional, como interdicción de la indefensión. Esta garantía procesal es el centro de todas las demás.

**D) Perú.**- El derecho al debido proceso, en el Perú, se encuentra consagrado en el artículo 139 apartado 3 de la Constitución. Sin embargo, más allá del hecho que ese artículo se encuentra referido a las garantías de la función jurisdiccional ejercida por el Poder Judicial, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dejado bien en claro que ese derecho se aplica a todos los entes, tanto privados como públicos, que llevan adelante procesos o procedimientos para ventilar la situación jurídica de los particulares. Esa misma jurisprudencia ha diferenciado este derecho en dos ámbitos, el objetivo referido a las garantías que todo proceso debe observar en su desarrollo y

el subjetivo que se basa en los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad que debe observar cada decisión emitida por cualquier órgano de poder.

Posteriormente, el derecho ha recibido consagración en varios cuerpos legislativos pero no fue sino hasta la promulgación del Código Procesal Constitucional el año 2004 que recién la legislación peruana aventuró una suerte de definición y desarrollo del mismo.<sup>28</sup>

**E) México.**- En nuestro país, el debido proceso se encuentra establecido en la interacción armónica que se da entre los Artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales precisan, en ese orden, lo siguiente:

*"Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."*<sup>29</sup>

*"Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Toda persona tiene derecho a la*

<sup>28</sup> <http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2013/05/29/debido-proceso/> [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

<sup>29</sup> <http://info4.juridicas.unam.mx/jure/fed/9/15.htm?s=> [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que lije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros. No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal. Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención. Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público

acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días. Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia. Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal. En 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 y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluiría, 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. Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán,

en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes. Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos. La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley. En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.<sup>30</sup>

"Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos. Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la

<sup>30</sup> <http://info4.judicam.unam.mx/jure/led/9/17.htm?s=> [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

*materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial. Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público. Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil.”<sup>31</sup>*

En base a lo anterior, es menester que nadie puede ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos si no es previo un juicio incoado ante tribunales y con apego a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, junto con el precepto de que los actos de autoridad deberán de ser fundados (deberán de citar el precepto legal en el cual se apoye la autoridad para su accionar) y motivados (expresar las causas o razones especiales en las cuales se encuadren en los supuestos jurídicos para su proceder), además de que en lo medular, se resguarda el orden social, al establecer que todo derecho será reclamado a través de los tribunales, los cuales deberán estar expeditos para la impartición de justicia. Sin embargo el eje fundamental del debido proceso siempre iniciara con un mandamiento debidamente fundado y motivado en derecho, además deberá siempre contar con firma autógrafa del funcionario responsable de dicha orden, siendo por consecuencia ilegal cualquier acto de autoridad que presente falta de firma o que la firma sea facsimilar o sello.

En México, las Garantías consagradas en los Artículos 14 y 16, incluida la Garantía de Audiencia que de ellos se desprenden, son las que sustentan el debido proceso.

---

<sup>31</sup> <http://info4.juridicas.unam.mx/jure/ed/9/18.htm?s=> [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

La Garantía de Audiencia (que son las formalidades esenciales del procedimiento) presupone 1) La notificación de el acto o actos que se proyectaran sobre el interesado, 2) La oportunidad de presentar alegatos en su defensa y el ofrecer pruebas, y 3) La resolución por parte de la autoridad que dirima la cuestión conforme a derecho. Cualquier acto que no sea apegado a este precepto Constitucional, será nulo y podrá ser materia de Juicio de Amparo.<sup>32</sup>

Así, de esta manera, es como ha venido evolucionando el concepto de debido proceso, incluyéndose en las distintas legislaciones internas de los Estados que en algún momento son parte de algún instrumento internacional que los obliga a acondicionar sus ordenamientos locales, y en algunos casos por iniciativa propia, puesto que es de sobra conocido que el derecho evoluciona, pues en el caso de nuestro País, el debido proceso se encuentra ya establecido en nuestra Ley Fundamental, componiéndolo diversas garantías que se encuentran expresamente señaladas en el apartado de Derechos Fundamentales y excepcionalmente en todo el Texto Constitucional y en las Leyes Secundarias.

