

Revista Mexicana de Ciencias Penales

Número 1

• julio-septiembre de 2017

• \$100.00

Nuevo Sistema Penal Acusatorio



José Ramón Cossío

*Toma de muestras biológicas, un caso
del derecho de defensa adecuada*

José Daniel Hidalgo

*¿Por qué una justicia integral para
adolescentes?*

Miguel Ontiveros

Compliance, Empresa y sistema penal

Luis de la Barra

Tortura políticamente correcta



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

REVISTA
MEXICANA
DE CIENCIAS
PENALES



REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES



REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES es una publicación del INACIPE, cuyo objetivo es dar a conocer investigaciones, análisis, reflexiones y opiniones acerca de las ciencias penales en México y en el mundo. En esta revista se dan cita los autores más reconocidos en estas disciplinas.



· I N A C I P E ·

INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

DIRECTORIO

H. JUNTA DE GOBIERNO

Alberto Elías Beltrán

Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales de la PGR y Secretario Técnico de la H. Junta de Gobierno del INACIPE

Miguel Ángel Osorio Chong

Secretario de Gobernación

José Antonio Meade Kuribreña

Secretario de Hacienda y Crédito Público

Aurelio Nuño Mayer

Secretario de Educación Pública

Edmundo Porfirio Garrido Osorio

Procurador General de Justicia de la Ciudad de México

Enrique Luis Graue Wiechers

Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México

Eduardo Abel Peñalosa Castro

Rector de la Universidad Autónoma Metropolitana

Victoria Adato Green

Presidenta de la Academia Mexicana de Ciencias Penales

Manuel Galán Jiménez

Comisario Público Propietario y Delegado ante el Sector Seguridad Nacional de la Secretaría de la Función Pública

INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

Gerardo Laveaga

Director General

Rafael Ruiz Mena

Secretario General Académico

Pablo Berthely Araiza

Secretario General de Extensión

Alfonso Jesús Mostalac Cecilia

Director de Publicaciones

COMITÉ EDITORIAL

Luis de la Barreda Solórzano

Martha Lamas Encabo

Gerardo Laveaga Rendón

Sergio López Ayllón

Elisa Speckman Guerra

DIRECTORA DE LA REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES

Alejandra Silva Carreras

Instituto Nacional de Ciencias Penales

EDITORA EN JEFE

Karmen Silva Fajardo

Instituto Nacional de Ciencias Penales

Jefe de redacción

Sergio Andrés de León Peres

Diseño editorial

Lizeth Violeta Méndez Guadarrama

Luis Ramiro Díaz Ruiz

Alberto Sandoval Bernabé

Cuidado editorial

Leticia Escobar Lucrecio

Irene Bárcenas Jara

REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES, núm. 1, Primera Época 2017, julio-septiembre 2017.

Es una publicación trimestral editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, a través de la Dirección de Publicaciones. Calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C. P. 14000, México, Ciudad de México, Tel. 5487 1571; www.inacipe.gob.mx; e-mail: publicaciones@inacipe.gob.mx. Editorial responsable: Instituto Nacional de Ciencias Penales. Reserva al Título en Derecho de Autor: núm. 04-2017-080214584200-102, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor en fecha 02 de agosto de 2017. ISSN: en trámite.

Impresa por Lito Roda S. A. de C. V., Escondida 2, Col. Volcanes, Del. Tlalpan, C.P. 14640, Ciudad de México. Se terminó de imprimir en noviembre de 2017, con un tiraje de 1000 ejemplares.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación, sin previa autorización del Instituto Nacional de Ciencias Penales.



Instituto Nacional
de Ciencias Penales



@INACIPE

www.inacipe.gob.mx

CONTENIDO

Carta editorial _____ V

TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS ACTUALES

José Ramón Cossío Díaz,
Raúl M. Mejía Garza y
Ana Marcela Zatarain Barrett

● *Toma de muestras biológicas, un caso del derecho de defensa adecuada* _____ 3

Alfredo Haro Goñi

● *¿Necesita una nueva reforma la reforma penal?* _____ 17

Arturo De Villanueva Martínez Zurita

● *La valoración de la prueba* _____ 55

José Fernández de Cevallos y Torres

● *La prisión preventiva en el sistema penal acusatorio* _____ 73

RETOS EN LA PROCURACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Miguel Ontiveros Alonso

● *Compliance, Empresa y sistema penal* _____ 99

José Daniel Hidalgo Murillo

● *¿Por qué una justicia integral para adolescentes?* _____ 113

Isabel Maldonado Sánchez

● *Carpeta de investigación. Técnicas ordinarias y extraordinarias* _____ 133

VISIONES PARA EL FUTURO

Luis de la Barreda Solórzano

● *Tortura políticamente correcta* _____ 161

Erasmus Palemón Alamilla Villeda

● *El sistema penal acusatorio en Baja California Sur* _____ 167

CARTA EDITORIAL

A un año de la implementación total del nuevo sistema de justicia penal en México han surgido, como era de esperarse, preguntas como ¿en qué lugar nos encontramos?, ¿qué tan bien ha funcionado el sistema?, ¿se han satisfecho las expectativas propuestas en la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008?, ¿están fundamentadas con solidez las críticas al nuevo sistema?

En una democracia, las respuestas a este tipo de preguntas no pueden ser unívocas ni parte de un nuevo dogma. Más bien, son el inicio de una amplia discusión sobre los retos y obstáculos, logros y fallas del sistema que apenas se ha puesto en marcha. No sería responsable ofrecer ese tipo de respuestas, pero sí es necesario mostrar diferentes puntos de vista y —por supuesto— exhibir las medias verdades, develar las opiniones sustentadas en un nulo conocimiento del tema y que solo repiten puntos de vista del “idiota del pueblo” en redes sociales, en medios masivos de comunicación y de las críticas hechas por demagogos que prefieren acusar al sistema acusatorio de las fallas en sus políticas de seguridad pública.

En este contexto nace la *Revista Mexicana de Ciencias Penales* (RMCP),

editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales y que toma el lugar de la revista *Iter Criminis*. Momento preciso, si es que los hay, para el surgimiento de un espacio de diálogo, debate y transmisión del conocimiento relacionados con las ciencias penales y temas afines. La RMCP será un vehículo de divulgación del más alto nivel, de tal suerte que en sus páginas se podrán encontrar aportaciones acordes a las exigencias de una sociedad consciente de sus derechos humanos y de la necesidad de una justicia eficaz, expedita y transparente.

Cada número de la revista seguirá una línea temática en particular, siempre teniendo como eje el sistema acusatorio dentro de un diálogo interdisciplinario. Este primer número aborda el sistema acusatorio-adversarial a un año de su entrada en vigor.

Esperamos que la RMCP sea de gran ayuda para el cumplimiento de la noble misión de la procuración de justicia: una herramienta de valía tanto para la policía de investigación, los analistas, peritos y agentes del Ministerio Público. Y también nos proponemos llegar a un sector de lectores más amplio para que conozca el nuevo tipo de justicia penal que opera en México.

Bienvenidos.

TENDENCIAS Y
PERSPECTIVAS
ACTUALES

TOMA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS, UN CASO DEL DERECHO DE DEFENSA ADECUADA

○ José Ramón Cossío Díaz,*
Raúl M. Mejía Garza y
Ana Marcela Zatarain Barrett

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor del
Instituto Tecnológico Autónomo de México.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Abogado defensor**

Defense attorney

○ **Muestras biológicas**

Biological samples

○ **Taxatividad**

Taxativity

○ **Proceso penal**

Criminal process

Resumen. Este artículo tiene como base el voto particular formulado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, en el Amparo Directo en Revisión 901/2015, fallado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este se resolvió, entre otros temas, que no se vulnera el derecho de defensa adecuada establecido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, último párrafo, de la Constitución Federal, vigente para el anterior sistema penal. Con ello se plantean una serie de interrogantes que serán examinadas en este artículo, consistentes en determinar si las facultades de investigación del fiscal durante la indagatoria llevan al extremo de eximir la presencia de un abogado defensor que asesore al detenido sobre la obtención de una prueba o indicio que será extraído del cuerpo del detenido y si sostenerlo de esa forma vulnera el derecho a gozar de una defensa adecuada.

