

II. LA POLÍTICA DE SEGURIDAD PÚBLICA EN MÉXICO

1. Derecho Penal del Enemigo

Con la reforma constitucional en materia penal del 2008, concordando con el Dr. Sergio García Ramírez¹⁴, se implementó en México, dos sistemas penales divergentes, dentro de los cuales, uno pugna por la protección más favorable del individuo y por otro lado, tenemos aquél derecho punitivo que parte de las premisas del castigo, del no respeto al debido proceso, y por consiguiente, violatorio de derechos humanos, como lo son la presunción de inocencia y la libertad personal denominado Derecho Penal del Enemigo.¹⁵

El primer derecho penal de los citados, tiene su base principal en el respeto de los derechos humanos tanto de la víctima y del inculpado, así como de la sociedad.

En ese sentido, tal derecho penal, propone una política criminal que parte de tres ejes rectores: la prevención del delito, un sistema normativo y un sistema de ejecución de penas en el que se repare el daño no solo de la víctima o agraviado, sino de la sociedad en sí. Planteando así una reinserción social del individuo, donde la comunidad participa de manera proactiva y,

¹⁴ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional de 2007*, en García Ramírez, Sergio, e Islas Olga, *La reforma constitucional en materia penal, jornadas de justicia penal, Temas selectos*, México, INACIPE/IIJ/UNAM, 2009, p 188.

¹⁵Cfr. González Placencia, Luis, y Ortega Soriano, Ricardo, *La reforma constitucional en derechos humanos, una necesaria reinterpretación de la reforma penal constitucional, en clave garantista*, Revista Anual Num. 3, Cultura Constituciional- Cultura de Libertades/ SEGOG, México, p 401.

aunque es cierto, nada de eso pasa en la realidad, al menos formalmente así está establecido.¹⁶

Por su parte el *Derecho penal del Enemigo*, entendido como un sistema de normas que ve a este grupo de delincuentes de forma totalmente distinta que el derecho punitivo “para los delincuentes menores”, donde el debido proceso, la presunción de inocencia, y en sí, el respeto de los derechos humanos, son sólo una ficción jurídica contenida en la misma constitución que prevé un sistema de protección de derechos humanos modelo para el mundo, tales como el arraigo, el caso urgente, la entrega vigilada, entre otros.

Es decir, existe un derecho penal dirigido a aquellos delincuentes considerados peligrosos o que atentan contra la seguridad nacional y social, y que, por lo tanto, deben ser privados de sus derechos más elementales, pues son vistos como enemigos del pacto social.

La expresión de Derecho Penal del Enemigo, fue creada por Gunter Jacobs en 1985, para hacer mención a las normas que sancionan a un individuo por cometer conductas delictivas, en muchos de los casos no ejecutadas, sino que castigan al delincuente por el hecho de considerarlo peligroso.

Jacobs sostiene que se deben separar los ordenamientos jurídicos de los ciudadanos y de los “enemigos” (pues considera que éstos pueden romper con el sistema jurídico establecido).¹⁷

Hace una distinción entre ciudadanos y enemigos; los primeros, son considerados personas y deben ser tratados como tales pues

¹⁶ Cfr. In total, Claus Roxin, *Política Criminal y Derecho Penal*, Francisco Muñoz Conde (trad.), colección Claves del derecho penal, Vol. 2, Argentina, 2002.

¹⁷ Cfr. Gunter, Jacobs, *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson-civitas, 2006, p 47 -72.

ofrecen garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal; y a quienes no ofrecen esa seguridad, el Estado no debe tratarlos como tal, pues de esa forma se vulneraría dicha seguridad del resto de los ciudadanos, Jacobs sostiene que separarse de los enemigos significa protegerse frente a ellos.¹⁸

En ese derecho penal, dirigido a un grupo delincuencial organizado, se han creado medidas cautelares tendientes a asegurar el éxito de las investigaciones, y así, tenemos ejemplos claros como el arraigo, el caso urgente o la entrega vigilada. Sin embargo, se demostrará a lo largo del presente apartado, que tales medidas cautelares, no cumplen con los estándares de protección de derechos humanos, por no ser tales medidas proporcionales e idóneas; en las que al estar obligado el estado a proteger, promover, respetar y garantizar los derechos fundamentales de sus ciudadanos, y ante esa imposibilidad, no podría justificarse ninguna medida.

De aceptar una conclusión distinta, no sólo se atenta contra la propia Constitución, sino contra todos aquellos instrumentos de protección de derechos humanos, en los que debe hacerse hincapié, México se ha sometido *motu proprio*, de ahí que no se propone en este trabajo otra cosa, que el respeto irrestricto de las obligaciones internacionales en pro de la persona, fin último del derecho.

¹⁸ Cfr. Idem.

2. La lucha contra el narcotráfico y los daños colaterales

Durante el sexenio del presidente Felipe Calderón Hinojosa “se dieron más de 121 mil muertes violentas relacionadas con el narcotráfico, aproximadamente una cada 30 minutos¹⁹, según datos de la Procuraduría General de la República; durante este periodo, murieron aproximadamente 2887 elementos de seguridad, entre los que se encuentran soldados, marinos y policías federales, estatales y municipales.²⁰ A su vez, se estima un aproximado de 18,061 muertes civiles hasta octubre de 2012.²¹

Según las últimas cifras ofrecidas por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), desde que comenzó la guerra contra el narcotráfico, iniciada por el expresidente Felipe Calderón en 2007, hasta 2014 se contabilizaron 164.000 víctimas. Cifra que supera la suma de muertos, en ese mismo periodo, en las guerras de Afganistán e Irak, según indica el periodista Jason M. Breslow en «Frontline»²².

El discurso del “México en paz” y la ausencia de una política pública e integral de combate al narcotráfico y el crimen organizado en la administración de Enrique Peña Nieto, han redundado en un incremento de asesinatos producto de la violencia y la inseguridad en el país. Hasta alcanzar, en los primeros 32 meses del regreso del Partido Revolucionario

¹⁹ Consultado el 19 de agosto de 2016, disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/03/12/948239>

²⁰ “Suman 10mil 475 ejecuciones en esta administración: PGR”. *El Universal*. 2010. “PGR se alista para un violento 2009” Excelsior.

²¹ *Bodies of Mexican general, 2 soldiers found*. CNN News, 2009. *Mexico: killed in drug violence so far in 09'*. USA Today. 2009.” Aumenta nivel de violencia del narco” *El Universal*, 2010.

²² <http://www.pbs.org/wgbh/frontline/article/the-staggering-death-toll-of-mexicos-drug-war/>

Institucional a Los Pinos, la cifra de 57 mil 410 homicidios dolosos. Al llegar ambos mandatarios a su Tercer Informe de Gobierno, oficialmente Enrique Peña Nieto superó a Felipe Calderón con 14 mil 641 asesinatos²³.

