

CONSTITUCIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA

Miguel Ángel SOTO LAMADRID*

Bajo el rubro de la soberanía nacional y de la forma de gobierno, nuestra carta magna señala en su artículo 40 que “es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental”.

Independientemente del proceso de imitación que hizo de nuestro país una República, a la manera de los Estados Unidos de América, el hecho indiscutible es que a casi doscientos años de la independencia de México, lo que verdaderamente importa es que la estructura y el sistema político funcionen, porque la forma de gobierno puede variar sin afectar a sus destinatarios, como ocurre, por ejemplo, en las monarquías europeas y en los países con sistema centralizado.

En el caso, sin embargo, de que el régimen federal en un país en el que, supuestamente, los Estados son los creadores de la Federación, se presta a confusiones y enfrentamientos, ya que “las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”,¹ y, sobre todo, porque esa autonomía original permite a las entidades federativas tener su propia Constitución, así como códigos autónomos en materia penal y civil, incluyendo las normas procedimentales que se aplican en cada uno de estos derechos sectoriales.

* Profesor de tiempo completo en el Departamento y el Posgrado en Derecho de la Universidad de Sonora.

¹ Artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La existencia en México de un Código Penal Federal que se aplica al mismo tiempo que el Código de Justicia Militar, el Código Penal para el Distrito Federal y los treinta y un códigos penales de los estados, ha creado un mosaico legislativo que afecta, por su disparidad, al principio de seguridad jurídica de los mexicanos, además de contradecir la afirmación política de que somos una nación, es decir, un pueblo que se identifica por su idioma, religión, historia, raza y costumbres, entre otros parámetros de cohesión social.

En aras de la autonomía legislativa en materia penal, trece códigos de la materia consideran que dieciséis años es la edad en que un individuo adquiere la capacidad de entender y de querer las conductas delictivas que pudiera realizar; un solo código fija la edad de diecisiete años para este efecto, mientras que el resto de los ordenamientos estatales sostiene que la edad penal inicia a los dieciocho años.²

La disparidad de criterios no es una anécdota folklórica del sistema federal, sino una grave irregularidad legislativa que produce consecuencias dramáticas que no se justifican entre individuos de una misma nación. Si un joven de diecisiete años comete homicidio en el estado de Querétaro, será juzgado por el Consejo Tutelar para Menores y, posiblemente, en el término de dos o tres años de reclusión sea liberado, mientras que si esta misma persona comete idéntico delito en Guanajuato, estado limítrofe, por ejemplo, como ya ha cumplido los dieciséis años será juzgado como inimputable por un juez penal y castigado con pena de diez a veinticinco años de prisión.³

² Las dieciocho entidades de la República mexicana que fijan la edad penal en 18 años son: Baja California, Baja California Sur, Campeche, Colima, Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Sonora, Querétaro, Sinaloa, Jalisco, Quinta Roo, Zacatecas y Nuevo León. Los trece códigos locales que mantienen la edad penal en 16 años son: San Luis Potosí; Veracruz; Guanajuato; Yucatán; Oaxaca, Coahuila; Aguascalientes; Puebla; Tamaulipas; Michoacán; Durango; Tlaxcala y Nayarit. Es digno de comento que sólo el Código Penal de Tabasco dispone en su artículo 5o. que “este código se aplicará a todas las personas a partir de los 17 años de edad”, y que, hasta fechas recientes, el artículo 16, fracción II del Código Penal de Michoacán señalaba como causa de inimputabilidad la condición de persona menor de 16 años, agregando que “cuando se trate de persona entre de 16 y 18 años, su calidad de inimputable dependerá del estudio científico de su personalidad”. Hoy dicho Código señala, lisa y llanamente, que son inimputables los menores de 16 años, seguramente porque es difícil y costoso hacer examen pericial a todos los jóvenes entre 16 y 18 años que cometan delitos.

³ Artículo 139 del Código Penal para Guanajuato.

Los diversos enfoques legislativos que permite el sistema federal afectan la reincidencia que en algunos códigos se castiga como agravante y en otros no; el máximo de la pena de prisión que va de treinta años hasta setenta años en algunos códigos de la República; el castigo de la violación y el secuestro que no responde a los mismos parámetros, las figuras calificadas de robo y otros delitos patrimoniales, haciendo que desaparezcan figuras como el infanticidio y el adulterio en algunas legislaciones locales, mientras que en otras subsisten como delitos.

Por otra parte, hay quienes afirman que sólo el derecho penal que contiene normas de carácter punitivo, puede afectar el patrimonio jurídico de las personas que incurran en hechos delictivos, mientras que las normas del derecho procesal penal, por ser de carácter meramente instrumental no pueden, por lo tanto, afectar al inculcado más allá de las molestias naturales del procedimiento.

La realidad ha demostrado que las normas procedimentales pueden afectar al inculcado en sus más preciados derechos contrariando, no pocas veces, la presunción de inocencia que los códigos de México le reconocen.

Es así como la detención por flagrancia o urgencia administrativa, el arraigo y la ejecución de una orden judicial de aprehensión pueden marcar para siempre en su autoestima y respetabilidad social a un individuo que posiblemente resulte absuelto en su momento. La prisión preventiva se convierte en una verdadera pena de prisión que no sólo afecta al inculcado, sino a su familia, tanto en lo económico como en el plano de las relaciones afectivas, mientras que el arraigo adquiere el carácter de una medida privativa de libertad de larga duración.