Abstract. This article it's based on a particular vote cast by the Minister José Ramón Cossío Díaz. It is based on the human right of adequate defense that the Mexican Constitution establishes in Article 20 (A), section IX, last paragraph, and it is about the right of the impute to get an attorney even during de investigation.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Resolución dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo en revisión 901/2015. III. Razones por las cuales se disiente de la resolución del Tribunal Pleno. IV. Fuentes de consulta

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento reconoce el derecho fundamental del inculcado de gozar de una defensa adecuada, el cual consiste en que toda persona acusada de haber cometido un delito, cuente con la asistencia efectiva de un defensor letrado en derecho, entendiéndose como tal, tanto su presencia física, como una ayuda material y técnicamente efectiva. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera similar han sostenido que el derecho a gozar de una defensa adecuada nace desde el momento que se le atribuye a una persona una conducta delictiva y debe garantizarse durante el desarrollo de todo el proceso.

Sin embargo, existen diligencias o actuaciones durante la averiguación previa que por su urgencia o naturaleza, como acontece con la toma de muestras biológicas de orina del cuerpo del inculcado, conducen a plantearnos si en cualquier diligencia o actuación que realice el Ministerio Público durante la indagatoria con la presencia del inculcado o imputado, necesariamente este

debe estar asesorado de un defensor que legalmente lo aconseje de manera previa o durante la misma, para estimar que se respetó su derecho a gozar de una defensa adecuada reconocido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, último párrafo, de la Constitución Federal, aplicable al sistema anterior.

En este artículo se expondrán las razones del por qué, las facultades de investigación del fiscal durante la indagatoria, de modo alguno llevan al extremo de eximir la presencia de un abogado defensor que asesore al detenido sobre la obtención de una prueba o indicio que será extraído de su cuerpo y el por qué de sostenerlo de manera diversa, sí vulnera el derecho a gozar de una defensa adecuada e, incluso, el principio de igualdad de condiciones que debe regir el procedimiento penal.

II. RESOLUCIÓN DICTADA POR EL TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 901/2015

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoció del amparo directo en revisión 901/2015, resuelto en sesión de veintitrés de enero de dos mil diecisiete. Los antecedentes del asunto son los siguientes:

El caso derivó de una causa penal tramitada ante un Juzgado Penal de la Ciudad de México, en donde se dictó sentencia de condena al procesado por dos delitos de daño en propiedad

culposo agravado. Inconforme, aquel interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Tercera Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en el sentido de modificar la sentencia de primera instancia, únicamente sobre aspectos relativos a la individualización de las sanciones.

Contra dicha determinación el sentenciado promovió juicio de amparo directo, del cual conoció el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, quien dictó sentencia el quince de enero de dos mil quince. En la sentencia el órgano colegiado consideró correcto que la autoridad responsable tuviera por acreditado el delito de daño a la propiedad culposo agravado, previsto y sancionado por el artículo 242, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal, la responsabilidad penal del quejoso en su comisión y la individualización de sanciones fijadas por la Sala responsable, por lo que decidió negar el amparo solicitado.

Inconforme, el quejoso interpuso el recurso de revisión 901/2015 del que finalmente conoció el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien determinó que en la materia de la revisión debía confirmarse la sentencia recurrida y negar el amparo solicitado.

Una vez superada la cuestión de procedencia, el Pleno dilucidó varios puntos, entre otros, si el artículo 242, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal al no definir la expresión que emplea de “estado de ebriedad”, trasgrede el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, si la misma constituye una norma

penal en blanco al no hacer una remisión a un reglamento para dar contenido al concepto referido y si se vulneró en perjuicio del quejoso el derecho a gozar de una defensa porque durante la diligencia de extracción de muestras biológicas efectuada en la indagatoria no estuvo asistido de abogado defensor que lo asesorara previamente a su realización.

El Tribunal Pleno por unanimidad de votos resolvió que el artículo cuestionado no quebranta el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad. Lo anterior, en razón de que la expresión “estado de ebriedad” constituye un elemento normativo que al no estar dotado de significado especial por la ley requiere que sea valorado de forma cultural, de manera que para su encuadramiento el juzgador debe atender al contexto que socialmente tiene asignada la expresión “estado de ebriedad”.

Asimismo, porque consideró que el hecho de que no exista una definición legal de lo que debe entenderse por “estado de ebriedad” no significa violación al principio de legalidad, pues tal situación no depende de los vicios de redacción e imprecisión en que el legislador ordinario pueda incurrir, en atención a que este no se encuentra obligado a definir todos y cada uno de los términos que en los ordenamientos jurídicos se utilizan, al tenor de las consideraciones expuestas en la jurisprudencia (1ª./J. 117/2007) de rubro: LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO DEPENDE DE LOS VICIOS EN LA REDACCIÓN E IMPRECIACIÓN DE TÉRMINOS EN QUE EL

LEGISLADOR ORDINARIO PUE- DA INCURRIR.

Del mismo modo, por unanimidad de votos, se determinó que tampoco dicha norma constituye una norma penal en blanco por contener la expresión “estado de ebriedad” y no hacer remisión a un reglamento para dar contenido a la citada expresión. Lo anterior, en esencia, porque se trata de un elemento normativo de valoración cultural que deberá ser ponderado por el juzgador a efecto de dotarlo de contenido al momento de aplicar la norma y en todo caso ese aspecto comprenderá cuestiones de legalidad no así de constitucionalidad.

Luego, en la sentencia se examinó el tema relativo a determinar si se vulnera o no el derecho del inculpado a contar con una defensa adecuada contenido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, último párrafo, de la Constitución Federal, aplicable al caso¹, al extraerle muestras biológicas durante la averiguación previa, sin la asistencia de defensor oficial o particular. Al respecto la mayoría del Tribunal Pleno² consideró

que tal diligencia no requiere de la asistencia de un defensor que aconseje al inculpado o imputado para llevarla a cabo, por lo que si la misma se realizó sin asesoría alguna, ello no implica que existió vulneración al derecho a gozar de una defensa adecuada, pues el fiscal actuó en uso de sus facultades de investigación.

En efecto, en la citada sentencia se estableció que el derecho a gozar de una defensa adecuada tutelada en el citado numeral constitucional, nace en el momento que se le atribuye a una persona una conducta delictiva y debe garantizarse durante el desarrollo de todo el proceso. Por lo que, durante la averiguación previa ese derecho debe garantizarse y efectivizarse desde el momento mismo en el cual una persona es puesta a disposición de la representación social.

Sin embargo, se estimó que ello no constituía una regla absoluta pues

mayoritaria en cuanto a la procedencia, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Piña Hernández con precisiones, Medina Mora I., Laynez Potisek, Pérez Dayán con precisiones y Presidente Aguilar Morales, respecto del apartado VI, relativo a las consideraciones jurídicas, en su tercera pregunta —cuarta en el proyecto original—, denominada “¿Se vulnera el derecho de defensa adecuada, establecido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, último párrafo, de la Constitución Federal, si durante la indagatoria al inculpado le extraen muestras biológicas, sin la asistencia de defensor oficial o particular?”, en el sentido de que no es violatorio del derecho de defensa adecuada del inculpado no haber sido asistido por un defensor; sea abogado o persona de confianza, para la toma de una muestra biológica. Los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena y Cossío Díaz votaron en contra y anunciaron sendos votos particulares. La señora Ministra Piña Hernández anunció voto concurrente.

¹ El análisis de constitucionalidad se realizó conforme al contenido normativo constitucional vigente con anterioridad a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el dieciocho de junio de dos mil ocho, por tratarse de la norma jurídica base del control de constitucionalidad aplicable. Lo anterior, porque la sentencia definitiva reclamada en el juicio de amparo directo del que deriva el recurso de revisión, tiene su origen en un proceso penal instruido de conformidad con las reglas adjetivas que rigen el sistema procesal penal tradicional mixto, anterior al de carácter acusatorio incorporado con motivo de la mencionada reforma.

² Se aprobó por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Luna Ramos, obligada por la votación

existen diligencias o actuaciones que por su especial naturaleza o particularidades del caso concreto, no requerirán de tal asistencia para que puedan estimarse constitucionalmente válidas. El Tribunal Pleno sostuvo que la ausencia del defensor en tales supuestos no constituye, *per se*, vulneración al derecho del inculcado o imputado a gozar de una defensa adecuada; aunque, reconoció que habrá otros en los cuales su ausencia provocará, *de facto*, la invalidez de lo actuado por el fiscal, como sucede, por ejemplo, cuando el inculcado o imputado rinde su declaración ministerial sin defensor, pues al respecto existe disposición constitucional en cuanto a las condiciones en las que debe realizarse esa diligencia.

Con motivo de ello, determinó que para estar en aptitud de establecer si se requiere la presencia del defensor para que asista al inculcado o imputado durante una actuación o diligencia ordenada, o bien, realizada por el fiscal en la cual éste se encuentre presente y con ello preservar el derecho constitucional referido, el órgano de control constitucional debe valorar los puntos o factores siguientes: a) la naturaleza de la diligencia o actuación ministerial realizada u ordenada por el fiscal; b) la urgencia en su desahogo o celebración; y, c) el impacto que pueda tener al debido proceso penal la ausencia de defensor asesorando al inculcado o imputado en el caso particular.