A pesar de que diversas encuestas arrojan como resultado que la población considera a las Fuerzas Armadas una de las instituciones más confiables (muy por encima de la policía y los partidos políticos, por ejemplo), el empleo de una estrategia militarizada de lucha contra las drogas ha redundado en una constante violación de derechos humanos por parte del Ejército, y en decenas de muertes de civiles inocentes (ajenos a la comisión de delitos o a los operativos), llamados eufemísticamente “daños colaterales”.

En 2009, las fuerzas armadas, según la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se encuentran entre las tres que más violan los Derechos Humanos en México, una denuncia a la que se suman ONGs como Amnistía Internacional y Human Rights Watch. Y en 2010, la Secretaría de la Defensa Nacional fue la institución con más quejas ante dicho organismo autónomo protector de los derechos humanos, con 1415. También el Ejército fue la institución que más recomendaciones recibió en este año: 22 de las 86 dirigidas a 115 autoridades. La Secretaría de Marina recibió 6 y la Secretaría de Seguridad Pública, 8. Los principales hechos violatorios fueron trato cruel, inhumano o degradante (24), prestar indebidamente el servicio público (23), detención arbitraria (21) y faltas a la legalidad (19).

Además, se sigue dejando a los tribunales de la propia institución militar la vigilancia interna y resolución de estos casos, con las consecuencias previsibles en materia de impunidad. De acuerdo con una revisión hecha por periodistas del portal Animal Político de los datos recopilados por el Centro

²³ <http://aristeginoticias.com/3108/mexico/van-mas-de-57-mil-asesinatos-en-lo-que-va-del-sexenio-gobierno-oculta-9-mil-zeta/>

de Derechos Humanos Prodh, la información manejada por la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena) y los expedientes de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), existen alrededor de 178 miembros del Ejército indiciados y 39 procesados por los “daños colaterales”: 206 personas víctimas inocentes de acciones de seguridad pública de los tres niveles de gobierno, al terminar 2010 (111 murieron y 95 resultaron heridas). Hasta ahora, los agentes y militares, responsables de cada una de las muertes o lesiones a 18 víctimas inocentes, continúan en el anonimato y, sobre todo, aunque han sido indiciados algunos y procesados otros, ninguno ha recibido una sentencia.²⁴

3. Políticas Públicas y Derechos Humanos

Como ya se abordó, las políticas públicas, vistas como una función inherente a la actividad estatal, son pieza esencial en el correcto desarrollo de los objetivos y finalidades de su propia existencia.²⁵ El modelo pluralista-racionalista, considera las políticas públicas como una respuesta a las demandas sociales que se generan, y las organizaciones administrativas como instrumentos que reaccionan ante las demandas, a través del suministro de políticas que satisfagan dichas necesidades, las cuales la mayoría de veces se encuentran íntimamente relacionadas con los Derechos Humanos.²⁶

En sí, su objetivo principal es proceder a un mejor entendimiento del proceso de adopción de políticas

²⁴La guerra contra el narcotráfico en México. debilidad del estado, orden local y fracaso de una estrategia César Morales Oyarvide Universidad Complutense Madrid, n° 50, Julio, Agosto y Septiembre 2011, aposte revista de ciencias sociales ISSN 1696-7348.

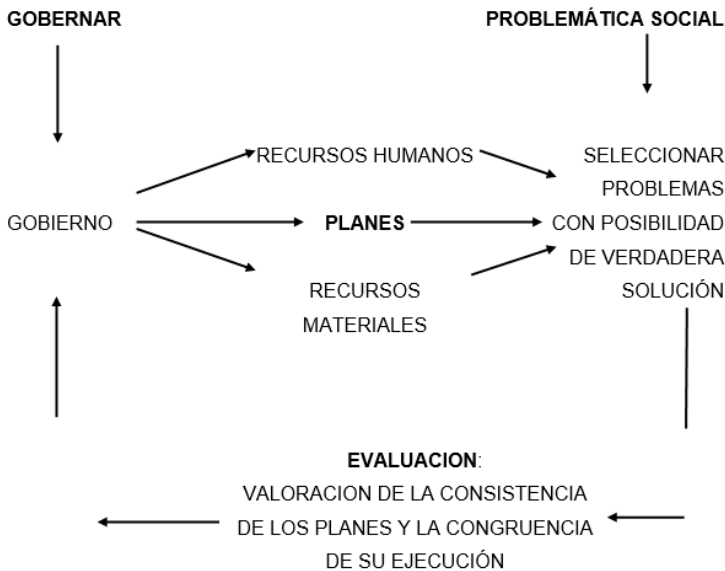
²⁵ Salazar Vargas, Carlos, *la definición de política pública*, Dossier, p. 1-10.

²⁶ Idem

públicas, de forma que permita establecer un diagnóstico más acertado de la situación, y un mejor aprovechamiento de los recursos para la consecución de los fines establecidos.²⁷

Por su parte, Brewer y de León²⁸ han considerado las políticas públicas como las decisiones más importantes de una sociedad y que constan de un proceso conformado por sistemas y niveles.

En el siguiente esquema, Mauricio Merino explica el proceso de gestión de Políticas Públicas:²⁹



²⁷ Idem

²⁸ Brewer, G. y De León, *The foundation of policy analysis*, Homewood, The Doser Press, 1983.

²⁹ Esquemas realizados por el Dr. Rodolfo Chena Rivas, tomando como base a de Merino, Mauricio (2009). *Sobre la evaluación de políticas públicas*, ASF, México.

EVALUACIÓN:

VALORACIÓN DE LA CONSISTENCIA DE LOS PLANES Y LA CONGRUENCIA DE SU EJECUCIÓN

En palabras de Luis Aguilar Villanueva, la instrumentación de las políticas públicas debe devolver al Estado a sus funciones originales de garantía, regulación y promoción de las libertades. Asimismo, expresa que debe gobernarse por medio de estas políticas, para gobernar con un sentido público.³⁰ Siendo el gobierno un agente de dirección necesario, pero insuficiente; se puede, mediante la gobernanza, generar un nuevo proceso directivo de la sociedad, valorando las capacidades sociales como condiciones necesarias para dar forma a una dirección eficaz de la sociedad.

Por gobernanza debe entenderse, al proceso mediante el cual gobierno y sociedad deciden los objetivos preferidos de la vida asociada, y las acciones y formas de organización que se consideran idóneas para realizar los objetivos requeridos, siempre apegada a un estado de Derecho.³¹

Con base en lo anterior, consideramos que la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, ha sido tomada de forma ligera y despreocupada, no se ha entendido su magnitud, trascendencia, ni la importancia que trajo consigo en el tema de promoción, respeto y garantía de los derechos humanos de los mexicanos.