El embargo precautorio de bienes, la restitución de derechos, las condiciones para obtener la libertad caucional, el aseguramiento de bienes para fines probatorios o de posible decomiso tienen efectos perjudiciales por sí mismos, a pesar de su carácter provisional.

El concepto de cuerpo del delito, por su parte, indispensable para el libramiento de la orden de aprehensión y el dictado del auto de formal prisión, entre otras instituciones de carácter procesal, responde a diversas posiciones legislativas en México y los delitos graves, que impiden la libertad caucional, permiten la detención por urgencia administrativa y otros efectos perniciosos, no tienen homogeneidad en los códigos de procedimientos penales de nuestro país.

Por eso, la columna vertebral del procedimiento penal lo constituye la Constitución general de la República, por la íntima vinculación de las normas procesales con los derechos fundamentales en materia penal y porque, según ésta misma señala, en su primera disposición: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuos gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

De ahí se concluye que muchas de las reformas constitucionales de los últimos años han cambiado conceptualmente el derecho instrumental, no sólo para el inculpado, sino, también, del ofendido, aunque no todas estas modificaciones hayan sido receptadas en los códigos procesales y sí, en cambio, continuamente violadas, no sólo por los poderes Ejecutivo y Judicial, como ha ocurrido tradicionalmente en México, sino, paradójicamente, por los mismos legisladores federales y locales que participaron en su estudio y aprobación.

Es, por lo tanto, indispensable restituir al límite justo las garantías procesales violadas por las leyes secundarias y por las prácticas erróneas de ministerios públicos y jueces, en temas relacionados con la detención por urgencia y la cuasiflagrancia de la prueba; el arraigo y la negativa a otorgar la libertad caucional en delitos no graves, entre otros, ya que no podemos permitir que razones pragmáticas de seguridad pública afecten los derechos fundamentales del ser humano.

Para fortalecer la procuración de justicia en México se debe crecer en técnica jurídica para investigar el delito y descubrir al delincuente, pero no violar los derechos de este último, a pesar del crimen cometido, porque una política de seguridad pública que recurre a la violación de garantías individuales para aumentar su eficiencia, sólo demuestra su impotencia y su falta de respeto por el principio de legalidad constitucional.

En estos temas muchas pueden ser las propuestas para restituir el derecho penal y procesal al cauce de las normas constitucionales, pero quizá un buen consejo sería el de revisar precisamente nuestra carta magna, para hacer de ella, no sólo la ley suprema de la unión, sino, además, la fuente unificadora de criterios en aquellas instituciones penales confusas, abiertas o claramente contradictorias que afectan los valores más importantes del ser humano.

A manera de ejemplos, solicitaríamos la intervención del Congreso de la Unión para revisar las normas constitucionales, a fin de fijar con claridad conceptos, límites y prohibiciones en las cuestiones que a con-

tinuación señalaremos, para que la diversidad legislativa que produce el régimen federal no afecte el principio de seguridad jurídica de los mexicanos:

a) *Determinación de la edad penal*. Independientemente de los criterios que se adopten en este tema, basados en cuestiones psicológicas sobre la evolución de la inteligencia y la voluntad en nuestra sociedad, o en razones de política criminal, el hecho indiscutible es que se requiere una norma constitucional que especifique en forma imperativa la edad en que un mexicano puede ser juzgado por los tribunales penales.

Algunos juristas propondrán que se consideren como inimputables los menores de 16 años, cualquiera que sea el delito cometido, como ocurre en trece códigos en México, ya que seguir sosteniendo que la edad penal de 18 años es la necesaria para que nuestros jóvenes respondan ante el derecho penal con la madurez suficiente, no deja de ser una presunción legislativa que, de ninguna manera, concuerda con la evolución intelectual de las nuevas generaciones y con las exigencias de la defensa social, señalando con erudición que en Europa la edad promedio en materia penal va entre los 14 y los 16 años y que, en los Estados Unidos de América, todavía se discute si debiera aplicarse la pena de muerte a los menores de 14 años.

Otros, en cambio, sostendrán que los menores de 18 años, aunque mayores de 16, no deberían ingresar al sistema penitenciario para adultos, porque serían objeto de abusos y de adoctrinamiento criminal, aunque fuesen psicológicamente capaces de entender y querer, además de que no todos los delitos pueden ser comprendidos por estos jóvenes, en virtud de la complejidad de los elementos del tipo, debiendo mantenerse la edad penal de los 18 años y la intervención del Consejo Tutelar para Menores, ya que produce un etiquetamiento de menor intensidad y cuenta con medidas de seguridad más compatibles con el desarrollo de estos infractores.

En realidad, la discusión sobre la edad penal es una cuestión interesante, pero de menor intensidad cuando se trata de garantizar la seguridad jurídica de la población. Cualquier criterio es válido, con tal de que sea uno para todo el país. La edad puede ser de dieciséis o dieciocho años, siempre que esté prevista en la Constitución para que todos los códigos penales se ajusten a ese parámetro.