## **7. EL DEBIDO PROCESO EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.**

Se ha establecido este principio en diversos instrumentos internacionales, de los cuales México forma parte, lo que ha obligado en consecuencia a una reforma al Orden Jurídico Nacional de nuestro País para estar en armonía con lo que se plasma en los diversos instrumentos Internacionales, entre los cuales por su importancia se destacan los siguientes:

- a) **Las Declaraciones Americana y Europea y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**- Las declaraciones de Derechos

<sup>32</sup> <http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2013/05/29/debido-proceso/> [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

Humanos nacidas como reacción ante la brutalidad de la Segunda Guerra Mundial expandieron los límites de la tutela al abarcar los conflictos en que se discutieran materias de índole no penal. Así la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, en el artículo XVIII, bajo el título Derecho a la Justicia, consagra que toda persona puede ocurrir a los Tribunales para hacer valer sus derechos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, también de 1948, en el artículo 10 reconoció que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal Independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. La Declaración Universal es más específica que la Americana en cuanto al alcance de la garantía. Destaco que ella reconoce el derecho a ser oído públicamente para la determinación de derechos. Al comparar la Declaración Americana con la Universal se advierte como en la segunda surge con mayor nitidez el concepto de igualdad de las partes en disputa y las nociones de independencia e imparcialidad. También en el marco de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976, en el artículo 14 adopta una redacción similar a la Declaración Universal en cuanto sostiene que "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...". El pacto de Derechos Civiles y Políticos supera a la declaración en cuanto exige que las personas deben ser oídas

públicamente con las debidas garantías, agregando la noción de publicidad y el resto de las garantías intraprocesales.

**b) La convención Europea y la Consagración del proceso equitativo.-**

Un caso particularmente trascendente tuvo lugar con la adopción en Europa del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 1950, que en el artículo 6º denominado derecho a un proceso equitativo, reconoce como obligación de los Estados firmantes que: *"Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente..."*<sup>33</sup>

**c) La Convención Americana y el debido proceso.-** En América la Convención sobre Derechos Humanos, reconoce que: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*<sup>34</sup>

<sup>33</sup> OTEIZA, Eduardo, Op.cit, Editorial: Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina 2003, Págs. 9-11.

<sup>34</sup> Ibidem. Págs. 14-15.

## CAPITULO III

### LA PRESUNCION DE INOCENCIA.

Sin lugar a dudas, el principio de presunción de inocencia, soporta totalmente al debido proceso, al ser ésta una parte sustancial en cuya ausencia no podríamos hablar de debido proceso.

Su aparición en la historia, se remonta a la base de nuestro sistema jurídico mexicano, el derecho romano, pues en aquel entonces, según sostenía Ulpiano, jurisconsulto romano -y a quien se le considera uno de los más grandes jurisconsultos de la historia del derecho-, que: *"nadie debe ser condenado por sospechas, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente"*<sup>35</sup>.

Posteriormente, en la edad media, este principio fue debilitándose hasta invertirse su efectividad por los procesos inquisitivos que en aquel entonces se llevaban a cabo, y sobre los cuales se partía sobre la formulación de una presunción de culpabilidad sobre el acusado. Pues en dicho proceso, al dejar subsistente un indicio, sospecha o duda de culpabilidad, equivalía a una semi-prueba que desembocaba en un juicio de semiculpabilidad y una condena leve.

El referido principio, también fue materia de consideración por los seguidores de las escuelas Clásica y Positiva, al considerar la primera, que debía existir una reacción frente a los excesos punitivos de la justicia penal, por lo que debían de imponerse límites al *ius puniendi* del Estado. Carrara, que fue el máximo representante de esta orientación en Italia, sostenía igualmente que el fundamento filosófico se encuentra en el Derecho Natural en los siguientes términos: "El derecho es congénito al

---

<sup>35</sup> CARDENAS Riaseco, Raúl F., *la presunción de inocencia*; Editorial: Porrúa; México 2003; Pág. 1.



hombre, porque fue dado por Dios a la humanidad desde el primero momento de su creación, para que aquella pudiera cumplir sus deberes en la vida terrena". En tanto que la segunda, criticó duramente a la escuela clásica, a través de sus más visibles opositores, Enrico Ferri y Raffaele Garofalo que consideraron absurda e ilógica la fórmula de la presunción de inocencia, exigiendo la prisión provisional para los delitos graves e inclinándose a una justicia sumaria más allá de las pruebas de culpabilidad.<sup>36</sup>

Por otro lado, en el antiguo derecho inglés, ya se hace presente este principio, de manera concreta a inicios del siglo XIII, al rebelarse la nobleza inglesa contra los excesos de la monarquía, y redactar en Francia, en la Abadía de Pontigny, la "Magna Carta Libertatum", en donde se precisó, en su artículo 63, que *"ningún hombre libre será detenido o encarcelado como no sea en virtud de un juicio legal de sus pares o de la ley del país"*.

Asimismo, siguiendo a sus similares, en 1755, las trece colonias inglesas que se hallaban asentadas en América del Norte, se rebelaron, e introdujeron en el artículo 8º de la Constitución de Virginia, que *"nadie sea privado de su libertad salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales"*, para después introducirlo formalmente en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, a través de la V enmienda, efectuada en el año de 1791, que estableció que *"No person shall...be deprived of life, liberty, or property without due process of law (Nadie podrá ser privado de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal)"* y, la XIV Enmienda, en el año de 1868, por la que dispuso que *"nor shall any State deprive any person of life, liberty or property without due process of law (Tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal)"*

---

<sup>36</sup> *Ibidem*; Págs. 3-4.