³⁰Esquemas realizados por el Dr. Rodolfo Chena Rivas. Cfr. AGUILAR Villanueva, Luis F. (2007). *El Estudio de las Políticas Públicas*. Estudio introductorio y edición, Ed. Porrúa, México, pp. 5-77.

³¹Esquemas realizados por el Dr. Rodolfo Chena Rivas. Cfr. AGUILAR, Villanueva, Luis F. *La Gobernanza: un nuevo concepto y práctica de gobierno*

Se suma a lo anterior, una reforma constitucional en materia penal³² que conlleva la creación de dos sistemas, aquél que busca la máxima protección y alcance de derechos humanos y otro que se caracteriza por violentar éstos de forma por demás evidente (derecho penal del enemigo)³³, cuestión que abordaremos más adelante.

Por ello, es importante resaltar que los Derechos humanos deben ser vistos y entendidos no como resultado de un contrato social-iuspositivismo- evidentemente, ni como inherente al ser humano -iusnaturalismo-, sino como la necesidad de la convivencia.”³⁴

En ese sentido, los Derechos Humanos han vivido un desarrollo cultural, pero sobre todo, de posturas encontradas respecto de su fundamentación, y así algunos señalan que los derechos humanos son anteriores a la ley (*iusnaturalismo* o derecho natural) o que nacen después de la promulgación de ésta (*iuspositivismo* o derecho positivista).³⁵

Otros como Nowak Manfred, refieren que los derechos humanos, son los derechos más fundamentales de la persona, ya que definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente con el Estado. Delimitandolo al mismo tiempo, exigen que adopte medidas positivas que garanticen las condiciones para que todos los individuos puedan disfrutar sus derechos humanos.³⁶

³² Diario Oficial de la Federación

³³ Cfr. Gunter, Jacobs, *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson-civitas, 2006, p 47 -72.

³⁴ Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del Derecho mexicano*, Porrúa, México, 2009, p. 123.

³⁵ Chena Rivas, Rodolfo, *Derechos humanos y constitución*, Diario el Portal, Xalapa, Veracruz, mayo de 2013.

³⁶ Nowak, Manfred, *Derechos humanos, manual para parlamentarios*, Francia, Oficina del alto Comisionado de Naciones Unidas y Unión Interparlamentaria, 2005, p. 1.

Asimismo, los derechos humanos abarcan todos los aspectos de la vida. Su ejercicio permite a hombres y mujeres desarrollarse en condiciones que se encuentren permeadas por la libertad, igualdad y respeto a la dignidad humana.

En sí, esto representa una investigación dirigida a proponer un ejercicio de una política de derechos, una cultura en la que la dignidad, como base fundamental de los derechos humanos, ocupe un lugar en la agenda pública, basado en una teoría garantista que aporte un criterio de Estado de derecho que domestique la política y la sujete al límite de validez expresado por los derechos; y que tiene como criterio sustancial de justicia que no es filosófico, sino que está inserto en la naturaleza misma de las normas. ³⁷

4. El arraigo como medida cautelar

El arraigo, “es una medida cautelar de carácter instrumental temporal y personal decretada por un órgano jurisdiccional a petición de parte, que subordina a un sujeto a no abandonar un espacio geográfico específico –toda una demarcación o un domicilio– en virtud de la investigación de hechos posiblemente constitutivos de delito”.³⁸

Dicha medida cautelar se consagra en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece:

³⁷Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Investigación de violaciones a derechos humanos*, México 2008, p. 41.

³⁸Embris Vásquez, José Luis, y otros, *Arraigo y prisión preventiva, doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010, p. 11.

Artículo 16 constitucional.

*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.*

Artículo Transitorio Décimo Primero. *En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.*

De tal precepto constitucional se destacan los siguientes elementos:

- a. El arraigo constitucional es solicitado por el Ministerio Público, y decretado por el juez.
- b. El arraigo es procedente cuando se trate de:
 1. Delitos de delincuencia organizada.
 2. Delitos graves
- c. En la orden de arraigo se señalarán el lugar y el tiempo que durará la medida cautelar.
- d. La medida no podrá durar más de cuarenta días, con posibilidad de duplicarse a 80, siempre y cuando se

acrediten que las causas subsisten (por ejemplo: temor de evasión a la justicia) y,

- e. La medida deberá justificarse en que es para el éxito de la investigación.

Sin embargo, tal medida es violatoria de derechos humanos, pues es completamente contraria a lo que se establece en la propia constitución respecto del debido proceso, presunción de inocencia y recurso efectivo.

En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en voz del Relator para México, Rodrigo Escobar Gil, respecto del Centro Nacional de Investigaciones Federales, utilizado como centro de internamiento,³⁹ manifestó su preocupación por la persistencia del arraigo, así como por la opacidad y falta de acceso a instancias de observación internacional a lugares como éste.

En el mismo sentido, el Comité Contra la Tortura, organismo internacional dependiente del Organización de las Naciones Unidas, ha dicho que el arraigo: es una violación flagrante de derechos humanos” que carece de control judicial.⁴⁰

Posteriormente, el Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, tras su visita a México en 2009, encontró que el uso del arraigo dejaba a los detenidos en una situación de mayor vulnerabilidad sin un estatus jurídico definido para ejercer su derecho a la defensa. Además, señalaron que la poca vigilancia sobre la práctica del arraigo amplía las posibilidades de incidencia en casos de tortura, atestiguando que cerca del 50%

³⁹ Visita a México entre el 26 y el 30 de septiembre de 2011

⁴⁰ Comité Contra la Tortura de las Naciones Unidas con sede en Ginebra, órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención Contra la Tortura, abrió su evaluación al Estado mexicano.

de las personas que entrevistaron durante su visita al **Centro de Arraigos Federales** en la Ciudad de México, presentaban señales de tortura y malos tratos. Por tal motivo, recomendó la adopción de medidas legislativas y administrativas para prevenir casos de tortura u otros tratos degradantes bajo arraigo.

5. El caso urgente en el nuevo sistema penal acusatorio

El sistema Jurídico Mexicano contempla algunas medidas tendentes a “garantizar” la no impunidad, juzgar al culpable y reparar el daño, lo cual para un sistema de protección de derecho humanos nos parece ideal, sin embargo, existen algunas otras que nos parecen incompatibles con los derechos mínimos que deben prevalecer en una sociedad que aspira a ser democrática, pero sobre todo, que se encuentra sometida a obligaciones internacionales para garantizar, respetar y promover los derechos humanos.