Para superar la disparidad legislativa y, por lo tanto, la inseguridad jurídica solicitamos, como muchos otros autores, que fuese la Constitu-

ción, probablemente en su artículo 18, la que fijara para todo México la edad en que las personas sanas se consideran imputables para el derecho penal, ya que fue en este mismo numeral, en febrero de 1965, que se estableció que “la federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”.

Por fin, en noviembre de 2003, algunos senadores de la República pertenecientes a diversos grupos parlamentarios presentaron en su propia cámara una iniciativa para crear un sistema integral de justicia penal para adolescentes, aplicable únicamente a las personas mayores de 12 años y menores de 18, que hayan cometido conductas tipificadas como delito, exigiendo que en los procedimientos seguidos en su contra se observen las garantías del debido proceso legal y el sistema procesal acusatorio.

Mucho habrá de discutirse todavía sobre el decreto que fue aprobado por la Cámara de Senadores el 31 de marzo de 2005, por 82 votos en pro, dos abstenciones y uno en contra, así como por la Cámara de Diputados, el 28 de junio de ese mismo año, con 444 votos en pro y uno en contra, mismo que fue remitido ya al Ejecutivo Federal, en virtud de que 17 legislaturas locales lo habían votado favorablemente.

Debemos señalar, en principio, que no se produjo un simple señalamiento de la edad penal, sino que se propone un sistema integral que, en el proyecto original, se denominaba incorrectamente “justicia penal para adolescentes” señalando, además, que los menores de 12 años quedarían exentos de responsabilidad penal, lo que supone que los mayores de esta edad sí serían responsables, agregando el proyecto que la aplicación del sistema debería estar a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia penal para adolescentes, así como en “la ejecución de las sanciones” y que “las sanciones deberán ser proporcionales a la conducta realizada”, por lo que “la privación de la libertad se utilizará como medida de último recurso”, produciendo esta terminología graves confusiones porque, si hablamos de inimputables, éstos deberían quedar exentos de responsabilidad penal y, por lo tanto, no podrían ser sancionados.

Todo parece indicar que el texto de la reforma coloca las cosas en su lugar, y siguiendo a la escuela positiva califica de inimputables a los menores de 18 años, excluyendo totalmente de responsabilidad social a quienes no hayan cumplido los 12 años.

Resulta también interesante, para las futuras discusiones sobre la pertinencia y origen de la reforma constitucional, el hecho que en la exposición de motivos se afirme continuamente que ésta responde a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país en 1990, como si el instrumento internacional fijase imperativamente la edad de 18 años para los países firmantes, siendo que su artículo 1o. señala que “para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, de donde se desprende que dicha exigencia no existe y que Estados Unidos seguirá castigando a menores que hayan cumplido los 12 años y que Europa seguirá ubicando la responsabilidad penal entre los 14 y 16 años, aunque hayan firmado dicho Convenio.

El decreto señala que se reforma el párrafo IV y se adicionan los párrafos V y VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar con la redacción definitiva que a continuación se transcribe:

Artículo 18

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán en el ámbito de sus respectivas competencias un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esa Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de 12 años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema, en cada orden de gobierno, estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de ese sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes, se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán se proporcionarles a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollado de su persona y capacidad.

El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de 14 años de edad por la Comisión de Conductas Antisociales, calificadas como graves.

En la conferencia nacional “El nuevo modelo de justicia para adolescentes en México”, organizada por ambas cámaras, la Procuraduría General de Justicia, la Secretaría de Relaciones Exteriores, la Secretaría de Seguridad Pública y otras instituciones, los ponentes hicieron notar que una vez publicada la reforma tendrá un periodo de “vacatio legis” de seis meses para que las entidades federativas y el Distrito Federal creen en sus respectivas leyes las instituciones y órganos que se requieren para cumplimentar decreto, advirtiendo que la nueva visión impacta directamente a las entidades federativas que mantienen como edad penal la de 16 o 17 años, en su caso, las que estarán obligadas a ajustar sus códigos a la reforma constitucional, como también las entidades que establecen la edad mínima de tratamiento para menores infractores, la de 6, 7, 8 o 9 años, ya que sólo a partir de los 12 años de edad los menores pueden ser procesados bajo este nuevo sistema.

Es un acierto, sin duda, establecer un procedimiento que respete las garantías del debido proceso; que las autoridades que efectúen la remisión no sean las mismas que impongan las medidas como ocurre, en la actualidad, en los consejos tutelares para menores que, por lo visto, deberán desaparecer; que se afirme por los expositores, entre los que destacan los creadores de la iniciativa, que habrá un ministerio público y un juez especializados y que será el poder judicial el que recupere esta jurisdicción pero, sobre todo, que se reconozcan las formas alternativas de justicia como son la mediación y la conciliación, aunque sea en el tema de menores infractores.

Crear una nueva estructura para menores, fragmentando los antiguos consejos tutelares, supone la creación de leyes especiales, destinar recursos materiales y humanos, además de aprovechar, en lo posible, las instalaciones y el personal que actualmente opera el sistema.