Finalmente, después de realizar el estudio correspondiente la mayoría concluyó que tal actuación se produjo en una diligencia que por sus

características peculiares o especiales no requirió necesariamente de la presencia del defensor asesorando al inculcado o imputado previamente a su realización, pues su ausencia no puso gravemente en duda el debido proceso penal ni tampoco lo cuestionó en su conjunto.

III. RAZONES POR LAS CUALES SE DISIENDE DE LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL PLENO

Coincidimos con el estudio relativo a que el artículo 242, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal es constitucional, dado que no vulnera el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad y porque no constituye una norma penal en blanco el que la expresión “estado de ebriedad” no haga remisión a reglamento alguno para darle contenido³; sin embargo, consideramos incorrecta la sentencia en relación con la determinación de que la diligencia

³ En el voto particular también hice la precisión de que en el caso sometido a consideración del Tribunal Pleno existió un tema adicional a los examinados en la sentencia que debió abordarse, específicamente, el consistente en que el órgano colegiado no hizo alusión a la ilicitud por vía de consecuencia de las pruebas que derivaron directamente de la declaración ministerial rendida por el quejoso sin asistencia de un licenciado en derecho, esto es, que fue rendida asistido de persona de confianza, en particular, de su posterior ratificación ante la autoridad judicial que conoció del proceso penal. Lo anterior, pues la omisión del órgano colegiado de examinar ese punto es contraria a la doctrina establecida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las jurisprudencias 1ª./J. 35/2015 y 1ª./J. 27/2015).

en cuestión no requiere de la asistencia de un defensor que aconseje al inculpadamente a llevarla a cabo.

En aras de explicar adecuadamente la afirmación hecha en el párrafo anterior, consideramos oportuno exponer brevemente en qué consiste el derecho a gozar de una defensa adecuada como parte central del debido proceso, el alcance de ese derecho en la averiguación previa y por qué, en diligencias como la examinada, resulta necesaria la presencia de un letrado en derecho que asesore al inculpadamente, pues con ello, además, se efectiviza y garantizan otros derechos.

El debido proceso contiene el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales con la finalidad de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos (*cf.* Corte.I.D.H. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú: 2001, párr. 69; Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana: 2014, párr. 349 y Primera Sala, 1a./J. 11/2014 10a), y se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure su solución justa (*cf.* Corte. I.D.H. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador: 2015, párr. 151).

Por su parte, el derecho a gozar de una defensa adecuada, como lo sostuvo la propia mayoría en la sentencia objeto del presente artículo, al hacer suyas las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo (*cf.* Corte.I.D.H. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela: 2009, párr. 29 y Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador: 2015, párr.151). Lo cual, cobra especial relevancia tratándose del proceso penal, debido a los bienes jurídicos que se encuentran inmersos, como lo es la libertad del gobernado, de ahí que ese derecho deba tener un matiz especial y diferenciado tratándose de otras materias.

Al respecto, la Suprema Corte se ha pronunciado en diversos precedentes de manera exhaustiva sobre el alcance de la obligación de las autoridades del Estado sobre el respeto, la protección y la forma a garantizar el derecho a contar con una defensa adecuada como parte del derecho humano a un debido proceso del que debe gozar toda persona sujeta a un procedimiento penal.

Por ejemplo, la Primera Sala de la Suprema ha sostenido que para garantizar la defensa adecuada del inculpadamente, es necesario que esa defensa esté representada por una persona que cuente con estudios de licenciatura en derecho, lo que implica (en principio) que cuente con la capacidad técnica

para asesorar y apreciar lo que jurídicamente le es conveniente a aquel, características que no se satisfacen con la sola asistencia de una persona de confianza, de ahí que se estableciera que es necesario que la defensa recaiga en un profesionista en derecho.

Del mismo modo, se destacó que la garantía de defensa adecuada no es una mera formalidad, sino que requiere la participación efectiva del imputado y su defensa en el procedimiento. Por ello, la persona detenida puede ejercer el derecho a defenderse desde que es puesto a disposición del Ministerio Público y durante la etapa del procedimiento penal, contando desde ese momento con el derecho a que su defensa, entendida como asesoría legal, esté presente físicamente y en posibilidad de brindarle una asesoría efectiva (1a./J. 26/2015 10a).

Asimismo, como bien se dijo en la sentencia, la referida Primera Sala en los amparos directos en revisión 1424/2012, 2915/2013, 4532/2013, 341/2014 y 151/2014 precisó las razones por las cuales el legislador estableció que el derecho de defensa adecuada debe garantizarse desde la etapa ministerial y que por ello el inculpado debía contar con la asistencia efectiva de un letrado en derecho durante la misma.

En efecto, en tales ejecutorias, se estableció que la defensa adecuada debe observarse en aquellas diligencias o actuaciones en las que directa o físicamente participe o deba participar el inculpado, así como en aquellas en las cuales de no estar presente, se cuestionarían o pondrían gravemente en duda la certeza jurídica y el debido proceso,

por lo que concluyó que el derecho fundamental de adecuada defensa en materia penal, se actualiza desde que una persona es puesta a disposición de la autoridad ministerial y será a partir de ese momento en el cual deberá contar con la asistencia efectiva de un defensor, entendiéndose como tal, tanto su presencia física, como con la ayuda material y técnicamente efectiva del asesor legal.

Sobre el tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en su jurisprudencia que el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena (*cfr.* Corte. I.D.H Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela: 2009, párr. 20 a 48; Caso Argüelles y otros Vs. Argentina: 2014, párr. 175 y Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador: 2015, párr. 153). En la misma línea argumentativa ha referido que lo opuesto implicaría supe-ditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, a que el investigado se encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse eficazmente, lo cual sería contrario a la Convención.

Sin embargo, respecto a la forma y tiempo en que debe efectivizarse tal derecho durante la averiguación previa para casos como el que nos ocupa,

consideramos que ello no debe conducirnos a sostener o afirmar que al llegar el inculpado a la agencia del Ministerio Público, forzosamente tiene que estar presente ya su abogado defensor para tener por satisfecho el citado derecho, pues tal condición surgirá a partir de que aquél es presentado ante el fiscal. Así como tampoco, que el fiscal deba esperar a que se encuentre presente la defensa particular de aquel para que se tome la muestra que se intenta recabar del cuerpo del detenido.

De no ser posible la asistencia de un letrado particular y dada la urgencia de algunas diligencias, el agente del Ministerio Público, en aras de garantizar el derecho a gozar de una defensa adecuada del detenido y para no obstaculizar la correcta integración de la investigación correspondiente, deberá asignarle de inmediato al inculpado un defensor de oficio para que asesore al imputado sobre la pertinencia o no de que se obtenga la muestra de su cuerpo, en tanto arribe al lugar el letrado particular, si es que aquel optó por éste.

En efecto, dentro de la averiguación previa la garantía de defensa adecuada, sea que la misma recaiga en un letrado oficial o particular atendiendo a las circunstancias o demora del caso, debe observarse y efectivizarse en todas aquellas diligencias o actuaciones en las que directa y físicamente participe o deba participar la persona involucrada en la investigación y que se encuentra detenida. Lo anterior resulta forzoso en diligencias en las cuales por la naturaleza de la prueba o indicio que se intenta conseguir, éste no podría recabarse

sin la presencia del inculpado porque tal indicio, prueba o vestigio se obtiene directamente de él, esto es, se extrae de su cuerpo, por lo que en estos casos la ausencia de letrado en derecho que aconseje al inculpado no puede tener justificación o validación bajo concepto alguno.

Así, desde nuestro punto de vista, no es factible afirmar que existen diligencias en las cuales la ausencia del letrado es constitucionalmente válida o justificable sólo porque el fiscal actuó en uso de sus facultades constitucionales, la demora o urgencia del caso así lo requerirían y porque fue nulo el impacto que tuvo esa prueba en el proceso.

Lo anterior, en primer lugar, porque ello nos conduciría al extremo de sostener que el Ministerio Público en uso de sus facultades de investigación puede realizar prácticamente cualquier diligencia sin control alguno, validando prácticamente cualquier actuación de aquél. En segundo lugar, porque la supuesta “demora o urgencia” del caso, se subsana o enmienda si el representante social de inmediato le designe un defensor de oficio para que asesore al inculpado, sobre todo si el fiscal advierte que por las circunstancias del caso concreto será necesario extraer del cuerpo del imputado alguna prueba o indicio que a la postre puede convertirse en una prueba de cargo en su contra. Por último, porque el impacto del que se habla en la sentencia difícilmente se conocerá dentro de un plazo tal que permita al imputado, de serle desfavorable, ofrecer una prueba de la misma naturaleza que recabó el fiscal, o bien, una diversa

para refutar o contradecir la presentada por éste, pues el indicio habría desaparecido o no se tomaron las medidas necesarias para preservar excelentes condiciones éste.