Todo lo anterior cobra relevancia, no solo si tomamos en cuenta las reformas penal y de derechos humanos acaecidas en 2008 y 2011 respectivamente, las cuales nos invitan a cambiar no solo la forma en cómo concebimos la procuración e impartición de justicia, sino también a que retomemos como propio el objetivo y fin para el que fue creado el derecho, es decir, para la máxima protección de la persona humana (visión antropocéntrica) y no, para proteger un sistema de normas (visión estatocéntrica).⁴¹

El caso urgente, una de las hipótesis constitucionales (además de las de flagrancia) que permiten que una persona pueda ser detenida sin una orden escrita de autoridad competente, es

⁴¹Al respecto véase, Gómez Reyes, José Alfredo, *Derechos Humanos y control de convencionalidad para las autoridades en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana, octubre de 2014, p 134.

incompatible con el sistema internacional de los derechos humanos, pues vulnera los derechos de presunción de inocencia, el debido proceso y la adecuada defensa, mismas que se ven materializadas en la violación expresa a la libertad personal.

El caso urgente, se encuentra contemplado en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y señala:

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

(...)

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.

(...)

A nivel procesal, el **Código Nacional de Procedimientos Penales**, en su artículo 150 refiere:

Sólo en casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad y fundando y expresando los datos de prueba que motiven su proceder, ordenar la detención de una persona, siempre y cuando concurren los siguientes supuestos:

***I.** Existan datos que establezcan la existencia de un hecho señalado como delito grave y que exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión. Se*

califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión;

II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y

III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la autoridad judicial, o que de hacerlo, el imputado pueda evadirse.

Los delitos previstos en la fracción I de este artículo, se considerarán graves, aún tratándose de tentativa punible.

Los oficiales de la Policía que ejecuten una orden de detención por caso urgente, deberán hacer el registro de la detención y presentar inmediatamente al imputado ante el Ministerio Público que haya emitido dicha orden, quien procurará que el imputado sea presentado sin demora ante el Juez de control.

El Juez de control determinará la legalidad del mandato del Ministerio Público y su cumplimiento al realizar el control de la detención. La violación de esta disposición será sancionada conforme a las disposiciones aplicables y la persona detenida será puesta en inmediata libertad.

Para los efectos de este artículo, el término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena de prisión mínima y la máxima del delito consumado que se trate y dividirlo entre dos.

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la SCJN), señaló en la tesis 1ª. CCLII/2015, publicada el veintiocho de agosto de dos mil quince, al resolver el amparo directo en revisión 3506/2014, lo siguiente:

DETENCIÓN POR CASO URGENTE. REQUISITOS PARA SU VALIDEZ. El artículo 16, párrafo sexto, de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé que 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 que 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. Ahora bien, de las características ontológicas de la detención por caso urgente, destaca que: a) es una restricción al derecho a la libertad personal; b) es extraordinaria, pues deriva de condiciones no ordinarias, como el riesgo fundado de que la persona acusada de cometer un delito grave se sustraiga a la acción de la justicia y que por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial a solicitar una orden de aprehensión; y, c) es excepcional, pues se aparta de la regla general sobre el control judicial previo dentro del régimen de detenciones. En ese sentido, para que sea válida o legal la detención por caso urgente debe estar precedida de una orden del Ministerio Público, una vez que se han acreditado los tres requisitos que la autorizan: i) que se trate de un delito grave; ii) que exista riesgo fundado de que el inculpado se fugue; y, iii) que por razones extraordinarias no sea posible el control judicial previo. Así, estos requisitos constitucionales a los que está sujeta la detención por caso urgente configuran un control normativo intenso dispuesto por el legislador, que eleva el estándar justificativo para que el Ministerio Público decida ordenar la detención de una persona sin control previo por parte de un juez. Por ello, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera razonable que el Constituyente determinara que el Ministerio Público deba demostrar que los tres requisitos establecidos en el artículo 16 constitucional se actualizan concurrentemente. Además, deben existir motivos objetivos y razonables que el Ministerio Público tiene la carga de aportar para que la existencia de

dichos elementos pueda corroborarse posteriormente por un juez, cuando éste realice el control posterior de la detención, como lo dispone el artículo constitucional referido.

Como se advierte, la detención de una persona sin orden judicial y por caso urgente, solo podrá efectuarse bajo las siguientes condiciones y/o requisitos:

1. Se trate de delito grave.
2. Exista peligro de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia y
3. **Por las circunstancias no se pueda acudir ante la autoridad jurisdiccional competente.**

Tales extremos como se vio son copulativos y nos disyuntivos, es decir, se tienen que actualizar los tres extremos antes mencionados para que el órgano investigador esté en posibilidad de ordenar tal detención.

Por sus características, solo abordaremos el tercer requisito, pues los dos primeros consideraríamos hasta este momento son proporcionales, y tal análisis debe ir acompañado de una visión real de cómo funcionan las cosas en la práctica, pero sobre todo, debemos tomar en cuenta que en el momento en que nos encontramos en nuestro país, es difícil encontrar un caso que por sus circunstancias los ahora llamados Fiscales no pueda acudir ante la autoridad jurisdiccional competente, esto es, ante un juez penal a solicitar una orden de aprehensión, tal y como veremos a continuación.

A nivel local, tratándose de materia criminal los órganos jurisdiccionales se encuentran en servicio las veinticuatro horas, los trescientos sesenta y cinco días del año, para lo cual se montan guardias para los efectos de casos que por su naturaleza requieran resolverse inmediatamente y sin importar día u hora.

Por solo citar un ejemplo, el artículo 152 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Veracruz y 300 del Reglamento Interior del Consejo de la Judicatura, señalan:

Artículo 152. Fuera de la práctica de visitas o diligencias oficiales a que se refiere esta Ley, los jueces no podrán abandonar el lugar de su adscripción sin la previa autorización del Consejo de la Judicatura, el cual impondrá las correcciones disciplinarias en caso de infracción, salvo que se trate de practicar diligencias urgentes y necesarias para resolver el término a que se refiere el artículo 19 de la Constitución General de la República.

Artículo 300. Cuando se trate e (sic) diligencias urgentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos, el personal judicial, sin perjuicio de sus derechos laborales, deberá trabajar en horas y días inhábiles.

Como se advierte, dada la naturaleza de los asuntos que conocen los jueces penales, no podría utilizarse como argumento por parte del Ministerio Público para detener a una persona (caso urgente) el hecho de que por las circunstancias –modo, tiempo o lugar- no pudo acudir a un juez a solicitar una orden de aprehensión, toda vez que éstos no pueden abandonar el lugar de su adscripción a menos que el propio Consejo de la Judicatura se los permita.

Sobre todo, conocedores de la realidad y las máximas de la experiencia, es inverosímil que no exista comunicación entre estos operadores del derecho, pues ahora los medios de comunicación internet, fax, teléfono fijo, celular, radio y cualquier otro, es de fácil acceso, y tratándose de servicios públicos no podría ser utilizado como excusa, menos pretexto.