Probablemente sea el momento de recordar tímidamente, ya que se está produciendo una interesante evolución en la justicia de menores, que no son éstos los únicos inimputables que pueden cometer delitos. Que en México los trastornados mentales, los oligofrénicos medios y profundos, los dementes y otros inimputables por defectos parecidos pueden ser juz-

gados por supuestos jueces especiales, a discreción, es decir, sin sujetarse a ningún procedimiento, tal y como resulta del artículo 496 del Código Federal de Procedimientos Penales, imitado por casi todo los códigos de la República mexicana. El numeral en cita señala que:

Inmediatamente que se compruebe que el inculpado está en alguno de los casos a que se refiere el artículo anterior, cesará el procedimiento ordinario, y se abrirá el especial, en el que la ley deja al recto criterio y a la prudencia del tribunal, la forma de investigar la infracción penal imputada, la participación que en ella hubiere tenido el inculpado, y la de estimar la personalidad de éste, sin necesidad de que el procedimiento que se emplee sea similar al judicial.

Es el caso de que los imputables por afectaciones mentales, que deberían ser reclusos en clínicas o establecimientos hospitalarios, permanecen en las cárceles mexicanas ante la ausencia de instituciones especializadas —salvo un centro federal con reducida capacidad—, siendo maltratados, sin un tratamiento que pudiera rehabilitarlos, además de servir como bufones para los internos. Estos hermanos en desgracia, aproximadamente seis mil en los centros penitenciarios, no han sido tan afortunados como los menores infractores.

b) *Definición constitucional del cuerpo del delito*. La confusión doctrinal sobre el cuerpo del delito y el diverso contenido que se le ha asignado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los códigos procesales que se aplican en México son razones suficientes para que el Congreso de la Unión retome su función rectora y defina, en definitiva y con efectos “erga omnes” este concepto, porque constituye una de las condiciones para librar la orden de aprehensión; para dictar el auto de formal prisión; para ordenar la restitución de derechos, entre otras instituciones procesales, además de que la identificación corpórea del delito constituye la base del procedimiento penal a partir del auto que resuelve la situación jurídica del inculpado.

Es el caso que mientras el jurista Juan José González Bustamante señala que “el cuerpo del delito en el procedimiento penal está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la definición”, el también escritor Carlos M. Oronoz Santana sostiene que “el cuerpo del delito no es otra cosa más que la objetivación de la conducta descrita en la norma; es por ello que en algunos casos se requiere

de elementos objetivos, en otros subjetivos o bien normativos, dependiendo del tipo”.⁴

Hace muchos años, la Suprema Corte de Justicia de la Nación centró criterios sobre el tema diciendo que “por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituya la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”,⁵ aclarando posteriormente que “por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren solo a la culpabilidad, como se desprende del capítulo sobre comprobación del cuerpo del delito”.⁶

En el primer criterio parecería que nuestro máximo tribunal de justicia se refiere exclusivamente a los elementos materiales de la figura delictiva, excluyendo los normativos, mientras que en el segundo parece eliminar del aspecto corpóreo sólo los subjetivos, referidos al dolo específico del autor del delito, de donde se concluye paradójicamente que la interpretación judicial de la ley requiere, a su vez, de interpretación.

En la reforma constitucional de los artículos 16 y 19 ocurrida en 1993, el cuerpo del delito, previsto en este último numeral como condición para dictar el auto de formal prisión, desde la fórmula original de la carta magna, desaparece para ocupar su lugar un concepto más amplio como es el de “todos los elementos del tipo”, condicionando también el libramiento de la orden de aprehensión.

Al modificarse la Constitución en 1999, se vuelve al concepto de “cuerpo del delito” como requisito para librar la orden de aprehensión y para dictar el auto de formal prisión, sin que tampoco en esta época legislativa el Constituyente hubiera definido tal concepto.

En la actualidad, algunos códigos de México entienden por “cuerpo del delito” todos los elementos del tipo, incluyendo los subjetivos, como ocurre en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal⁷

⁴ Cita de Leopoldo de la Cruz Agüero, *El término constitucional y la probable responsabilidad penal*, México, Porrúa, 2000.

⁵ Tesis jurisprudencial núm. 93, Sexta Época, Primera Sala, *Apéndice 1975*, p. 201,

⁶ Tesis jurisprudencial núm. 312, *Apéndice al tomo CXVIII*, p. 603.

⁷ Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que señala “El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite en el conjunto de los elementos subjetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito. Los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta

otros sólo los elementos materiales o reales, como el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Colima⁸ y la gran mayoría, siguiendo al Código Federal de Procedimientos Penales, señalan expresamente que “por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de la descripción típica lo requiera”, es decir, incluye tanto los elementos materiales como los normativos, pero excluye tácitamente los elementos subjetivos del tipo.

Las diferencias conceptuales no se dan en el ámbito de la teoría, sino en la práctica de las agencias del ministerio público y de los tribunales, agravando profundamente la situación de un inculpado. Si alguien es acusado de incesto, porque tuvo cópula voluntaria con una mujer y la madre de ésta afirma que es hija de ambos, para ejercitar la acción penal en un estado donde el cuerpo del delito requiere la prueba plena de los elementos materiales y normativos, sería necesario acreditar no solo la cópula sino, también, la relación paterno-filial por cualquier vía, recurriendo incluso a las pruebas biológicas. Si esta misma hipótesis se presentara en el estado de Colima, bastaría al Ministerio Público la prueba de la cópula y el señalamiento de un testigo singular de que los inculpados son padre e hija, para ejercitar la acción penal y obtener una orden de aprehensión en su contra, porque la relación parental no es un elemento material, sino normativo y puede probarse a lo largo del proceso penal, aun a riesgo de que, concluido el juicio, el juez absuelva por no haberse demostrado o, peor todavía, porque las pruebas desahogadas constataron la ausencia del vínculo.