En tanto que, en sintonía con diversos países, Francia estableció, posterior a la Revolución que se desató en su País, La Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano", en donde recoge, en el artículo 9º, el principio jurídico de presunción de inocencia, en los términos siguientes: "*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il aité té déclaré coupable* (Todo hombre será considerado inocente hasta que haya sido declarado culpable".

**1. ANTECEDENTES MEXICANOS.-** A tono con la revolución ideológica mundial, nuestro País no fue la excepción de mantenerse al margen en un tema que reviste una importancia jurídica trascendental, por lo que, dicho principio fue aceptado por el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de Octubre de 1814, en que se establecía en el artículo 30 "*que todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado*".<sup>37</sup>

Sin embargo, el gusto duró muy poco, pues durante la vida independiente de México, nuestros Constituyentes se olvidaron del referido principio, tal como se aprecia de la lectura íntegra de la Constitución Política Mexicana de 1857 y la de 1917, en donde no se preveía de manera expresa el derecho fundamental a que cualquier ciudadano se presumiera inocente, aún cuando la interpretación bajo el principio *pro persona* pudiera referirlo de manera implícita, al establecer ambos textos constitucionales que "*Al Ministerio Público incumbe probar los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del imputado*".

Elo no fue obstáculo para que, con el transcurrir de los años, nuestro Máximo Tribunal Constitucional en el País, reconociera el 15 de Agosto del año 2002, mediante la Tesis XXXVI/2002 del Pleno, que si bien el principio de presunción de

---

<sup>37</sup> *Ibidem*; Pág. 9.

inocencia no se contenía de manera expresa en la Constitución Federal, si lo estaba de manera implícita, lo que abrió la puerta a que con posterioridad los Tribunales Mexicanos iniciaran a darle mayor importancia al principio presuntivo de inocencia.

Finalmente, en la actualidad, dicha garantía se encuentra contemplada, ahora sí de forma expresa, en el artículo 20 Apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello en virtud de la reforma Constitucional del 18 de junio del año 2008, que elevó a rango Constitucional el principio de presunción de inocencia.

**2. CONCEPTO.-** El principio de inocencia o presunción de inocencia es un principio jurídico penal que establece la inocencia de la persona como regla. Solamente a través de un proceso o juicio en el que se demuestre la culpabilidad de la persona, podrá el Estado aplicarle una pena o sanción. Es, en definitiva, la idea de que todas las personas son inocentes hasta que se demuestre lo contrario.<sup>38</sup>

La presunción de inocencia es un principio de carácter procesal que se circunscribe al derecho que tiene toda persona a ser tratada y considerada como no responsable o cómplice de uno o más hechos calificados como delitos.

De lo anterior se desprende que, para que a una persona se le atribuya la condición de delincuente, debe anteceder un procedimiento, minucioso y formal, en el que el Estado, a través de sus órganos de justicia, acredite sin lugar a duda la responsabilidad penal en la comisión de un delito por parte del sujeto, y, por ende, se

---

<sup>38</sup> [http://www.derecho.com/c/Presunci%C3%B3n\\_de\\_inocencia](http://www.derecho.com/c/Presunci%C3%B3n_de_inocencia) [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2018].

le declare mediante sentencia firme, que ha cometido una falta al ordenamiento penal vigente.<sup>39</sup>

Para José María Luzon, la presunción de inocencia "*es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental, que posee su eficacia en un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos; por otro lado, el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba*".<sup>40</sup>

En tanto que, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha retomado una actividad muy intensa en sus decisiones, respecto a lo que considera el principio de presunción de inocencia, dando las pautas a seguir para su aplicación al interpretar desde diferentes ópticas lo que llama "derecho poliédrico", entre las que sobresalen por su importancia, las siguientes:

**2.1 a) La Presunción de inocencia como estándar de prueba.**- La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de "poliédrico", en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de esas vertientes se manifiesta como "estándar de prueba" o "regla de juicio", en la medida en que este derecho establece una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculpados cuando durante el proceso no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona; mandato que es aplicable al momento de la valoración de la prueba. Dicho de forma más precisa, la presunción

---

<sup>39</sup> <https://eduardovillareal.files.wordpress.com/2010/07/5-cap-4-presuncion-de-inocencia.pdf> [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

<sup>40</sup> LUZON Cuesta, José María; *La presunción de inocencia ante la casación*; Editorial: Colex; Madrid 1991; Pág. 13.

de inocencia como estándar de prueba o regla de juicio comporta dos normas: la que establece las condiciones que tiene que satisfacer la prueba de cargo para considerar que es suficiente para condenar; y una regla de carga de la prueba, entendida como la norma que establece a cuál de las partes perjudica el hecho de que no se satisfaga el estándar de prueba, conforme a la cual se ordena absolver al imputado cuando no se satisfaga dicho estándar para condenar.<sup>41</sup>