En efecto, la asistencia del defensor no sólo garantizará que se respete el derecho a gozar de una defensa adecuada, eje central del debido proceso al tenor de las consideraciones expuestas, sino que además permitirá que el principio de igualdad de condiciones entre las partes sea garantizado, en el supuesto de que la prueba que derive de la obtención de muestras biológicas sirva al órgano acusador para sostener su petición de condena. Debe recordarse que por las características tan especiales de ciertas pruebas, algunas de éstas ya no pueden recabarse con la misma efectividad o contundencia como aconteció en la indagatoria, debido a que con el transcurso del tiempo desaparece o se altera el vestigio o indicio objeto de la prueba, sobre todo si no se tomaron las medidas adecuadas para conservar la muestra o indicio⁴, de forma tal que impiden al inculpado o imputado recabar

una prueba obtenida de similar naturaleza, o bien, refutarla o contradecirla en igualdad de condiciones que el fiscal frente al juez del proceso.

Lo anterior produce que a la postre el inculpado que es llevado a juicio se encuentre en franca desventaja respecto a su contraparte, pues para acreditar algún hecho (en el caso presencia de alcohol en el cuerpo) sólo se contará con la prueba de cargo que aporte el órgano acusador y que fue recabada en la indagatoria, la cual, incluso, podrá servir de indicio de cargo en contra del imputado, sin que éste haya tenido una verdadera posibilidad de aportar otra prueba para contradecirla o refutarla de la misma naturaleza o en igualdad de circunstancias con el fiscal.

A nuestro juicio, la anterior circunstancia hace aún más necesaria la presencia del defensor durante la averiguación previa, pues no debe soslayarse, como se indicó, que el derecho de defensa adecuada, se hizo extensivo a la averiguación previa, precisamente porque la mayoría de los medios que se obtienen durante esa etapa se convierten en el sustento principal para tener por actualizado el delito, así como la plena responsabilidad penal del inculpado.

Así, en el supuesto de que el resultado de la prueba sea desfavorable a los intereses del inculpado y se convierta en una prueba de cargo, con la presencia del abogado defensor se garantizará a dicha parte la posibilidad de que

⁴ Tal es el caso de cuando se toma la muestra de orina para determinar el estado de intoxicación por consumo de alcohol, a fin de acreditar una agravante del delito, cuyo vestigio de acuerdo con la opinión de los expertos se modifican o desaparecen con el trascurso del tiempo, por lo que regularmente tales muestras tienden a desecharse; incluso, algo similar acontece con las muestras de sangre en las que si no se toman las precauciones necesarias el resultado también puede alterarse o desaparecer; pues para este tipo de muestras con la finalidad de conservarla y a la postre realizar un dictamen en igualdad de condiciones tal como fue tomada la muestra de manera inicial, se recomienda agregar fluoruro de sodio porque así se conservan mejor las muestras a 25° C se

pueden preservar dos semanas, a 5° C tres meses y a -15°C hasta 6 meses.

se encuentre en aptitud real de ejercer su defensa respecto a la autenticidad de la muestra y correspondencia para su posterior confrontación a juicio, lo que obliga a la observancia de los parámetros de cadena de custodia, para que la muestra no se vea alterada. Incluso, si la premura del tiempo lo hace factible, la presencia del abogado hará factible que con una adecuada asesoría y si el caso concreto lo permite, el inculpado se encuentre en posibilidades de ofrecer durante la indagatoria una prueba de la misma naturaleza y en igualdad de circunstancias que la representación social, o bien, otra prueba de distinta naturaleza, en aras de confrontar y refutar la que ofrezca el fiscal frente al juez de la causa, de llevarse el caso a juicio.

Lo anterior propiciará que la contradicción de la prueba se realice en igualdad de condiciones, por lo que la presencia del abogado defensor garantizará e impactará, a su vez, en el ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales con los que cuenta el inculpado, como lo es, el principio de igualdad de condiciones, de llevarse a juicio esa prueba por el fiscal.

En efecto, el principio de igualdad de condiciones de las personas ante la ley constituye uno de los principios generales del Derecho a que se refiere el artículo 14 de la Constitución Federal, pues dentro de la garantía del debido proceso legal que permite a los justiciables acceder a los órganos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos y defender sus intereses de forma efectiva, está implícita la igualdad procesal, ya que ese acceso a los órganos

jurisdiccionales para hacer valer sus derechos debe realizarse en condiciones de igualdad procesal, esto es, las partes en el proceso deben tener una idéntica oportunidad tanto para alegar como para probar lo que consideren oportuno (1a./J. 141/2011 9a).

La prohibición de que se produzca indefensión constituye una garantía que implica el respeto del esencial principio de contradicción, de modo que los contendientes en posición de igualdad dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimen conveniente, lo que significa que en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictorio de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses.

A su vez, el artículo 20, apartado A, fracción V, constitucional establece el derecho que tiene el inculpado a que se le reciban sus testigos y las pruebas que ofreciera, y el *onus probandi* corresponde a la parte acusadora, por lo que las partes deben tener igualdad procesal para establecer la acusación o la defensa respectivamente. Con lo que se consigna constitucionalmente dicho principio procesal. De hecho, en el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra la igualdad procesal en el artículo 24 el cual prevé que “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley”.

En tal virtud, el debido proceso legal existe cuando un justiciable puede hacer valer sus derechos y defender sus

intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables, pues el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible la solución justa de una controversia, y para tal fin atiende al conjunto de actos de diversas características generalmente reunido bajo el concepto de debido proceso legal con base en el que los Tribunales deben dirimir los conflictos sobre los derechos de las personas mediante un procedimiento que otorgue a las partes la posibilidad efectiva e igual de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones.

Derivado de lo anterior, es factible concluir que el principio de igualdad de condiciones constituye un elemento esencial del derecho a gozar de un juicio justo, porque busca garantizar, entre otras cosas, que cada parte del proceso penal presente sus argumentos bajo ciertas condiciones, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, dentro de las cuales se presenta la facultad del material probatorio que deba recabarse por las partes del proceso penal, de tal manera que no se genere una posición de desventaja de una de las partes frente a la otra, como lo que podría suceder entre el ente acusador y el acusado, a favor del primero y detrimento del segundo.

El principio de igualdad de condiciones supone que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal de la defensa,

optimizando en la medida de lo posible los derechos y garantías de la defensa, entre los que se encuentran su derecho a gozar de una defensa adecuada y la posibilidad de refutar la prueba. Así, el derecho de defensa en materia penal encuentra uno de sus más importantes y esenciales expresiones en el principio de igualdad de condiciones, pues con el primero se procura y busca, entre otros, garantizar la protección del inculcado frente a aquellas situaciones o actuaciones del fiscal que desequilibran en perjuicio del imputado su actuación en el proceso.

Bajo esta tesis, a fin de efectivizar los citados derechos, consideramos que tales criterios de interpretación constitucional son plenamente aplicables para la diligencia de obtención de muestras biológicas del inculcado recabadas por la autoridad ministerial y que son relevantes para determinar la actualización de supuestos normativos penales en que se finque el ejercicio de la acción penal, por lo que en ese tipo de diligencias será necesaria la presencia del abogado defensor.

Lo anterior es así, porque con ello no sólo se garantiza el derecho de defensa adecuada del inculcado y se buscará asegurar el respeto al principio de igualdad de condiciones, sino que además garantizará el respeto a otros derechos humanos del imputado, en el caso, su dignidad, pues este tipo de pruebas por su naturaleza tan especial requieren de cierto grado de intromisión en la intimidad del inculcado o imputado, de ahí que previamente a dar su consentimiento para otorgar la muestra, es necesaria

la presencia del letrado en derecho, sea de oficio o particular; para que lo asesore respecto a la pertinencia o no de aportar la muestra.

Con motivo de ello, consideramos que cuando se ordene la toma de muestras biológicas del cuerpo del inculpa-do con la finalidad de recabar pruebas, será necesario que previamente se encuentre asistido de abogado defensor ya sea de oficio o particular, conforme a las circunstancias y demora del caso lo permitan, pues esto garantizará su derecho a contar con una defensa adecuada, lo cual, a su vez, le permitirá mayores posibilidades de defenderse en igualdad de condiciones y controvertir el resultado del perito de la representación social ante el juez de la causa, de llevarse a juicio la prueba o indicio obtenido de esa muestra.