Resulta obvio, por lo tanto, si se quiere unificar los criterios en México para obtener un mínimo de seguridad jurídica en la aplicación de las leyes, lo menos que puede pedirse al legislador constitucional es que defina en forma clara lo que entiende por cuerpo del delito.

c) *Identificación constitucional de los delitos graves.* Hasta 1993, el artículo 20, fracción I, de la Constitución de la República permitía la

prevista como delito un elemento subjetivo o nominativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito”.

⁸ Artículo 278 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Colima, que dispone “por cuerpo del delito se entiende la demostración de todos los elementos materiales que integran la infracción”.

libertad caucional del inculpaado, cuando la pena del delito imputaado no excedía del término medio aritmético de cinco años de prisión.

A raíz de esta reforma constitucional, se cambia el parámetro y se fija como condición básica que no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley prohíba conceder este beneficio, naciendo así en el derecho de procedimientos penales el concepto de delito grave, que no sólo opera en el tema de la libertad provisional bajo caución, sino, también, en la detención por urgencia administrativa que solo el ministerio público puede decretar cuando se trate, entre otras condiciones, de delito grave, así como en otras hipótesis procedimentales.

Es el caso que, el Congreso de la Unión permitió a los legisladores de los estados y la Federación identificar en forma autónoma los delitos graves, dándole incluso un año de vacaciones legislativas en el artículo segundo transitorio de la reforma constitucional, para que los determinaran en sus respectivos códigos.

El caos producido por esta permisón legislativa resulta profundamente criticable y madre de muchas injusticias, por ignorancia o prepotencia de los hacedores de la ley y, en muchos casos, por una política de persecución criminal desproporcionada y contraria a los intereses del Sistema Nacional de Seguridad Pública, particularmente por lo que toca al Subsistema Penitenciario.

En el primer año, el conjunto de delitos graves adoptado por los legisladores, no difería en mucho ni contemplaba un número excesivo de hipótesis. Sin embargo, a más de diez años de la reforma, la institución ha perdido su rumbo y se han multiplicado el número de estos delitos, hacinando las cárceles, y privando de la libertad a delincuentes primarios que no eran verdaderamente peligrosos, sin derecho a gozar de libertad caucional, con efectos trascendentales para la familia y para la sociedad.

Lo absurdo es que una vez desbocado el legislador, ha venido calificando como delito grave no a las conductas verdaderamente trascendentes por el daño que causan o por la temibilidad del sujeto, sino por razones ajenas a la criminología como serían la presión de los medios de comunicación, la solicitud de grupos sociales y hasta discutibles principios de valor rescatados por los legisladores, al grado que delitos que se persiguen a petición de parte ofendida, han sido calificados como graves, siendo que la fórmula querellosa se aplica solamente a delitos de menor cuantía, llegando incluso a calificar como graves a diversos ilícitos, atendiendo al monto del daño causado, siendo este dato meramente circunstancial.

Para volver a la normalidad y garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos resulta indispensable que el Congreso de la Unión señale expresamente, con criterios científicos y limitativos, cuáles son los delitos que deben considerarse como graves, tal y como alguna vez hizo en el artículo 22 constitucional al señalar que “queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plaguario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar”.

d) *Reglamentación constitucional del arraigo*. Es indispensable que nuestra carta magna retome su papel rector prohibiendo o reglamentando el arraigo ya que, en la actualidad, constituye una forma inconstitucional, pero autorizada por los códigos secundarios, de privar de la libertad a un inculcado, presuntamente inocente, fuera de los casos de flagrancia y urgencia administrativa y, obviamente, de la orden de aprehensión, en una fase todavía oscura y peligrosa como es la averiguación previa, situación que puede prolongarse por 30 días e incluso prorrogarse por un término igual.

Efectivamente, las Constituciones del siglo XX, incluyendo la que rige en México desde 1917, regulan como garantías constitucionales los llamados “derechos de libertad”, es decir, las libertades de procreación; de trabajo; de expresión; de petición; de asociación; de conciencia y, particularmente, la libertad de tránsito y de domicilio, entre otras.

La libertad de locomoción tiene, sin embargo, dos diversas manifestaciones que apenas se distinguen por razones cuantitativas, a saber; la libertad específica de movimiento que resulta profundamente afectada por la detención y el aprisionamiento procesal o penitenciario, ya que se priva al individuo de la libertad encerrándolo en un lugar de reducidas dimensiones. A esta situación se refieren las disposiciones constitucionales que regulan la orden judicial de aprehensión, la detención por urgencia o flagrancia y la retención del indiciado por parte del Ministerio Público hasta por 48 horas o el doble cuando se trate de delincuencia organizada (artículo 16); la prisión preventiva y la prisión penitenciaria (artículo 18) y la prohibición de prolongar la detención del indiciado por más de setenta y dos horas, sin que se justifique con un auto de formal prisión (artículo 19).

La libertad de desplazamiento también aparece reglamentada, pero en forma más amplia, en el artículo 11 constitucional cuando dice que:

Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes, aclarando el mismo constituyente que “El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país”.