**2.2. b) La presunción de inocencia como regla probatoria.-** La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de "poliédrico", en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de esas vertientes se manifiesta como "regla probatoria", en la medida en que este derecho establece las características que deben reunir los medios de prueba y quién debe aportarlos para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado.<sup>42</sup>

**2.3. c) La presunción de inocencia como regla de trato procesal.-** La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de "poliédrico", en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de sus vertientes se manifiesta como "regla de trato procesal" o "regla de tratamiento" del imputado, en la medida en que este derecho establece la forma en la que debe tratarse a una persona que está sometida a proceso penal. En este sentido, la presunción de inocencia comporta el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria. Dicha

---

<sup>41</sup> Tesis de Jurisprudencia: 1a./J. 26/2014 (10a.); Materia: Constitucional; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Instancia: Primera Sala; Época: Décima; Pág. 476.

<sup>42</sup> Tesis de Jurisprudencia: 1a./J. 25/2014 (10a.); Materia: Constitucional; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Instancia: Primera Sala; Época: Décima; Pág. 478.

manifestación de la presunción de inocencia ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena.<sup>43</sup>

Con ello, diseñó propiamente los lineamientos que debían observar los Tribunales Mexicanos, pues al ser Tesis Jurisprudenciales, su observancia se volvió obligatoria, por lo que, desde el momento en que entraron en vigencia dichos criterios jurisdiccionales, se ha venido perfeccionando el principio de presunción de inocencia.

### 3. NATURALEZA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Jaime Vega Torres, citado a su vez por Raúl F. Cárdenas Rioseco, señala que, *la presunción de inocencia tiene tres significados claramente diferenciados: a).- Como garantía básica del proceso penal; b).- Como regla de tratamiento del imputado durante el proceso; y, c).- Como regla relativa a la prueba.*

Por la relevancia de los argumentos que vierte el autor citado, se desglosan a continuación los significados que menciona.

**3.1. a) La presunción de inocencia, como garantía básica del proceso.-** Es un concepto fundamental, del que se deriva que los procesos deben contener todas las garantías que prevén las Constituciones Nacionales y los Tratados Internacionales suscritos por los Estados, a efecto de que pueda hablarse de un proceso justo, u para que exista un proceso justo, debe tomarse en cuenta la presunción de inocencia, que: "ha sido considerada como uno de los principios cardinales del "ius puniendi" contemporáneo en sus facetas sustantiva y formal.

<sup>43</sup> Tesis de Jurisprudencia: 1a./J. 24/2014 (10a.); Materia: Constitucional; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Instancia: Primera Sala; Época: Décima; Pág. 497.

### **3.2. b) La presunción de inocencia, como regla de tratamiento del imputado.-**

Encuentra su auge en la prisión preventiva, la que, de acuerdo con la doctrina, es una medida cautelar que tiene como fundamento asegurar el normal desarrollo del proceso y, eventualmente, al concluir éste, la aplicación de una pena privativa de libertad. Sin embargo, en la práctica se le ha dotado de connotaciones sustantivas de penalización inmediata. Este uso de la prisión por parte del Estado, es la medida más radical de su actuación, ya que después del derecho a la vida, es la libertad el derecho fundamental y presupuesto de todos los demás derechos.

En el proceso inquisitivo, la prisión provisional fue fundamental para la obtención de las pruebas, basada principalmente sobre la disponibilidad del cuerpo del acusado como medio para obtener la confesión, incluso por tortura.<sup>44</sup>

La presunción de inocencia también puede entenderse como un postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme el cual habría de partirse de la idea de que el imputado es inocente y, en consecuencia, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos del imputado durante el proceso.

### **3.3. c) La presunción de inocencia como regla relativa a la prueba.-** guarda una íntima relación el desahogo de cualquier medio probatorio, primordialmente si el mismo va encaminado a determinar que la responsabilidad del imputado se encuentra ausente en el ilícito que se le imputa, por ello, se ha determinado de manera recurrente, que es al Órgano técnico acusador, comprobar la responsabilidad del procesado, y no a éste el acreditar ante el juzgador, su inocencia en el reprochable, en virtud de que existe en su favor el principio a estudio. Sin embargo,

---

<sup>44</sup> CARDENAS Rioseco, Raúl F., Op.cit Editorial: Porrúa, México 2003; Págs. 24-26.

dicho principio viene a ser una presunción "iuris tantum", es decir, que admite prueba en contrario.