Lo anterior fue una de las finalidades por las cuales el legislador estableció que el derecho de defensa adecuada se hacía extensivo y debía observarse también durante la averiguación previa, pues en la mayoría de los medios de prueba del sistema anterior, que se obtienen durante esa etapa se convierten en el sustento principal para tener por actualizado el delito, así como la plena responsabilidad penal del inculpa-do; y porque además

algunas de las pruebas que se recaban durante la indagatoria, por su especial naturaleza, después difícilmente podrán volver a obtenerse para el fin encomen-dado en las mismas condiciones, pues con el transcurso del tiempo los vestigios o indicios que produjeron la prueba desaparecen o se alteran, de ahí la importancia de la defensa adecuada durante la averiguación previa.

IV. FUENTES DE CONSULTA

Tesis 1ª./J. 117/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVI, Septiembre de 2007.

Tesis 1ª./J. 35/2015 y 1ª./J. 27/2015. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época.

Tesis 1a./J. 11/2014 (10a). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo I, Febrero de 2014.

Tesis 1a./J. 26/2015 (10a). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, Mayo de 2015.

Tesis 1a./J. 141/2011 (9a). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 3, Diciembre de 2011.

¿NECESITA UNA NUEVA REFORMA LA REFORMA PENAL?

○ Alfredo Haro Goñi*

*Maestro en Derecho por la Universidad de Pennsylvania y abogado por la Escuela Libre de Derecho.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Reforma constitucional**

Constitutional reform

○ **Sistema acusatorio**

Accusatory system

○ **Código penal**

Criminal law

○ **Derechos humanos**

Human rights

Resumen. El día 15 de diciembre de 2016, un grupo de Senadores de los grupos parlamentarios del PAN, PRI y PRD, presentaron una iniciativa de reforma constitucional relacionada con el nuevo sistema de justicia penal y con el juicio de Amparo en materia penal. En el documento se aprecia una reducción en estándares probatorios; se eliminan etapas procesales que otorgan al imputado la oportunidad de impugnar la actuación del Ministerio Público e incluso en el propio juicio de amparo se elimina la posibilidad de dirigirlo contra el auto de vinculación a proceso. En este trabajo se analizará esta iniciativa apuntando las graves inconsistencias del proyecto y las regresiones respecto del estándar de protección que se tiene en la actualidad.

Abstract. On December 15th, 2016, a group of Senators initiated the process for a constitutional amendment by filing a constitutional amendment project in connection with the, recently created, criminal justice system as well as with the *amparo* in criminal matters. This project reduces and limits the human rights of the accused in multiple and severe ways. Herein, the author studies and analyzes the aforementioned constitutional amendment project, while he red-flags the violations to human rights contained therein.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Consideraciones previas. III. La progresividad de los derechos humanos. IV. Análisis de la iniciativa de reforma constitucional. V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El día 15 de diciembre de 2016, un grupo de senadores de los grupos parlamentarios del PAN, PRI y PRD, presentaron una iniciativa de reforma constitucional relacionada con el nuevo sistema de justicia penal y con el juicio de amparo en materia penal. El texto íntegro de la exposición de motivos y de la reforma propuesta puede ser consultado en la página del Senado de la República.¹

De la lectura que se realice del primer párrafo del documento señalado, se aprecia una reducción en estándares probatorios. Por ejemplo, para librar una orden de aprehensión o para ordenar una detención por caso urgente, se eliminan etapas procesales que otorgan al imputado la oportunidad de impugnar la actuación del Ministerio Público e incluso en el propio juicio de amparo se elimina la posibilidad de dirigirlo contra el auto de vinculación a proceso; por mencionar algunos de los cambios propuestos.

¹ http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2016-12-15-1/assets/documentos/Inic_Cristina_Diaz_y_diversos_senadores_CPEUM_Materia_Penal.pdf

Pues bien, en las siguientes páginas se analizará esta iniciativa de reforma constitucional, apuntando las inconsistencias del proyecto así como las regresiones respecto del estándar de protección que se tiene en la actualidad.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

A lo largo de la lectura que se haga de este artículo, sería útil que el lector tenga presente que los legisladores, en muchos casos —no en todos— utilizan las reformas constitucionales no solo como un pretexto para trascender en la historia de las legislaturas aunque dichas reformas no sean realmente necesarias, sino también como medio para eliminar de raíz los obstáculos legales que encuentra algún grupo clientelar de uno o varios grupos parlamentarios o los propios legisladores en lo individual/personal, en determinada situación que afecta sus intereses.

Los legisladores aprovechan un criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se transcribe a continuación, para los efectos que enseguida se señalan:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los

tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. *De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comentario es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano (Pleno P./J. 20/2014 (10a.) abril de 2014).*

Este criterio es utilizado por los legisladores, no solo para menguar la progresividad de derechos humanos consagrados en nuestra norma fundamental sino para lograr una flagrante regresividad. Esto lo demostraremos en seguida.

III. LA PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

El artículo primero constitucional, a raíz de la reforma de dicho dispositivo en junio de 2011, establece en su párrafo 3o lo siguiente:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

El párrafo tercero transcrito, en la parte donde hacemos énfasis, impone la obligación a todas las autoridades (que incluye a los legisladores) en el marco de sus competencias (como lo es la de legislar), de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con diversos principios, siendo uno de ellos el principio de progresividad.

Dicho principio consiste, en palabras lisas y llanas, en que la protección que otorgan los derechos humanos evoluciona y se amplía de manera irreversible, no solo cuantitativa sino cualitativamente. *A contrario sensu*, implica que los avances logrados en materia de derechos humanos no deben ser menoscabados, disminuidos, reducidos con posterioridad a su logro (Carpizo, 2011, p. 19).

Lo anterior ha sido sostenido por la Primera Sala de nuestro más alto tribunal, al señalar lo que implica el principio bajo análisis. Veamos:

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS.

El principio de progresividad está previsto en el artículo 1o. constitucional y en diversos tratados internacionales ratificados por México. Dicho principio, en términos generales, ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto. Es posible diseccionar este principio en varias exigencias de carácter tanto positivo como negativo, dirigidas a los creadores de las normas jurídicas y a sus aplicadores, con independencia del carácter formal de las autoridades respectivas, ya sean legislativas, administrativas o judiciales. En sentido positivo, del principio de progresividad derivan para el legislador (sea formal o material) la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos; y para el aplicador, el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen, en lo posible jurídicamente, esos aspectos de los derechos. En sentido negativo, impone una prohibición de regresividad: el legislador tiene prohibido, en principio, emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los derechos humanos, y el aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos humanos de manera regresiva, esto es, atribuyéndoles un sentido que implique desconocer la extensión de los derechos humanos y su nivel de tutela admitido previamente. En congruencia con este principio, el alcance y nivel de protección reconocidos a los derechos humanos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales, deben ser concebidos como un mínimo que el Estado Mexicano tiene la obligación inmediata de respetar (no regresividad) y, a la vez, el punto de partida para su desarrollo gradual (deber positivo de progresar) (Primera Sala, 1a CCX-CI/2016 (10a.), viernes 02 de diciembre de 2016 10:14).

Ahora bien, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, también ha señalado que la progresividad no es absoluta pues pueden existir circunstancias y exigencias que hagan, en un momento determinado, justificable una regresión.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA PROHIBICIÓN QUE TIENEN LAS AUTORIDADES DEL ESTADO MEXICANO DE ADOPTAR MEDIDAS REGRESIVAS NO ES ABSOLUTA, PUES EXCEPCIONALMENTE ÉSTAS SON ADMISIBLES SI SE JUSTIFICAN PLENAMENTE.