Enrique Sánchez Bringas explica en su libro *Derecho constitucional*⁹ que:

La autoridad judicial puede restringir esa libertad en los casos de responsabilidad civil o penal, por ejemplo, cuando se dicta una sentencia que ordena la privación de la libertad o cuando se establece una medida de arraigo. La autoridad administrativa también tiene posibilidad de limitar ese derecho aplicando las leyes sobre emigración e inmigración, por ejemplo, estableciendo limitaciones a los extranjeros para que residan en el territorio nacional o restringiendo a los nacionales la salida definitiva del país. Además, en materia de salubridad general de la República también se producen restricciones, por ejemplo, cuando se declara en “cuarentena” una región para evitar la transmisión de algún padecimiento infeccioso y una posible epidemia. Por último, la autoridad administrativa está autorizada a expulsar del país a los extranjeros cuya estancia considere inconveniente. En estos casos, el Ejecutivo Federal puede realizar la expulsión sin que el extranjero afectado tenga derecho a un juicio previo.

En efecto, el arraigo como medida cautelar prevista en las materias civil, penal y mercantil, consiste en limitar el derecho que toda persona tiene en México para deambular por la República, entrar o salir de ella e incluso cambiar de domicilio, se identifica materialmente con la pena de confinamiento a que se refiere el Código Penal de Sonora en su artículo 24, y que “consiste en la obligación de residir en determinado lugar y de no salir de él”, es decir, lo que comúnmente se conoce como “la ciudad por cárcel”, ya que el individuo puede transitar libremente dentro de una

⁹ Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, 1997, p. 618.

circunscripción territorial, como pudiera ser el fundo legal de la población donde reside, con la prohibición de salir del área.

Una antigua tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señalaba que:

El arraigo tiene por objeto impedir que una persona se ausente del lugar en donde ha de ser demandada, sin dejar apoderado instruido y expensado que conteste la demanda, siga el juicio hasta su conclusión y responda del resulta definitivo; y la prevención que se hace al demandado, para que no se ausente del lugar donde radica el juicio, lo obliga, en tanto que su presencia sea menester para que no se obstruccionese el curso del procedimiento, por lo que dejando satisfecha esta exigencia, puede el arraigado libremente entrar y salir de la población que se le haya señalado como sitio del arraigo; pues, de no ser así, este se convertiría en una pena equivalente al confinamiento; y darle a la providencia precautoria de arraigo, mayor amplitud, sería contrario al texto del artículo 11 de la Constitución, que garantiza a todo individuo la libertad de viajar por todo el territorio de la República y mudar de residencia sin requisito alguno.¹⁰

Entender el arraigo como una medida procesal que sólo limita la libertad de tránsito, es una interpretación que legitima dispositivos del Código Adjetivo Penal para Sonora, como es el artículo 247, segundo párrafo, que dispone:

Cuando en la averiguación previa deban declarar personas que conozcan de los hechos delictivos y hubiere la necesidad o el temor fundado de que se ausenten antes de que pudiesen declarar; podrá decretarse su arraigo sólo por el tiempo indispensable para la práctica de las diligencias respectivas. En estos casos, el juez deberá resolver dentro de 24 horas siguientes a la solicitud de arraigo, salvo que el Ministerio Público argumente urgencia de la medida, caso en el cual resolverá de manera inmediata.

El arraigo de testigos a que se refiere el numeral transcrito sólo puede ser una limitación de la libertad de tránsito circunscrita al ámbito ciudadano o urbano, porque nadie en su sano juicio podría concluir que para garantizar la declaración de una persona, ésta debe ser encerrada, es decir, privada de su libertad.

¹⁰ Amparo penal en revisión 3831/33, Sánchez Vda. de Sotomayor Dolores. 1o. de noviembre de 1935. Unanimidad de 4 votos. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, XLVI, p. 2762.

El arraigo penal, así entendido, fue raramente solicitado durante el procedimiento penal primero, por su escasa efectividad, ya que el arraigado podía deambular libremente en la ciudad, dificultando su vigilancia y facilitando la violación de la medida.

Es el caso, sin embargo, que el Código Adjetivo Penal de la Federación señala que "La autoridad judicial podrá, a petición del ministerio público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia", agregando que "el arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de 30 días naturales, en el caso del arraigo, y de 60 días naturales, en la prohibición de abandonar una demarcación geográfica", es decir, incluye una nueva hipótesis, la del arraigo domiciliario, seguramente menos dramática que "la detención en lugar determinado" a que se refiere el Código de Sonora, sin perder por ello su olor a inconstitucionalidad.

Antes de llegar a esta última conclusión ocurrió que el cuarto tribunal colegiado en materia penal del primer circuito y el Primero del Décimo Octavo Circuito, concluyeron que el arraigo domiciliario sí afectaba la libertad personal, contradicción que se resolvió por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en tesis de jurisprudencia 78/99, en los siguientes términos:

La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 8 de febrero de 1999, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en el inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 133 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley.¹¹

¹¹ Tesis 1a./J. 78/99, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, X, noviembre de 1999, p. 55.