Al respecto, el autor Miguel Ángel Aguilar López, señala *"La precitada garantía (presunción de inocencia) implica para el imputado de un hecho delictivo, la prohibición de la inversión de la carga probatoria, ya que el acusador deberá demostrar y hacer cesar a través de las pruebas a dicha presunción. Esa garantía de inocencia se conecta con los principios básicos del proceso penal: de legalidad y acusatorio.*

*Bajo esta óptica, por el principio "onus probando", sobre el Estado recae la carga probatoria tendiente a demostrar la responsabilidad penal y su correspondiente reproche de culpabilidad al imputado; éste no tiene la obligación de probar su inocencia, dado que goza de una situación jurídica que no necesita ser construida, sino que debe ser destruida para que la presunción de inocencia se desvanezca".<sup>45</sup>*

A mayor abundamiento en el tema, el referido Autor Miguel Ángel Aguilar López, adiciona una postura adicional al significado de la presunción de inocencia, misma que se transcribe a continuación:

**3.4. d) La presunción de inocencia como presunción iuris tantum.-** En cuanto presunción "iuris tantum", la presunción de inocencia "determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria, al gozar, entre tanto, de una presunción "iuris Tantum" de ausencia de culpabilidad, hasta que su conducta sea reprochada por la condena penal, apoyada en la acusación pública o privada, que aportando pruebas procesales

---

<sup>45</sup> AGUILAR López, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia: principio fundamental en el sistema acusatorio*, Editorial: Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal; 2ª edición; México 2009; Págs. 175.

logre su aceptación por el Juez o Tribunal, en creación a la presencia de hechos subsumibles en el tipo delictivo, haciendo responsable al sujeto pasivo del proceso.

Tener una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario como lo establece el artículo 89 del Código Federal de Procedimientos Civiles (no tiene una consecuencia definitiva iure et de iure), sino que sólo constituye una prueba presuncional, que puede impugnarse como violación procesal a través del juicio de amparo directo que llegue a promoverse en contra del fallo definitivo, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 158 y 159, fracciones III y XI, de la Ley de Amparo".<sup>46</sup>

#### **4. LA PRESUNCION DE INOCENCIA EN EL AMBITO INTERNACIONAL.**

Las conclusiones del XII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derechos Penales (AIDP) celebrado en Hamburgo en 1979, incluyeron que la presunción de inocencia es un principio fundamental de la justicia penal integrado por un elemento distintivo, el cual consiste en que, ante la duda, la decisión definitiva debe ser la más favorable al inculgado.

De ahí que la presunción de inocencia no es una mera idea, sino un derecho consagrado en instrumentos jurídicos internacionales, que de conformidad con la dinámica actual tienen una fuerza obligatoria por encima de las leyes federales en un plano de jerarquía por debajo de la Constitución. Al respecto, sería importante que los tratados que establezcan derechos fundamentales (como la presunción de inocencia), estuvieran por encima de la Constitución.

---

<sup>46</sup> Ibidem; Págs. 175-176.

En su carácter de derecho fundamental, la presunción de inocencia es directamente aplicable, caracterizándose no solo por informar u orientar, sino, por constituir un criterio normativo directo reclamable como garantía indispensable para el buen desarrollo del proceso penal ante los propios órganos jurisdiccionales.<sup>47</sup>

En el ámbito internacional el derecho a la presunción de inocencia se encuentra reconocido en los siguientes instrumentos jurídicos:

**4.1. Declaración Universal de Derechos Humanos**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que dispone en su artículo 11.1 lo siguiente:

*"Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".*<sup>48</sup>

**4.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, que dispone en su artículo 14.2 lo siguiente:

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

**4.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos**, del 22 de noviembre de 1969, que contempló en su arábigo 8º lo siguiente:

*"Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

---

<sup>47</sup> Ibidem; Pág. 147.

<sup>48</sup> <http://www.un.org/es/documents/udhr/> [Consulta electrónica realizada el día 14 de enero de 2016].

a) *Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*

b) *Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;*

c) *Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*

d) *Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*

e) *Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*

f) *Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*

g) *Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*

h) *Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior\*.*

**4.4. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948,** que *ad literam* señala en su artículo 26.1 lo siguiente:

*\*Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.*

*Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con*

leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas".<sup>49</sup>

**4.5. Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**, del 23 de noviembre de 1950, que contempla en su numeral 6.2 precisa:

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

Como se ha determinado del estudio de este principio, es indudable que el Sistema Jurídico Mexicano ha permanecido indolente en lo que se refiere al respeto del mismo, pues baste recordar el estudio de la figura jurídica del arraigo -elevada también a rango Constitucional-, para determinar que existe una seria contradicción en nuestra Ley Fundamental, pues ambas figuras no pueden coexistir al ser contrarias por su propia naturaleza.

---

<sup>49</sup> <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> [Consulta electrónica realizada el día 14 de enero de 2016].

## CAPITULO IV

### CONFRONTACIÓN ENTRE ARRAIGO, DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Como se precisa en el título del presente capítulo, en el contenido del mismo se hará un análisis respecto a la clara confrontación que existe entre el arraigo que fue elevado a rango constitucional mediante reforma de 18 junio del año 2008 -y en consecuencia permitido su uso-, y el debido proceso en conjunto con la garantía de presunción de inocencia.