El principio referido impone al Estado, entre otras cuestiones, la prohibición de regresividad, la cual no es absoluta y puede haber circunstancias que justifiquen una regresión en cuanto al alcance y tutela de un determinado derecho fundamental. Sin embargo, dichas circunstancias están sujetas a un escrutinio estricto, pues implican la restricción de un derecho humano. En este sentido, corresponde a la autoridad que pretende realizar una medida regresiva (legislativa, administrativa o, incluso, judicial) justificar plenamente esa decisión. En efecto, en virtud de que el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone a todas las autoridades del Estado Mexicano la obligación de respetar el principio de progresividad, cuando cualquier autoridad, en el ámbito de su competencia, adopta una medida regresiva en perjuicio de un derecho humano y alega para justificar su actuación, por ejemplo, la falta de recursos, en ella recae la carga de probar fehacientemente esa situación, es decir, no sólo la carencia de recursos, sino que realizó todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos a su disposición, en el entendido de que las acciones y omisiones que impliquen regresión en el alcance y la tutela de un derecho humano sólo pueden justificarse si: a) se acredita la falta de recursos; b) se demuestra que se realizaron todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos, sin éxito; y, c) se demuestra que se aplicó

el máximo de los recursos o que los recursos de que se disponía se aplicaron a tutelar otro derecho humano (y no cualquier objetivo social), y que la importancia relativa de satisfacerlo prioritariamente, era mayor. Esto es, si bien es cierto que las autoridades legislativas y administrativas tienen, en ciertos ámbitos, un holgado margen de actuación para diseñar políticas públicas, determinar su prioridad relativa y asignar recursos, también lo es que dicha libertad se restringe significativamente cuando está en juego la garantía de los diversos derechos humanos reconocidos por nuestro sistema jurídico, ya que ésta, en tanto normas que expresan el reconocimiento de principios de justicia de la máxima importancia moral, tiene prioridad *prima facie* frente a cualquier otro objetivo social o colectivo, pues en una sociedad liberal y democrática, estos últimos tienen solamente valor instrumental y no final, como los derechos humanos. (Primera Sala, 1a. CCXCIII/2016 (10a.) viernes 02 de diciembre de 2016: 10:14).

La doctrina parece discrepar respecto de la postura de la Corte. Ello puesto que se ha sostenido que “una vez reconocidos, tal acción es irreversible porque [...] sería un contrasentido [...] que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión” (Carpizo, 2011, p. 20).

Sería muy afortunado poder señalar la complementariedad de ambas posturas pero las palabras utilizadas por la Corte no hacen de ello una posibilidad.

Desde luego que la Corte no ignora los alcances del principio de progresividad. Sin embargo, pareciera que va más allá del texto constitucional aceptando no solo que la progresividad no es absoluta sino que la regresividad puede justificarse. Ahora bien, esa postura pudiera resultar lógica cuando se aplica únicamente a casos en los que se

involucran recursos económicos o materiales² pues por su naturaleza, el uso de los mismos implica un costo de oportunidad. Esto es, si utilizo ese tipo de recursos para A, no podré usarlos para B. En otras palabras, es imposible emplear recursos que no se tienen o que no existen para propósito alguno. Por ello, más que una excepción es una imposibilidad. Pero fuera de ese supuesto, la postura de la Corte no es sostenible.

El artículo 1º Constitucional no limita de modo alguno el principio de progresividad. El párrafo primero señala que las únicas limitaciones que pudieran existir a los Derechos Humanos los establecerá la propia Constitución y no existe una limitación al principio de progresividad en los términos que se plantean. Además, el párrafo segundo indica que la interpretación debe hacerse de manera que otorgue la protección más amplia a la persona. Finalmente, el párrafo tercero obliga a todas las autoridades (incluyendo a los ministros) a que en el ámbito de su competencia (como lo es la impartición de justicia y la consecuente fijación de criterios jurisdiccionales para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía) promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos de conformidad con el principio de progresividad. De ahí que,

² Sin embargo, la Corte ya sostuvo que la progresividad es aplicable a todos los derechos humanos y no únicamente a aquellos de naturaleza económica, social o cultural. Véase la tesis con el rubro “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD. ES APLICABLE A TODOS LOS DERECHOS HUMANOS Y NO SÓLO A LOS LLAMADOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.”

ante la inexistencia de una limitación expresa (como lo establece el artículo 29 constitucional, pero tal restricción es siempre temporal, no como la autorizada por la Corte en el criterio transcrito), la obligación de una interpretación pro persona, y la ulterior obligación de progresividad en el respeto y protección de los derechos humanos, sea difícil, por no decir jurídicamente imposible, coincidir con el criterio que se comenta.

Hasta aquí podemos concluir que la progresividad en el respeto, protección, promoción y garantía de los derechos humanos —cuando no dependen de recursos económicos o materiales, como los civiles al menos—, no está sujeta a restricción o limitación alguna.³

Teniendo presente todo lo anterior, pasemos ahora al análisis de la iniciativa de reforma constitucional.

IV. ANÁLISIS DE LA INICIATIVA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Para efectos de orden, esta sección estará dividida en subapartados. En cada uno de ellos se analizará el contenido de la iniciativa de reforma respecto de cada uno de los artículos que pretenden reformarse.

³ Sin embargo, la Corte ya sostuvo que la progresividad es aplicable a todos los derechos humanos y no únicamente a aquellos de naturaleza económica, social o cultural. Véase la tesis con el rubro “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD. ES APLICABLE A TODOS LOS DERECHOS HUMANOS Y NO SÓLO A LOS LLAMADOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.” C No. 198, Párrafo 103.

A. ARTÍCULO 16

1. Arraigo

La iniciativa propone eliminar el arraigo, y como dicha figura en la actualidad únicamente aplica para la delincuencia organizada, la definición de ésta en el texto constitucional, se alega que carece de sentido, por lo que también se elimina.

La primera parte es un gran avance que desde luego se celebra y se reconoce. La figura del arraigo fue duramente criticada durante toda su existencia por abogados, doctrinarios y organismos internacionales de derechos humanos. En el documento del Senado se pueden observar las fuentes. Bravo.

La eliminación de la definición de “delincuencia organizada” es también un acierto. Tenemos la mala costumbre en nuestro país de utilizar la Constitución como diccionario y vamos incorporando conceptos y definiciones de aquellos puntos que están en la mesa del debate nacional. A mi juicio esa práctica es un error y viene de lo que se mencionaba páginas arriba sobre el deseo de los legisladores de “dejar una huella” de que pasaron por determinada legislatura. La constitución norteamericana, en más de 200 años de existencia, ha tenido solo 27 enmiendas y sigue siendo un modelo y lo que es más, un modelo vigente que es aplicado continuamente por la Suprema Corte de Justicia de aquel país. Sobra decir más.

No obstante este aparente progreso, como se verá más adelante, la esencia del arraigo (detener para investigar)

parece subsistir con un nombre distinto. Lamentable.

2. Requisitos para librar órdenes de aprehensión

Para observar el cambio en el lenguaje utilizado por la Constitución y las exigencias para librar una orden de aprehensión, es necesario hacer una revisión histórica de los cambios que ha tenido el artículo 16.

El texto constitucional original, en la parte que importa para el presente apartado, establecía lo siguiente:

No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.⁴

Posteriormente hubo una reforma al artículo en comento, en febrero de 1983 pero que no tocó la parte que ha sido transcrita.

En septiembre de 1993, tuvo lugar otra reforma constitucional al párrafo bajo análisis. Dicha reforma culminó con la redacción siguiente:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda

denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado *cuando menos* con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

La expresión “cuando menos”, en la exigencia de que el delito fuera sancionado “cuando menos” con pena privativa de libertad, tenía sentido puesto que en aquel entonces estaba vigente la pena de muerte, la que fue derogada de la Constitución en el año 2005.

Nótese como en este primer cambio, el estándar probatorio para librar una orden de aprehensión se incrementó sustancialmente, pues hasta esa fecha solo era necesario que la denuncia, acusación o querrela, estuvieran apoyadas por una declaración bajo protesta, de una persona “digna de fe” o por datos que hicieran probable la responsabilidad del inculpado. No era necesario acreditar que un hecho delictivo había ocurrido, era suficiente el dicho de una persona “digna de fe”. Alternativamente, si no se contaba con el dicho de una persona “digna de fe”, la denuncia, acusación o querrela, debía estar apoyada por datos que hicieran probable la responsabilidad del inculpado. Pero en ningún momento era necesario acreditar que un delito se había cometido efectivamente, bastaba con la denuncia, acusación o querrela de que ello había ocurrido para poder librar la orden de aprehensión.

Con la redacción de 1993 se volvió necesario contar con elementos que acreditaran los elementos del tipo penal y también con elementos que

⁴ Texto que, en la parte que se estudia, fue prácticamente “plagiado” de la 4ª Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América. Para abundar al respecto *vid.*, Amar, A., 1997:1 y ss.

acreditaran la probable responsabilidad del indiciado. Este es el estándar más elevado que el texto constitucional ha previsto en su existencia, pues en relación con el delito no era suficiente acreditar únicamente los elementos objetivos o externos, que constituyen la materialidad del hecho, así como los normativos de ser el caso (*cf.* CFPP, art. 168, párr. 2), sino también los elementos del tipo penal dentro del cual se encuadraba el hecho. Era necesario acreditar los elementos subjetivos y los subjetivos distintos al dolo o la culpa, de ser el caso. Paralelamente debía acreditarse la probable responsabilidad, esto es, que el indiciado participó en la comisión del delito sin que le asista alguna causa de licitud o excluyente de responsabilidad (*cf.* *Ibidem*, párr. 3). El cambio es radical e impone un estándar mucho más elevado para que la autoridad judicial pueda librar la orden de aprehensión.