Más aún, que la propia normatividad permite que se utilice cualquier medio de comunicación para efectuar actos procesales, tal como la entrega de la orden de aprehensión por parte del Juez

al Órgano Investigador, así lo prevén los artículos 51 y 145 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que dicen:

Artículo 51. Utilización de medios electrónicos

La videoconferencia en tiempo real u otras formas de comunicación que se produzcan con nuevas tecnologías podrán ser utilizadas para la recepción y transmisión de medios de prueba y la realización de actos procesales, siempre y cuando se garantice previamente la identidad de los sujetos que intervengan en dicho acto.

Artículo 145. Ejecución y cancelación de la orden de comparecencia y aprehensión

La orden de aprehensión se entregará física o electrónicamente al Ministerio Público, quien la ejecutará por conducto de la Policía. Los agentes policiales que ejecuten una orden judicial de aprehensión pondrán al detenido inmediatamente a disposición del Juez de control que hubiere expedido la orden, en área distinta a la destinada para el cumplimiento de la prisión preventiva o de sanciones privativas de libertad, informando a éste acerca de la fecha, hora y lugar en que ésta se efectuó, debiendo a su vez, entregar al imputado una copia de la misma.

Cómo se ve, no sería adecuado pretender argumentar circunstancias que le impidan al Fiscal acudir ante la autoridad jurisdiccional competente a solicitar una orden de aprehensión en lugar de detener a una persona, pues como se ha esbozado todo órgano investigador tiene la posibilidad material y real, de que en cualquier momento puede acudir o solicitar a un Juez de Control, ello atendiendo a las facilidades de los medios de comunicación a los que hemos hecho referencia, llegando al punto de solicitarla vía telefónica y otorgándosele por los mismos medios.

Todo lo anterior cobra relevancia, porque la institución de la detención por causa urgente, viola como hemos dicho, la presunción de inocencia, el debido proceso y la adecuada defensa, que se ve materializada en la privación ilegal de la libertad de las personas, lo cual no debe ser permitido en nuestro sistema jurídico que aspira a una verdadera protección de los derechos humanos.

Respecto del derecho humano a la libertad personal, encontramos que se reconocen tanto a nivel nacional como internacional, y así tenemos:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 16 establece expresamente:

Art. 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.

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 7 prevé:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.*
- 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
- 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
- 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*

5. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*

6. *Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.*

7. *Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.*

En facultad interpretativa la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH), en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador,⁴² estableció que, en sentido amplio, la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.

La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los

⁴² Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, serie c. No. 170, parrrf. 51 y 52.

atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la CADH).

En efecto, del Preámbulo de la CADH se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.

Tratándose del indiciado, y su derecho a la libertad personal, la Corte IDH) ha establecido que respecto al artículo 7 de la Convención Americana, éste tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí, una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen:

- a. El derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o,
- b. Arbitrariamente (art. 7.3),
- c. a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4),
- d. al control judicial de la privación de la libertad (art. 7.5) y a

- e. impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6).⁴³

Cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma⁴⁴.

Asimismo, con la protección de la libertad se pueden salvaguardar tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal.⁴⁵

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la seguridad personal implica la protección respecto a la libertad física.⁴⁶

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que el derecho a la seguridad no

⁴³ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 51; *Caso Yvon Neptune vs. Haití*, párr. 89, y *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 143.

⁴⁴ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, párr. 54; *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 116, y *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, párr. 143.

⁴⁵ *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, párr. 135; *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 56, y *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 104.

⁴⁶ Cfr. *ECHR, Case of Affaire Villa v. Italy*, Judgment of 20 April 2010, App. No. 19675/06, para.41.

puede interpretarse en forma restringida, lo cual implica que no pueden ignorarse las amenazas a la seguridad de personas no detenidas o presas.⁴⁷

En la misma línea argumentativa, el citado Comité ha dicho que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 3, se refiere al derecho del individuo a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. En el Pacto, estos elementos se han abordado en cláusulas separadas. Si bien en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la única referencia al derecho a la seguridad personal se encuentra en el artículo 9, nada prueba que se quisiera restringir el concepto del derecho a la seguridad únicamente a las situaciones de privación de libertad.

Así el Comité concluye que "una interpretación del artículo 9 que permitiera a un Estado Parte ignorar una amenaza a la seguridad de personas no detenidas o presas dentro de su jurisdicción hará totalmente ineficaces las garantías del Pacto".

En la misma tesitura, se ha sostenido que la privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa.⁴⁸ Asimismo, el Estado debe asegurar que la manera y el método de ejecución de la medida no someta al detenido a angustias o dificultades que

⁴⁷ Cfr. Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Caso Delgado Páez c. Colombia, Comunicación No. 195/1985 de 12 de julio de 1990, párr. 5.5 y Caso Chongwe c. Zambia, Comunicación N° 821/1998 de 25 de octubre de 2000, párr. 5.3.

⁴⁸ Cfr. Caso López Álvarez. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 105; Caso "Instituto de Reeducación del Menor", párr. 154, y Caso "Cinco Pensionistas". Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 116

excedan el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención.

Pero allí no termina todo, la detención y consecuente violación a la libertad personal, en su mayoría -siendo una práctica reiterada- trae aparejada una confesión por parte del indiciado, y que si bien sabemos que la confesional ya no es la reina de las pruebas, si lo es la circunstancial, y que solo bastaría otros indicios para tener por probada plenamente su responsabilidad.

Ahora bien, otra de las consecuencias -respecto de la víctima- es que debido a las violaciones procesales a las que es sometido el indiciado, tal es el caso de la detención por caso urgente (por ilegal) existe una gran probabilidad de que al llegar a la justicia constitucional se le conceda la protección de la justicia federal, pues como hemos planteado líneas *supra*, en la actualidad no se cumple el tercer requisito que es -por las circunstancias de lugar, tiempo y modo- la imposibilidad del Fiscal de acudir ante la autoridad competente, lo que traería aparejado que fuera puesto en libertad, por lo tanto, al menos en esta instancia, la reparación del daño acaecida en contra de la víctima sería nula.

Solo para efectos de no dejar este cabo suelto, pues sería motivo de otro pronunciamiento; el tema de la reparación del daño de las víctimas en aquellos procesos que terminan en una sentencia absolutoria a causa de las violaciones procesales de los inculpados, algo que de entrada les parece injusto a muchos, y eso también es discutible, se solucionaría utilizando los mecanismos que el propio sistema de justicia nos proporciona, pues no debemos olvidar que las víctimas directas⁴⁹ o indirectas⁵⁰ cuentan con diversos mecanismos para buscar la

⁴⁹Quienes resientes el daño en su esfera jurídica de forma directa

⁵⁰Normalmente son los familiares de las víctimas directas.

restitutum integrum a la que tienen derecho, tal es el caso de las vías civil, administrativa y penal.⁵¹

Como se ha esbozado, las consecuencias jurídicas que trae aparejada la detención por caso urgente, que deviene en ilegal por ser material y realmente imposible que por las circunstancias no pueda solicitar la orden de aprehensión a un juez penal, cuando éstas mismas, en la actualidad, lo dotan de tantas posibilidades como las necesitara, genera violaciones graves a los derechos humanos que son de imposible reparación y que por su naturaleza procesal trasciende a la reparación del daño de la víctima, sumado a la impunidad que en su caso alimenta al sistema jurídico mexicano.