En principio, debemos precisar que, a pesar de que la reforma al artículo 16 Constitucional para darle entrada a la figura procesal del arraigo en materia penal, se llevo a cabo antes que la diversa reforma efectuada al artículo 1 Constitucional, del 10 de Junio del año 2011, tal situación acarreo rasgos evidentemente contradictorios, puesto que, por un lado se reconoce, en los párrafos primero y segundo de la Ley Fundamental del País, lo siguiente: *“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección mas amplia...”*<sup>50</sup>

<sup>50</sup> <http://info4.juridicas.unam.mx/jure/fed/9/2.htm?s=> [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

Entendiéndose como parte de dichos derechos humanos, el derecho a un debido proceso, a la presunción de inocencia, a la garantía de adecuada defensa, entre otros más, mismos que chocan con el arraigo, puesto que en ésta última figura se deja de lado la observancia de tales derechos fundamentales, inobservando que, todas las normas relativas a derechos humanos, deben interpretarse de conformidad a lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales de la materia, y que en esa interpretación deberá de ser la más amplia posible en beneficio de las personas, lo que implícitamente conlleva el principio pro persona.

Hay que señalar contundentemente que la figura jurídica de arraigo es contraria al ideal político y ético de la democracia liberal a la que aspiramos. Amenaza seriamente nuestras libertades y nuestro derecho legítimo a realizarnos en la vida lo mejor que podamos dadas nuestras propias restricciones sociales y personales. Por esa razón, la figura de arraigo debe ser erradicada permanentemente de nuestro país. Un país democrático no puede, bajo ninguna circunstancia, quitarle su libertad a sus ciudadanos sin antes haber existido un juicio de por medio que lo justifique plenamente. La figura de arraigo en México permite que una persona sea mantenida en cautiverio hasta por 80 días sin existir la obligación de presentarla frente a un juez.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU), entre muchos otros organismos internacionales, se han pronunciado enérgicamente para que dicha figura sea desaparecida de nuestro país. La ONU ha asegurado que la figura de arraigo violenta los cimientos constitucionales en materia de Derechos Humanos además de que su ejecución equivale a una desaparición forzada.

Sin duda, además de los argumentos esgrimidos por la ONU, el arraigo constituye una forma de tortura psicológica porque durante ese tiempo el arraigado y su familia se encuentran sometidos a enorme incertidumbre sobre el camino que tomarán sus

vidas en el futuro. También es una forma de terrorismo financiero porque enfrenta a las familias a enormes gastos que nunca habían previsto. Pone en estado de vulnerabilidad a los miembros de la familia para poder conservar el empleo que tienen porque la presión social es muy fuerte. Atenta gravemente contra la dignidad porque el mismo arraigado y la familia pierden todo respeto social y son señalados públicamente por estar supuestamente emparentados –aunque nunca sea probado eso– con la delincuencia.<sup>51</sup>

El impacto del arraigo en el ejercicio del derecho de presunción de inocencia es de primera magnitud, ya que aun cuando no se haya construido una causa para demostrar la culpa de una persona arraigada, se le ha impuesto de antemano una pena prejudicial. Es como si la persona, inocente o no, estuviera condenada desde el momento en que se abre un expediente de investigación penal, es decir, como si nunca hubiera sido inocente.<sup>52</sup>

## 1. ¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

En los últimos años, la doctrina del Derecho penal dirige su mirada a ciertas regulaciones del Derecho positivo que parecen diferenciarse del Derecho penal general en virtud de determinadas características peculiares, las cuales motivarían o podrían motivar su agrupamiento e individualización como un particular corpus punitivo que podría identificarse con la denominación "Derecho penal del enemigo". Desde una perspectiva general, se podría decir que este Derecho penal del enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho penal moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho penal que, en

<sup>51</sup> <https://manuelberumenresendes.wordpress.com/breviario-semanal/el-arraigo-debe-desaparecer-en-mexico/>  
[Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

<sup>52</sup> CANTÚ Martínez, Silvano et. al, La figura del arraigo penal en México, el uso del arraigo y su impacto en los derechos humanos; Editorial: CMDPDH, México 2012; pág. 23

general, da lugar, formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho. Independientemente de la cuestión de si hay base suficiente para identificar en el Derecho positivo un específico y diferenciado corpus legal punitivo contra enemigos, lo cierto es que la doctrina penal presta hoy cada vez una mayor atención a los diversos aspectos y problemas que plantearía ese "Derecho penal del enemigo" en cuanto concepto doctrinal y político-criminal que habría sido introducido con ese carácter en el discurso penal teórico actual por Jakobs ya, aunque de un modo aún muy difuso, en 1985, y el cual ha sido desarrollado y perfilado con posterioridad por él mismo y por un sector de la doctrina alemana que le sigue o que parte de presupuestos y de planteamientos próximos a los del gran penalista alemán. En la doctrina, sin embargo, este Derecho penal del enemigo ha encontrado un rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y en cuanto planteamiento político criminal. No obstante, parece reconocerse por todos la existencia real de un corpus legal de enemigos en el Derecho penal y procesal penal de la actualidad<sup>4</sup> que, obviamente, es objeto de crítica y de rechazo por la doctrina mayoritaria contraria al discurso doctrinal del Derecho penal del enemigo.<sup>53</sup>