En marzo de 1999 una reforma constitucional separó el hasta entonces primer párrafo en diversos párrafos, quedando como segundo párrafo el texto que ahora nos interesa. Dicho párrafo quedó redactado en los términos siguientes:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Con el texto de 1999 para librar dicha orden, se tenía que contar con datos

que acreditaran el cuerpo del delito, es decir, los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho y además tendrían que existir datos que hicieran probable la responsabilidad del indiciado. Es decir, a partir de 1999 era necesario demostrar primero que el hecho delictivo tuvo lugar únicamente con los elementos objetivos, ya no con los subjetivos ni los distintos al dolo y la culpa; y paralelamente la probable responsabilidad también con datos que la acreditaran. Nótese cómo en 1999 se redujo el estándar mínimo para librar una orden de aprehensión que se había fijado en 1993.

En su exposición de motivos, los legisladores argumentaron que ante la criminalidad rampante y la percepción de inseguridad, era necesario tomar medidas urgentes para abatir la impunidad, etc. Este discurso no ha cesado desde entonces para justificar las reformas constitucionales en la materia. En pocas palabras, las reformas realizadas buscaron y lograron “hacerle fácil la chamba” al Ministerio Público para detener y consignar a quien se presumía había cometido un delito y para que así pudiera dar “mejores resultados”, entendidos estos como más personas aprehendidas, más personas consignadas y más personas en formal prisión; todo ello, en perjuicio de una mayor protección a la libertad de las personas.⁵

⁵ Para un análisis detallado sobre la información estadística que demuestra que la reforma de 1993 se tradujo en un alto porcentaje de condenas, véase Díaz Aranda, 2003: 27-48.

Este tipo de reformas no tienen otra razón que una de índole política, como lo es el aparentar que se actúa o se reacciona rápidamente ante el reclamo popular por la inseguridad que se percibe, y con ello buscar el favor de la población en las urnas al momento de las elecciones (Díaz Aranda, 2003, p. 48).⁶

Posteriormente vino la reforma de 2008 que fue la piedra angular para la implementación del nuevo sistema de justicia penal. El texto quedó en los términos siguientes:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Con el texto constitucional de 2008 se exigen “datos que establezcan que se ha cometido ese hecho” (es decir, el hecho que la ley señale como delito) y “que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”. En otras palabras, aún se requieren datos de prueba que acrediten el hecho y que todavía se podrían identificar con el cuerpo del delito, o sea, con los elementos objetivos y normativos del tipo penal. En efecto, el verbo utilizado es “establecer”, que significa “dejar demostrado y firme”. Pero con relación a la probable responsabilidad,

ya no se exige dato de prueba alguno como se exigía en 1999. Ahora solo debe “existir” la probabilidad de que el indiciado cometió o participó en la comisión del delito, pero la redacción permite que ello ocurra sin algún dato de prueba. “Existir” quiere decir “ser real y verdadera”, pero la existencia debe afirmarse, no de la autoría o participación de una persona, sino de su probabilidad. Y si probabilidad significa “verosimilitud o apariencia de verdad”, cualquier suposición medianamente bien articulada podrá ser suficiente, aún sin contar con datos de prueba.

Otra vez se advierte una reducción en el estándar probatorio necesario para librar una orden de aprehensión, con relación al estándar fijado por el texto constitucional de 1999.

En 2009 hubo un error de “dedo” que cambió el texto del artículo y párrafo que se comentan, lo que generó que se considerara una reforma constitucional pero con la fe de erratas del mismo año el texto regresó al que existe desde la reforma de 2008 por lo que no amerita mayor comentario.

En diciembre de 2016, se presentó la iniciativa de reforma que es el motivo que originó este trabajo. El texto que se propone en dicha iniciativa para el párrafo segundo del artículo 16 constitucional, es el siguiente:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela y, se establezca la probabilidad de la existencia del hecho que la Ley señale como delito y de la intervención de la persona en él.

⁶ Artículo que fue publicado en 2003 y concluye de una manera profética con la realidad que vivimos a inicios de 2017.

Ya no se exige que el delito tenga contemplada una pena privativa de libertad, por lo que la orden de aprehensión podrá usarse tratándose de cualquier delito, como el delito de desobediencia o resistencia de particulares que en varios de los artículos del Código Penal Federal se les impone una pena distinta de la prisión.

Además, esta propuesta ya no requiere dato de prueba alguno, ni para el hecho ni para la participación. Únicamente tendría que establecerse la “probabilidad”, esto es, la verosimilitud o apariencia de verdad, tanto de la existencia del hecho como de la intervención de la persona en él. Bastará el dicho de una persona para hacer verosímil la comisión de un delito y la intervención de cierta persona en dicho ilícito. Con esto regresamos a 1917 en donde el dicho de una persona “digna de fe” era suficiente para que se librara una orden de aprehensión, lo cual es terrible y deja a todo gobernado en una inseguridad jurídica de grado difícilmente superable. La probabilidad, cuando no se fija en términos aritméticos, es del todo subjetiva. Es verosimilitud. Y lo que es verosímil para una persona con el dicho de otra puede no serlo para una tercera.

Precisamente uno de los motivos principales de la reforma de 1993 fue establecer parámetros objetivos para librar órdenes de aprehensión y con ello otorgar mayor seguridad jurídica a las personas. Desde 1993 hemos venido erosionando esa seguridad jurídica en cada reforma para, finalmente, regresar al punto de partida de 1917. A

esto no puede llamársele de otra forma que “regresividad o regresión”, y ello es violatorio de los derechos humanos que han sufrido una afectación negativa con dicho actuar de los distintos poderes del Estado.

En el cuadro 1, podrá observar el lector, en un cuadro que presenta la información de manera mucho más gráfica, el lenguaje utilizado a lo largo del tiempo con el propósito de facilitar la comprensión de las observaciones realizadas en esta sección

En efecto, todo lo anterior nos permite observar cómo a partir de la reforma de 1999 se redujo el estándar para librar una orden de aprehensión, y ello solo puede traducirse en una regresión en la protección de los derechos humanos dado que la prohibición de regresión obliga al Estado mexicano desde 1981, fecha en que fue ratificada la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, desde entonces las obligaciones que se desprenden del texto de dicha convención, son vinculantes para nuestro país. Vamos que volamos hacia un Estado Policía.

Ahora bien, con independencia de que todas las reformas al actual párrafo tercero (con anterioridad primero y segundo) del artículo 16 constitucional, han sido regresivas con posterioridad a la reforma de 1993, resulta importante considerar que si desde 2011, la reforma constitucional obliga a todos los funcionarios a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos

Cuadro 1. Diferentes redacciones del artículo 16.

1917	1993	1999
No podrá librarse <i>ninguna</i> orden de aprehensión o <i>detención</i> , sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con <i>pena corporal</i> , y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del <i>inculpa</i> do...	No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, <i>acusación</i> o querrela de un hecho <i>determinado</i> que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los <i>elementos</i> que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del <i>indiciado</i> .	No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado <i>cuando menos</i> con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el <i>cuerpo del delito</i> y que hagan probable la <i>responsabilidad del indiciado</i> .
2008	2009	Iniciativa
No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y <i>obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión</i> .	No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. ⁷	No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela y, <i>se establezca la probabilidad de la existencia del hecho que la Ley señale como delito y de la intervención de la persona en él</i> . ⁸

⁷ La primera reforma a este artículo en el año señalado, utilizó la voz “proceda” en lugar de “preceda” motivo por el que se hizo la consecuente fe de erratas para quedar como estaba con la reforma de 2008.

⁸ Este texto es parte del proyecto de reforma constitucional que pretende aprobarse durante el 2017.

progresivamente, al menos desde esa fecha⁹ quedarían proscritas y serían impugnables las medidas regresivas que afecten derechos humanos que no sean económicos, sociales o culturales, como lo son por ejemplo, los civiles y políticos.

La iniciativa presenta los siguientes argumentos, a saber:

1. Que el lenguaje actual impide a los órganos jurisdiccionales librar órdenes de aprehensión contra personas que están siendo requeridas por la autoridad judicial, y que incumplen con las órdenes de comparecencia cuando el delito por el que se pretende iniciar el proceso no tiene señalada pena privativa de la libertad.
2. Que una orden de aprehensión nunca implica que el imputado será privado de su libertad, por lo que es innecesaria la exigencia de que, para ser conducido ante el juez, el delito debe ser penado con privación de la libertad.
3. Que el nuevo lenguaje es más acorde con el nuevo sistema de justicia penal pues el término “datos de prueba” ha tenido problemas de interpretación y, de conformidad con el derecho comparado (alemán), únicamente se requiere “sospecha fundada” de la participación del imputado en un delito.