Crear jurisprudencia por contradicción de tesis sobre la naturaleza del arraigo domiciliario, fue solo un primer paso en la interpretación de la medida. La resolución verdaderamente trascendente, fue la tomada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su sesión ordinaria del 19 de septiembre de 2005, al resolver la acción de inconstitucionalidad promovida por diputados de la LX Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua en contra del Congreso y del gobernador de la mencionada entidad federativa, demandando la invalidez del artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales de dicho estado.

Al respecto, el ministro Góngora Pimentel se opuso al proyecto que proponía declarar la invalidez del artículo en comentario, partiendo de la idea de que el arraigo es privativo de la libertad y que puede extenderse hasta por 30 días sin que justifique con un auto de formal prisión, diciendo que tenía dudas sobre la interpretación anterior, basada en la tesis de que la orden de arraigo domiciliario afecta la libertad personal ya que, en su opinión, no se podía hacer extensiva la interpretación de la tesis anterior porque la misma fue pronunciada respecto de la procedencia de la suspensión en el amparo, e inclusive la misma no habla de privación de la libertad, sino de una afectación de la libertad personal, puesto que el arraigado no se encuentra privado de su libertad, ni mucho menos en un centro penitenciario, agregando que:

La delicada situación de la inseguridad nos lleva a considerar sumamente delicada la invalidez del arraigo que se propone, cuando la misma institución existe en nivel federal en diversos Estados, máxime que al no implicar privación de la libertad, puede reconducirse a una restricción de la libertad de tránsito que además encuentra su fuente en la propia Constitución federal.

Agrega que:

Por último, el arraigo domiciliario no es un acto que afecte de manera definitiva la libertad del gobernado, pues no implica que el mismo ingrese a una cárcel o establecimiento policiaco sino que es una figura que define la naturaleza de ser una medida cautelar y, por ello, es un acto de molestia que, no obstante que produce afectación en la esfera jurídica del gobernado en tanto limita su libertad de tránsito, no produce los mismos efectos que un acto privativo, toda vez que dicho acto tiene la naturaleza de ser provisional o preventivo.

El ministro Sergio Valls Hernández señaló, por su parte, entre otras consideraciones, que son admisibles las medidas precautorias o cautelares, entre las cuales se encuentra el arraigo, pues éste consiste en impedir que el sujeto arraigado abandone o se ausente del lugar del juicio, ya que se trata de una restricción a su libertad de tránsito o locomoción;

Empero siguiendo esta línea de argumentación, el arraigo no debe ser una privación o afectación de la libertad del sujeto, es decir, no puede consistir en que el arraigado, bajo esa figura procesal penal deba permanecer en un lugar determinado, sin salir de ahí, aún cuando fuera su propia casa-habitación, ya que entonces, se desnaturalizaría tal medida procesal y ya no se estaría ante una simple restricción, sino ante una auténtica privación de la libertad; caso en el cual, la norma fundamental prevé en qué supuestos y cómo debe operar.

Agrega el ministro en cita que:

No debemos pasar por alto, que se investiga para detener, no se detiene para investigar por lo que, en estas condiciones, a mi juicio, el arraigo es constitucional, cuando la investigación esté casi agotada, habiéndose acreditado el cuerpo del delito, y existan indicios de la probable responsabilidad del sujeto, siempre y cuando el ministerio público razone y demuestre que existe el temor fundado de que ese individuo pueda sustraerse a la acción penal, que el arraigo se limite al lugar o circunscripción en la que el juez correspondiente ejerce su jurisdicción o al lugar de residencia del arraigado, entendiéndose por éste no su casa-habitación, sino en sentido amplio, esto es, como toda una circunscripción como ciudad, como plaza, como entidad federativa o poblado.

En consecuencia, partiendo de la naturaleza y fines del arraigo, la norma impugnada en la presente acción de inconstitucionalidad, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, sí resulta contrario a la norma fundamental, porque de la lectura integral de dicho dispositivo de advierte que, si bien establece que el ministerio público solicitará al juez que autorice el arraigo de determinada persona, cuando exista acreditado el cuerpo del delito, indicios de su presunta responsabilidad y temor fundado de que evada la acción penal, también es claro que no se limita a que se restrinja la libertad de tránsito, esto es, que el inculpado no pueda ausentarse o abandonar el lugar del juicio durante cierto plazo, cierto plazo breve, sino que este individuo deberá permanecer hasta por 30 días, dice el artículo impugnado, en el lugar que designe el Ministerio Público, lo que como se ha visto en la práctica, se trata de casas de segu-

ridad, hoteles, o la casa-habitación del inculpado; y eso se traduce ya en una privación efectiva de la libertad, pues se le inmoviliza, se le obliga a permanecer en ese inmueble.

La ministra Margarita Beatriz Luna Ramos hizo notar en su intervención que debemos diferenciar la libertad de tránsito y la libertad personal, admitiendo que la primera puede subsumirse en la segunda, pero que, sin embargo, las dos tienen diferencias, ya que en la Constitución están legisladas de manera distinta, porque de manera distinta afectan al individuo.

Si nosotros estamos hablando de libertad personal —señala la ministra— sea en mi casa, sea en el mejor hotel, sea en la cárcel o donde ustedes quieran, de todas maneras estoy privada de mi libertad, porque no salgo ni a comprar chicles, ni cigarros, ni nada; estoy privada absolutamente de mi libertad. Si estoy hablando de libertad de tránsito es que tengo restringida dicha libertad, porque no puedo salir de una circunscripción geográfica determinada, pero puedo realizar todas las funciones inherentes a mi trabajo, a mi vida cotidiana. Ese es el arraigo y esa es la restricción a que se refiere el artículo 11 constitucional.