Según JAKOBS, "el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son

---

<sup>53</sup> GRACIA Martín, Luis. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo"*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-02, págs. 02-2-02:3. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 07-02 (2005). [Consulta electrónica realizada el día 23 de mayo de 2016].

*desproporcionadamente altas; especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas*.<sup>54</sup>

Como se advierte de las lecturas citadas en páginas previas, es notorio que en México se ha adoptado como válida la doctrina que establece el derecho penal de excepción, también conocido como derecho penal del enemigo, y que no es otra cosa que a todos aquellos que el Estado Mexicano considera "sus enemigos" les aplica en consecuencia un derecho punitivo más severo que al resto de la sociedad. Tal situación deviene a ser verdaderamente lamentable, puesto que se pasan por alto disposiciones constitucionales que protegen los derechos fundamentales que se han analizado en esta obra.

---

<sup>54</sup> JAKOBS, Günther & CANCIO Melá, *Manual: Derecho penal del enemigo*; editorial Thomson civitas, 1ª edición, Madrid, España 2003; págs. 79-81.

## CONCLUSIONES

Después de estudiar de manera minuciosa todo lo que concierne a la figura del arraigo, tanto a nivel internacional, como particularmente, a nivel nacional, es indubitable que el mismo deviene a ser un instrumento represor por parte del Estado Mexicano, al usarlo bajo la perspectiva del derecho penal del enemigo, aunado a que es totalmente contrario al debido proceso que debe regir por mandato constitucional y contrario también al principio de presunción de inocencia.

No se entiende como pueden coexistir en un documento rector del Estado Mexicano, tan importante, como lo es la Constitución Federal, por un lado, el principio de presunción de inocencia y debido proceso legal, mientras que por otro, existe su contrapeso, el arraigo; aun cuando se ha venido delimitando por el Estado. Pues lo cierto es que, los criterios que se establecen para solicitar e imponer la medida de seguridad del arraigo, además de ser inconventionales por ser contrario a los instrumentos que, en materia de derechos humanos ha suscrito y ratificado México, son notoriamente endebles al quedar la calificación del mismo a la apreciación subjetiva del ente acusador, en este caso, el Ministerio Público de la Federación.

A mayor abundamiento, no existen los controles constitucionales suficientes para sancionar a quienes abusan de la figura jurídica del arraigo, pues es de sobra conocido, que se emplea con fines de revanchismo político o de amedrentamiento a diversos actores sociales que no comulguen con las políticas públicas del gobierno en turno, con lo que propician de manera descarada, la ausencia de un efectivo método científico en la investigación y persecución de los delitos.

Por otro lado, existe un alto índice de personas sometidas a arraigo, que manifiestan que, durante su estancia en el centro de internamiento al cual los trasladan, han sido sometidos a tortura psicológica, física y emocional, por parte de los agentes vigilantes, quienes en un afán de descubrir de manera rápida el esclarecimiento de

los hechos delictivos que la presión pública les exige, no tienen el menor empacho en fabricar culpables, con lo que destruyen familias enteras, minan con la economía familiar, y menoscaban de manera flagrante la presunción de inocencia.

Ante ello, es notorio que debe darse prioridad, de manera uniforme -y no solo en ciertos casos de excepción por presión internacional-, al debido proceso legal, pues al respetarse las reglas que impone dicho proceso, de manera automática, se estará observando el respeto irrestricto de la presunción de inocencia. No hacerlo así, conlleva a que el Estado Mexicano sea señalado de manera directa como un Estado-Nación que no respeta al cien por ciento, los derechos fundamentales del individuo, algo que no se puede ni se debe permitir, no en un País que se jacta de progresista en lo que a derechos humanos se refiere.

## PROPUESTA

La desaparición de cualquier ordenamiento legal mexicano, de la figura jurídica del arraigo, y el respeto irrestricto al debido proceso y a la garantía de presunción de inocencia.