Es por ello que creemos, que tanto la reformas penal como constitucional en materia de derechos humanos, nos obligan a cambiar la forma en cómo concebimos la máxima protección de la persona humana, lo que implica dejarnos de rigorismos y formalismos excesivos en menoscabo del acceso a la justicia de los gobernados.

La visión antropocéntrica del derecho, a la que hemos hecho referencia, no son propuestas de pensadores neoconstitucionalistas, más bien es una exigencia de tener claro que el derecho es, ante todo, una de las herramientas para velar por la máxima protección del ser humano, y una norma jamás será ante puesta en afán de ser respetuosos de un sistema de normas, que como es el caso de la institución de la detención por caso urgente, es violatoria de derechos humanos.

La detención por caso urgente, es una muestra más de las mal encaminadas políticas criminales del Estado Mexicano, pues

⁵¹ Piénsese en denunciar el incumplimiento de un deber legal (por los servidores públicos que cometieron una conducta irregular) en la vía civil por daños y perjuicios y la administrativa disciplinaria por la violación a los principios que rigen el servicio público respectivo.

evidencia el atraso en el uso de las tecnologías aplicadas al derecho, pues prejuzga la imposibilidad (por las circunstancias) de acudir ante un juez penal a solicitar la orden de aprehensión y se prefiere una detención que deviene ilegal, y pasa por alto que la propia legislación prevé la posibilidad de solicitar ésta medida provisional utilizando cualquier medio de comunicación.

6. La entrega vigilada y la presunción de inocencia

El Código Nacional de Procedimientos Penales, señala que dentro de las actuaciones dentro de la investigación que no requieren autorización del juez de control está la entrega vigilada, veamos:

Artículo 251. Actuaciones en la investigación que no requieren autorización previa del Juez de control

(...)

IX. La entrega vigilada y las operaciones encubiertas, en el marco de una investigación y en los términos que establezcan los protocolos emitidos para tal efecto por el Procurador;

(...)

¿Qué es la entrega vigilada?

El Dr. Prado Saldarriaga, nos dice que tanto la entrega vigilada, el agente encubierto o la vigilancia electrónica, son procedimientos dentro de la investigación que se utilizan para prevenir, detectar y controlar las actividades ilícitas que desarrollan los grupos de la delincuencia organizada.⁵²

⁵² Prado Saldarriaga, Victor Roberto, *La entrega vigilada: orígenes y desarrollos*, Actualidad jurídica : suplemento mensual de Gaceta jurídica N° 150 (may. 2006).

El tratado de Shengen⁵³ en su artículo 73, dice:

*Artículo 73 1. De conformidad con su Constitución y su ordenamiento jurídico nacional, las Partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan **las entregas vigiladas** en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. 2. La decisión de recurrir a **entregas vigiladas** se adoptará en cada caso concreto basándose en una autorización previa de la Parte contratante de que se trate 3. Cada Parte contratante conservará la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizada a intervenir.⁵⁴*

Por su parte, la Convención de la Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, señala:

Artículo 1 DEFINICIONES

Salvo indicación expresa en contrario, o que el contexto haga necesaria otra interpretación, las siguientes definiciones se aplicarán en todo el texto de la presente Convención:

(...)

g) Por “entrega vigilada” se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o el Cuadro II anexos a la presente Convención o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la

⁵³ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Acervo de Shengen, Decisión 1999/435/Ce del Consejo, 20 de mayo de 1999.

⁵⁴ Convenio de aplicación de Shengen de 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes.

supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención;

(...)

Artículo 11 ENTREGA VIGILADA

1. Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas. 2. Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas. 3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose.

Por su parte, la Convención de Viena de 1988, en sus artículos 1 y 11, hace referencia a que dicha medida tiene como fin el descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a drogas y resalta la búsqueda de ayuda entre Estados (nivel internacional) para tales fines.

Es decir, ambos instrumentos tratan de una herramienta de cooperación interestatal que se justifica para combatir la delincuencia organizada que ha sobre pasado las fronteras y se han asentado en todo el mundo, sometiendo sus conductas

ilícitas a la justicia universal, siendo objeto de persecución más allá de las fronteras nacionales.⁵⁵

En sí, bajo aquella presunción o sospecha que, en el envío, transporte, posesión o cualquier otra forma de tráfico de sustancias prohibidas de un estado a otro, podrían los Estados proceder a acordar inmediatamente su detención, violentándose de esa manera la presunción de inocencia.

El artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece *“toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia...”*

Todo ello en términos de las obligaciones de respetar, garantizar y promover los derechos humanos de los gobernados previstos en el artículo 1 de nuestra carta magna, así como en los diversos 26 y 27 de la convención de Viena para el Derecho de los tratados y 1.1 y 2 de la citada Convención Americana de Derechos Humanos.

Así mismo, tomando en consideración los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos humanos en donde se ha juzgado al estado Mexicano, tal es el caso Fernández Ortega y otros vs México, en donde dicho tribunal internacional de derechos humanos estableció: *“el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales, que implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye y que exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba de su responsabilidad penal”*.⁵⁶

⁵⁵ Molina Pérez, Teresa, *La entrega vigilada por narcotráfico en el ordenamiento jurídico*, Real Centro Universitario, San Lorenzo del Escorial, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XL, 2007, pp 15-36.

⁵⁶Cfr. Corte IDH, Fernández Ortega y otros vs México. Sentencia de 15 de mayo de 2011, parr. 33.

Al respecto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P.XXXV/2002, página catorce, del Tomo XVI, correspondiente a agosto de dos mil dos, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, señaló:

"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

*De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, Apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que **al inculcado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios,** y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar 'los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la 'responsabilidad del acusado'; en el artículo 21, al disponer que 'la investigación y persecución de los delitos incumbe al 'Ministerio Público'; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole '**buscar y presentar las pruebas que***

***acrediten la responsabilidad de éstos’.** En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, **en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia**, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado”*

Como se ve, la entrega vigilada no solo es una nueva hipótesis no prevista en la constitución para pretender justificar la detención de una persona (sin orden de aprehensión, sin existir flagrancia o estar cometiendo falta administrativa alguna), sino también es violatoria de derechos humanos al violentar la presunción de inocencia al prejuzgar las conductas de las personas y tomar acciones sin control judicial que puede devenir en una falta grave al debido proceso. ¿Qué sería lo idóneo?, pues precisamente integrar una carpeta de investigación, recabar los medios de prueba necesarios para solicitar una orden de aprehensión o cateo correspondiente, pero como pasa con el arraigo, se detiene para investigar y ello en un Estado de Derecho, deviene en inconcebible.