Por estas razones, yo no puedo pensar que para evitar la evasión del posible delincuente se le puede restringir su libertad en su casa, en un hotel, en una casa destinada a este efecto, con tal de que no esté en la cárcel, ya que donde sea hay privación de la libertad y, en estas circunstancias, yo no puedo estar de acuerdo con un artículo que establezca un arraigo domiciliario, aunque no escapa a mi consideración los índices de delincuencia tan grande que agobian a nuestro país y, sobre todo, a ese estado de la República que en estos momentos es uno de los lugares donde más delincuencia ha habido tratándose, sobre todo, de mujeres y de menores; sin embargo, yo creo que tampoco vamos a declarar la constitucionalidad de un artículo por este tipo de circunstancias, en todo caso es preferible reformar la Constitución, o bien acudir a otros medios de carácter tecnológico como los collares u otros medios para tener localizado al individuo, sin necesidad de privarlo de su libertad, pero no aceptar que por el aumento de la delincuencia podemos violar la Constitución.

Después de varias intervenciones dignas de mejor análisis, el mensaje para el legislador sonoreense y otros congresos estatales proviene del secretario general de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al informar que había mayoría de 8 votos a favor del proyecto y que habiéndose dado la votación requerida por la Ley Reglamentaria

del Artículo 105 de la Constitución “se aprueba el proyecto en esta parte, considerándose inconstitucional el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua”.

Y esto ocurrió, no obstante que el dispositivo inconstitucional admitía que el arraigo debía ser solicitado al juez, cuando estuviese acreditado el cuerpo del delito y existieran indicios de la presunta responsabilidad del inculcado, así como el temor fundado de que este evadiera la acción penal, como resolvería la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la constitucionalidad de un artículo como el 134 bis del Código Penal para Sonora que no señala ninguna condición probatoria ni una razón determinada para el arraigo y, peor todavía, que permita al Ministerio Público decretar provisionalmente esta medida.

Huelga decir que si el arraigo domiciliario es inconstitucional, a mayoría de razón lo será cuando se obligue al inculcado a residir en un lugar determinado, es decir, en un cuarto de hotel de infame calidad, para no afectar al erario del estado o, mejor todavía, en una casa rentada para este efecto, en donde pueden ser arraigadas varias personas, como también ocurre.

Pero un dato que no pudo ser analizado por la Corte, porque no aparecía en el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua, es el hecho de que en el estado de Sonora, el Ministerio Público, “bajo su estricta responsabilidad, podrá decretar por escrito el arraigo provisional del indiciado, exponiendo las razones y fundamentos legales que lo justifiquen”, tal y como resulta del artículo 134 bis de dicho ordenamiento.

Nada legítima esta última aberración legislativa en materia de afectación de la libertad, porque admitiendo que siendo la medida una de las limitaciones al derecho de tránsito previsto en el artículo 11 constitucional, como quedó claro en la jurisprudencia de nuestra máxima autoridad judicial, jamás podrá el ministerio público decretarlo, ya que el dispositivo constitucional señala, con toda claridad que “el ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal”, es decir, que sólo el juez puede decretarlo.

Es el caso de que los efectos de la controversia constitucional respecto al Código Procesal Penal para Chihuahua, no afecta necesariamente al resto de las legislaciones del país, resultando aberrante que los legisla-

dores locales no modifiquen la institución del arraigo, no obstante los criterios de la Corte, por lo que resulta indispensable que la Constitución responda oportunamente y, a fin de garantizar la seguridad jurídica de los gobernados, prohíba o reglamente correctamente el arraigo en México.

También debería ser materia de estudio el tema de la flagrancia, como fórmula de detención administrativa que no requiere orden judicial, porque la evolución de la cuasiflagrancia de la prueba en los códigos procesales de México, constituye una aberración tan visiblemente inconstitucional que resulta sorprendente que los legisladores la hayan autorizado. Basta señalar que lo flagrante es lo que resplandece, lo que está ocurriendo en este momento, y que las leyes adjetivas en materia penal de muchos estados de la República y del Distrito Federal, permiten a la autoridad que detenga a un delincuente dentro de las 72 horas de cometido el delito, siempre que alguien impute su comisión o se encuentre en su poder objetos, instrumentos o efectos del hecho criminal.

Hemos apenas ejemplificado algunas hipótesis que deberían ser materia de revisión por el Congreso de la Unión, para evitar injusticias y corregir violaciones legislativas a nuestra carta magna, porque consideramos que permitir que los Estados legislen a voluntad sobre temas de tanta significación, permite la disparidad legislativa y la inseguridad que todos sufrimos.

Muchas otras instituciones podrían traerse a colación, si no fuera por los estrechos márgenes impuestos a esta propuesta. Sin embargo, el planteamiento debería ser suficiente para profundizar en el tema, ya que la estructura legislativa de un gobierno federal, sin controles ni límites constitucionales, puede conducir, como está ocurriendo en México, a las más increíbles aberraciones y a las más reprobables injusticias.