Ello, basado en el estudio que se aborda en este trabajo de investigación, y en razón de que los resultados obtenidos en cuestión de sentencias condenatorias conseguidas han sido mucho menores al daño ocasionado a la sociedad, pues al realizar una confrontación entre la figura procesal del arraigo con los derechos fundamentales a un debido proceso y a la presunción de inocencia, que se encuentran al mismo rango constitucional e incluso en los Tratados Internacionales que se señalaron en el cuerpo de esta investigación, se advierte que no pueden coexistir en un mismo Estado Nación un régimen punitivo general y uno de excepción para aquellos que el Estado señale de manera específica.

## FUENTES DE CONSULTA

### INTERNACIONALES:

Instrumentos Internacionales firmados y ratificados por México.

### NACIONALES:

#### LEGISLATIVAS:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada;

Código Federal de Procedimientos Penales;

Código Penal Federal;

Códigos Penales y de Procedimientos Penales de las Entidades Federativas.

### DE INTERPRETACION:

Tesis y jurisprudencias establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

Tesis y jurisprudencias establecidas por la Corte Penal Internacional;

Tesis y jurisprudencias establecidas por la Suprema Corte de Justicia de la Unión, Tribunales Colegiados de Circuito y órganos facultados para ello.

### BIBLIOGRAFIA BÁSICA:

AGUILAR López, Miguel Ángel, **Presunción de inocencia: principio fundamental en el sistema acusatorio**; Editorial: Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal; 2ª edición; México 2009.

CABALLERO Juárez, José Antonio; **El debido proceso, una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana**; Editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación y otros, 1ª edición, México 2014.

CANTÚ Martínez, Silvano et. al, La figura del arraigo penal en México, el uso del arraigo y su impacto en los derechos humanos; Editorial: CMDPDH, México 2012.

CARDENAS Rioseco, Raúl F., **la presunción de inocencia**; Editorial: Porrúa; México 2003.

CIANCIA, Olga Edda, **El debido proceso**, Editorial Ediar, Argentina 2006.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

DIAZ de León, Marco Antonio; **El arraigo y la prohibición de abandonar una demarcación geográfica en el Código Federal de Procedimientos Penales**;

Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, 10ª Edición, 1997.

GRANILLO Fernández, Héctor, **El debido proceso**, Editorial Ediar; Argentina 2006.

HEIVAR, Pelayo; **El arraigo en México. Practica inconstitucional de las autoridades mexicanas**.

JAKOBS, Günther & CANCIO Meliá, Manuel; Derecho penal del enemigo; editorial Thomson civitas, 1ª edición, Madrid, España 2003.

LUZON Cuesta, José María; **La presunción de inocencia ante la casación**; Editorial: Colex; Madrid 1991.

MORALES Brand, José Luis Eloy, **Práctica forense oral penal**; Editorial: Rehtikal; 1ª edición; México 2016.

NISIMBLAT Nattan, **Los moduladores del proceso de tutela**, Universidad Católica de Colombia, 1ª Edición, Bogotá D.C, 2009;

OTEIZA, Eduardo, *El debido proceso, evolución de la garantía y autismo procesal*; Editorial: Rubinzal-Culzoni Editores; Argentina 2003;

#### INTERNET:

<https://manuelberumenresendes.wordpress.com/breviario-semanal/el-arraigo-debe-desaparecer-en-mexico/>

<http://cmdpdh.org/2013/03/publicacion-cmdpdh-la-figura-del-arraigo-penal-en-mexico/>

[http://www.conpapeles.com/termino-Arraigo\\_34.php](http://www.conpapeles.com/termino-Arraigo_34.php)

<http://www.oxforddictionaries.com/es/definicion/espanol/arraigo>

<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/17.htm?s=>

<http://sintortura.mx/el-arraigo-hecho-en-mexico-violacion-a-los-derechos-humanos/>

<http://www.cisen.com.mx/pdfs/acuerdos/General75-2008.pdf>

MACHICADO, Jorge, *El Debido Proceso penal*, 2010,  
<http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/01/debido-proceso.html>

<http://villaencantada.blogspot.com/2009/06/que-es-el-debido-proceso-penal.html>

<http://www.dao.gob.mx/seg-pdhdf/debidoprocesoweb.pdf>

<http://derechogrado.blogspot.mx/2012/03/juez-legal-o-predeterminado.html>

<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/15.htm?s=>

[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20140908\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140908_02.pdf)

[http://www.academia.edu/12497076/EL\\_DEBIDO\\_PROCESO](http://www.academia.edu/12497076/EL_DEBIDO_PROCESO)

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2013/05/29/debido-proceso/>

<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/18.htm?s=>

[http://www.derecho.com/c/Presunci%C3%B3n\\_de\\_inocencia](http://www.derecho.com/c/Presunci%C3%B3n_de_inocencia)

<https://eduardovillarreal.files.wordpress.com/2010/07/5-cap-4-presuncion-de-inocencia.pdf>

<http://www.un.org/es/documents/udhr/>

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/2.htm?s=>

GRACIA Martín, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-02, págs. 02:2-02:3. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>