7. Valoración de la prueba en el nuevo sistema penal

Con la reforma constitucional en materia Penal del pasado 2008, se implementó en México lo que se denominó Sistema Penal Acusatorio y Adversarial, dentro de los que destaca como característica principal **la oralidad** y como principios que lo rigen (contenidos en el artículo 20 de nuestra Carta Magna) el de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, siendo éste último motivo de las presentes líneas.

En ese sentido, el Código Nacional de Procedimientos Penales, establece en su artículo 9, que toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del órgano jurisdiccional (principio de inmediación), así como de las partes que deban intervenir en la misma. En ningún caso, expresa dicho numeral, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.

Por lo cual, este principio se cumple a cabalidad una vez que se dicta sentencia ya que generó lo respectivo tratándose de la admisión, desahogo y respectiva valoración de las pruebas, acción ésta última que ya no compete al órgano de alzada o constitucional realizar, ya que tal proceso fue realizado en una audiencia pública y en presencia de todas las partes en el proceso (Juez, Defensor, Fiscal, Asesor de las Víctimas, Víctima e Inculpado), limitando con ello la facultad a revalorar las pruebas a órganos posteriores, pues de lo contrario, se rompería con dicho principio, lo cual puede traer como consecuencia ineludible la nulidad de dicho proceso.

Lo anterior, es sobre la lógica de que dicho desahogo permeó otro de los principios citados como lo es el de contradicción, pues el Juez de Juicio permitió que las partes en igualdad de condiciones (igualdad de armas) debatieran o contradijeran la misma y con ello el juez natural al otorgarle el valor probatorio,

bajo su más estricto criterio, la veracidad y legitimidad de la prueba.

Sumado a lo anterior, al ser el juez de juicio el encargado de velar por el principio de continuidad y concentración, determinará la forma y el tiempo que se desahogaran las pruebas, ello bajo su determinación para ir creando convicción en su decisión, despejando así cualquier duda razonable, pero sobre todo, respetando en todo momento las garantías judiciales a las que se refiere el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos o el debido proceso contemplado en el artículo 20 de nuestra Carta Magna.

Ahora bien, el artículo 468 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala expresamente, que las resoluciones de enjuiciamiento que pueden ser **apelables** son 3: **a.** las que versen sobre el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público; **b.** las sentencias definitivas que no tengan que ver con **la valoración de la prueba** y **c.** las que no comprometan el principio de inmediación, o bien aquellos actos que impliquen violación grave del debido proceso.

Con base en lo anterior, advertimos para el caso que nos ocupa, que expresamente se impide al órgano de alzada, más aún –en su caso– a los jueces constitucionales, a valorar las pruebas que fueron desahogadas y por lo tanto analizadas en primera instancia, todo ello en estricto respeto del principio de inmediación y en efecto reflejo, como ya dijimos, del resto de principios que rigen el sistema penal acusatorio.

Cabe precisar, que lo aquí esbozado trata de la imposibilidad de que los órganos jurisdiccionales de alzada o la propia justicia constitucional pueda valorar nuevamente las pruebas dentro de la resolución o sentencia, más no sobre **la omisión de desahogo o que éste no sea conforme a las disposiciones previstas** en el propio Código Nacional, pues para ello el artículo 482 de

dicho ordenamiento, prevé que es una hipótesis de reposición del procedimiento.

Con lo anterior, se estaría en posibilidades de acatar lo establecido en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos que contemplan el debido proceso y el recurso efectivo en todos sus alcances, pues se garantizaría el derecho a un tribunal competente que respetó las formalidades del procedimiento.

En congruencia con lo anterior, ya el Poder Judicial de la Federación -en un contexto similar tratándose de órganos constitucionales- se pronunció en la Contradicción de tesis 156/2008-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el entonces Segundo Tribunal Colegiado del Tercer Circuito (actualmente Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito) de fecha 10 de junio de 2009, de rubro y texto siguiente:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. CUANDO A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO SE COMBATE LA FALTA DE DEBIDA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN EN LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS, EL ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL DEBE CIRCUNSCRIBIRSE A LA VALORACIÓN DEL JUICIO DE PRUEBA LLEVADO A CABO POR EL JUZGADOR NATURAL. El artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto vigente antes de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008) establece que el auto de formal prisión debe contener: el delito que se imputa al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. Ahora bien,

*la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la valoración de los elementos de convicción es una facultad exclusiva del juez de la causa que no pueden ejercitar los jueces de distrito, salvo que se comprueben alteraciones que afecten la actividad intelectual que aquél debe llevar a cabo para otorgar valor determinado a las pruebas; sin embargo, si bien es cierto que **el juez de distrito no puede sustituirse al juez natural en la apreciación de los elementos de convicción**, también lo es que ello no implica que no pueda revisar el juicio de valoración de la prueba desarrollado por la autoridad responsable, en tanto que el juicio de garantías se circunscribe a analizar la legalidad y consecuente constitucionalidad del acto reclamado, no del medio de prueba en sí. Por tanto, se concluye que cuando a través del juicio de amparo se combate la falta de debida fundamentación y motivación en la valoración de las pruebas relacionadas con los requisitos de fondo del auto de formal prisión -cuerpo del delito y presunta responsabilidad-, **el órgano de control constitucional debe circunscribirse a la valoración del juicio de prueba llevado a cabo por el juzgador y resolver respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicho auto**. Sin que lo anterior signifique que el tribunal constitucional sustituye al juez natural en la apreciación de los elementos de convicción, ya que, en el caso aludido, aquél únicamente analiza la legalidad de la valoración efectuada por la autoridad responsable para determinar si se ajustó o no a los principios que rigen el debido proceso legal.*

Como se advierte, si bien la jurisprudencia existente no da cuenta del impedimento de valoración de pruebas en el juicio de amparo o en el tribunal de alzada por violación expresa a algunos de los principios que rigen el sistema penal acusatorio, cierto es que precisa la naturaleza de la autoridad constitucional y su natural función, que no tiene que ver con el criterio del

valor probatorio otorgado por el juez natural, pues si bien, éstos no percibieron con sus sentidos el propio desahogo de las pruebas, de ahí que carezcan de los elementos objetivos y subjetivos que le permitan otorgarles valor en su calidad de juez constitucional, potestad otorgada al juez natural, también es cierto que el alcance y valor otorgado no se constriñe a lo que se percibió con los sentidos en ese momento, pues consideramos que una contradicción entre los dichos de los testigos, por ejemplo, siempre será eso a la lógica de la razón.

Sumado a lo anterior, debemos precisar que si bien es cierto, que las etapas del procedimiento penal, específicamente en la valoración de las pruebas, conlleva un procedimiento que es único y propio de la primera instancia que no puede verse afectado, también lo es que el proceso es un conjunto de ellos y que precisamente la naturaleza constitucional o de alzada de los jueces es revisarlo en su totalidad.

En efecto, la valoración de la prueba en sentido amplio, conlleva todo un proceso que comienza desde la investigación en la integración de la carpeta, que busca aportar cualquier de los datos de prueba previstos en los artículos 259, 260, 261, 262 del Código Nacional con la finalidad de obtener una medida cautelar que garantice provisionalmente la reparación del daño; asimismo en la audiencia de control de la detención, los mismos datos de prueba exhibidos en la carpeta de investigación siguen abiertos para poder estar en aptitud de generar lo alegatos para la imputación (en este caso para el acusado o su defensor); también en el debate de la medida cautelar y el auto a vinculación a proceso; en el cierre de la investigación complementaria donde se reapertura la investigación, donde comienza precisamente la etapa intermedia, existe otro descubrimiento probatorio por parte del fiscal; en la audiencia intermedia existe el recurso de apelación contra el desechamiento de pruebas (art. 467 fracción XI) con la que podemos pasar a la etapa de juicio; se da la apertura de alegatos y luego se desahogan las pruebas y en el contra interrogatorio

(art. 371-376) se determinaran más pruebas que den legalidad, en fin, bajo el principio de contradicción, las partes están en todo momento en posibilidad de inconformarse por la recepción y desahogo de las pruebas, más no sobre la valoración, de ahí que desde nuestra perspectiva, tal limitación a los jueces en segunda instancia y constitucionales sea inadecuada.

Por lo que, frente al posible cuestionamiento de si existe violación a derecho humano alguno, el hecho de que los órganos jurisdiccionales de alzada o constitucional estén imposibilitados a valorar las pruebas desahogadas por el juez natural, la respuesta propuesta sería que sí, pues de lo contrario se estaría causando una violación mayor como lo es esencialmente, al derecho de defensa, pues de ser el caso, una incorrecta valoración podría traer como consecuencia una condena injusta, violentando además el derecho humano al recurso efectivo en términos del artículo 25 de la CADH, al ser la apelación o el amparo directo un tanto ilusorio al no permitírseles analizar si el juez natural dio o no una correcta valoración al material probatorio.

Sabemos de antemano que lo que se protege es el principio de inmediación que rige la presencia del juez de primer grado en el desahogo de las pruebas para ir creando convicción, lo cierto es que los órganos de alzada o constitucionales su naturaleza no es revisar solamente formas o procesos, sino el fallo en su totalidad, de ahí que la oralidad y la inmediación no sea exclusivo del juez natural, sino de todo el sistema en sí, incluyendo así la revisión por el jerárquico o el que vela por el respeto irrestricto de la constitucionalidad o convencionalidad de los actos.

8. Obligaciones del Estado respecto de los Derechos Humanos

El Estado al ratificar un tratado, está obligado a ajustar todo su ordenamiento interno para hacerlo congruente y armonizarlo con el sistema al que se ha adherido, llegando incluso a efectuar

modificaciones en sus leyes en aras de preservar esa armonía o *unidad de los ordenamientos jurídicos*, so pena de incurrir en Responsabilidad Internacional.

En ese sentido la Corte IDH ha establecido:

Que en todo momento se debe tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos y los efectos que ello tiene sobre su interpretación y aplicación, pues por una parte, el objeto y fin es la protección de los derechos humanos de los individuos; por la otra, significa la creación de un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁵⁷

Al respecto, puede observarse cómo debido a la influencia del Derecho Internacional y más aún en el campo de los Derechos Humanos, se han ido modificando diversas instituciones locales –de forma y de fondo– para adaptarlas a este nuevo esquema de protección de la persona.

Esto es así, porque es el Derecho –en el ámbito internacional– el que prevalece en caso de conflicto con el Derecho Interno. A este respecto podemos referirnos al art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que dice: *un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno, como justificación del incumplimiento de los tratados*.

En esa tesitura, el deber de garantizar implica:

⁵⁷ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

El deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violencia de los derechos humanos reconocidos por la convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.⁵⁸

Asimismo, la Corte IDH afirma, que “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁵⁹

En relación con el Artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte IDH, ha establecido que: “contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisar, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce”.⁶⁰

⁵⁸ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 111 y 113.

⁵⁹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1998, párr. 166.

⁶⁰ Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos*, Opinión Consultiva OC 11/90 del 10 de agosto de 1990, párr. 34.

En el mismo sentido, la Corte IDH, nos dice que la obligación de garantía conlleva cuatro obligaciones, a saber: prevención, investigación, sanción y reparación.

El deber de **prevención** abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales; es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.⁶¹

Por cuanto hace a la obligación de **investigación**, la Corte IDH, ha sostenido que el Estado está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.⁶²

Por su parte, el deber de **sanción** implica, que el Estado tiene la obligación de castigar a los responsables de violaciones a los derechos humanos.⁶³

Finalmente, respecto de la **reparación**, encontramos que el artículo 63.1 de la Convención Americana establece que:

⁶¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Corte IDH, Serie C, No. 4

⁶² Ídem.

⁶³ Corte IDH, *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte Interamericana dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

A todos los daños y perjuicios que sufra una persona en menoscabo de sus derechos humanos, le corresponde una indemnización justa e integral. El derecho fundamental de las víctimas a ser resarcidas de manera *justa*, debe interpretarse como proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, atendiendo siempre los principios establecidos por los órganos internacionales en la materia.⁶⁴

Así pues, cuando existe una violación a Derechos Humanos, el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades, e incluso -dependiendo del tipo de violación- de impulsar un cambio cultural. La reparación ideal luego de una violación a derechos humanos es la entera restitución de la víctima -*restitutio in integrum*-, la cual, consiste en restablecer la situación antes de la violación. Esta debe abarcar medidas pecuniarias como indemnizaciones, estas últimas, conocidas como reparaciones morales, como lo son la restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición; en la generalidad de los casos, incluirá lo relativo al daño moral, así como también al daño emergente y el lucro cesante. No olvidando hacer mención al daño en el proyecto de vida de la víctima.

⁶⁴ Tesis: 1a. CXX/2016 (10a.) REPARACIÓN DEL DAÑO DERIVADA DEL DELITO. SE RIGE POR LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE INDEMNIZACIÓN JUSTA E INTEGRAL. 22 de abril de 2016 TESIS AISLADAS (Tesis Aislada (Constitucional))