⁹Uso la expresión “al menos” porque como fue esbozado en el párrafo anterior, pudiera resultar fundado el argumento apuntado en dicho párrafo, en cuyo caso la fecha a partir de la cual pudiera argumentarse la progresividad sería el 2 de marzo de 1981.

Estas tres ideas, que tienen argumentos muy endebles, son expuestas y argumentadas en tan solo una página sin detallar los “problemas” o “dificultades” que se pretenden resolver con la reforma. Lo que de inicio parece muy poco serio para fundar y motivar una reducción y limitación en los derechos humanos de las personas.

Sobre el primer argumento hay que decir que ello solo refleja un gran desconocimiento. El Código Nacional de Procedimientos Penales obliga a los órganos jurisdiccionales a imponer las medidas de apremio necesarias para garantizar que las partes comparezcan a juicio (*cf.* “Artículo 57. Ausencia de las partes”) a garantizar la observancia de sus decisiones en audiencia (*cf.* “Artículo 59. De los medios de apremio”), a aperebir la imposición de un medio de apremio en caso de incumplimiento de un citatorio (*cf.* “Artículo 91. Forma de realizar citaciones”). Entre las medidas de apremio que puede utilizar los órganos jurisdiccionales está el auxilio de la fuerza pública (*cf.* “Artículo 104. Imposición de medios de apremio”) y la fuerza pública puede utilizarse sin agotar otro medio de apremio en caso de que el testigo debidamente citado no se presente o se tenga temor fundado de que se ausente o se oculte (*cf.* “Artículo 364. Comparecencia obligatoria de testigos”). El órgano jurisdiccional también puede hacer uso de los medios de apremio contra las autoridades que incumplan o retarden las determinaciones de aquel (*cf.* “Artículo 364. Comparecencia obligatoria de testigos”).

Como puede verse, no es necesaria una orden de aprehensión para hacer comparecer a una persona a juicio, pues la ley otorga facultades a los juzgadores para utilizar el auxilio de la fuerza pública y llevar a las personas ante el órgano jurisdiccional de que se trate aun en contra de su voluntad. Esta facultad se tiene no solamente contra el imputado y con independencia del delito que se le imputa, sino también contra testigos y autoridades.

Sobre el segundo argumento es necesario decir que la orden de aprehensión, por su naturaleza, implica una privación de la libertad. Ello no implica necesariamente prisión preventiva (pues la orden de aprehensión y la prisión preventiva son dos cosas absolutamente distintas) pero lleva como presupuesto que existen ciertos requisitos mínimos fijados en la Constitución, que ya están acreditados ante el órgano jurisdiccional para que éste libere la orden de aprehensión. En este sentido, el legislador señala que el objetivo es la conducción de una persona ante el juez, y esto lo puede lograr con los medios de apremio que han sido señalados en los párrafos precedentes.

Sobre el tercer argumento debe tenerse presente que el lenguaje utilizado en la reforma de 2008 fue pensado y diseñado precisamente para su aplicación en el nuevo sistema de justicia penal. Los datos de prueba no son pruebas, pues para que sean tales, deben ser desahogadas ante el órgano jurisdiccional en audiencia (*cf.* “Artículo 261. Datos de prueba, medios de prueba y pruebas”). Pero la redacción del párrafo constitucional

que se comenta en nada afecta la tramitación y las reglas del nuevo sistema de justicia. Incluso si tuviéramos la redacción de 1993, que ha otorgado la mayor protección a la libertad personal de las personas, en nada se afectaría al sistema acusatorio y sus reglas de trámite. Son dos cosas autónomas y distintas.

Los legisladores parecen confundidos y no concedores de la ley adjetiva que ellos mismos aprobaron y que sirve para todo aquello que pretenden “resolver” con esta iniciativa de reforma constitucional.

Pasemos ahora al siguiente punto de la iniciativa.

3. Caso urgente

En el cuadro 2 se contrastan el texto constitucional vigente y la iniciativa propuesta.

La exposición de motivos de los legisladores señala que para que se actualice el caso urgente, ya no se requerirá que se trate de un delito grave pues se busca eliminar dicho concepto del orden constitucional mexicano y en consecuencia también del orden jurídico nacional. Argumentan que el Código Nacional de Procedimientos Penales ya exige al Ministerio Público para realizar una detención bajo el supuesto de caso urgente, contar con elementos que permitan solicitar una orden de aprehensión pero que la misma no se solicite por el riesgo de sustracción del imputado a la acción de la justicia. —Sí, pareciera que falta alguna parte del silogismo para que hiciera sentido

Cuadro 2. Texto constitucional e iniciativa de reforma

Vigente	Iniciativa
<p>Sólo en casos urgentes, <i>cuando se trate de delito grave así calificado por la ley</i> 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, <i>ordenar</i> su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.</p>	<p>Sólo en casos urgentes, 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 hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, <i>siempre que se actualicen los mismos supuestos para solicitar una orden de aprehensión, determinar</i> su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.</p>

esa “argumentación”—. Los legisladores terminan señalando que, de cualquier manera, la detención tendrá que ser revisada judicialmente, como si eso ya fuera la solución a todos los problemas gravísimos que se generarán con tan deficiente propuesta.

Lo anterior se esgrime en un solo párrafo y con una argumentación ya no deficiente sino nula, se pretende justificar el estado de inseguridad monstruoso en el que se pondrá a toda persona que se encuentre en territorio nacional.

De inicio es preciso señalar que el concepto de delito grave —con independencia de que se esté de acuerdo con un criterio aritmético o discrecional para definir su contenido— limita sustancialmente el universo de conductas respecto de las que se puede realizar una detención bajo el supuesto que se estudia —caso urgente—. Esa mera limitación se traduce en una fuerte

protección a la libertad personal de todas las personas y una medida legislativa que reduzca o elimine esa limitación al poder o actuación de agentes estatales, lleva aparejada una reducción o limitación de igual magnitud al derecho a la libertad personal. Es una medida legislativa absolutamente regresiva.

Habiendo dicho lo anterior, del pequeño párrafo en la exposición de motivos que pretende justificar la reforma al párrafo bajo análisis, parece asumirse que la orden de aprehensión únicamente puede librarse para delitos graves, lo que es falso. La orden de aprehensión puede librarse, según el texto constitucional actual, para cualquier delito sancionado con pena privativa de libertad. Luego entonces, incluso respecto de aquellos que tienen una pena alternativa pero que contemplan prisión, puede librarse dicha orden aunque finalmente el imputado ni

lleve el juicio en prisión preventiva ni la pena que se imponga sea la prisión. El texto constitucional es claro.

El legislador cree que está innovando en su iniciativa al exigir al Ministerio Público que estén actualizados los requisitos necesarios para librar una orden de aprehensión. En el texto vigente, la exigencia de que no se pueda acudir ante la autoridad judicial por razón de hora, lugar o circunstancia, implica ya que se tengan acreditados los requisitos que son necesarios para librar una orden de aprehensión, pues ¿para qué tendría que acudir el Ministerio Público ante la autoridad judicial sino es para ejercer la acción penal y solicitar dicha orden? De ahí que, con el texto vigente, es necesario contar con dichos elementos, ya acreditados, al momento de ordenar la detención por caso urgente. En otras palabras, una vez detenida la persona, el Ministerio Público tiene que ponerlo a disposición del juez y no puede tomarse tiempo adicional para acreditar los extremos necesarios para que se libere la orden de aprehensión. Como puede verse, por lo que hace a este punto, la iniciativa, de innovadora no tiene un ápice.

Pero lo que resulta más grave es que como la iniciativa redujo el estándar para librar una orden de aprehensión, ahora sí dependerá de la subjetividad del Ministerio Público si se detiene a alguien bajo el supuesto de caso urgente y lo que es peor, los jueces no podrán echar abajo dicha detención por que la Constitución permitirá ese grado de subjetividad en un asunto tan delicado.

Recordemos que conforme a esta iniciativa en relación con la orden de aprehensión, ya no requiere dato de prueba alguno, ni para el hecho ni para la participación. Solo tendría que establecerse la “probabilidad” esto es, la verosimilitud o apariencia de verdad, tanto de la existencia del hecho como de la intervención de la persona en él. Bastará el dicho de una persona para hacer verosímil la comisión de un delito y la intervención de cierta persona en dicho ilícito. Y como también fue dicho con anterioridad, con esto regresamos a 1917 en donde el dicho de una persona “digna de fe” era suficiente para que se librara una orden de aprehensión, lo cual deja a todo gobernado en una inseguridad jurídica brutal. Insisto, la probabilidad cuando no se fija en términos aritméticos, es totalmente subjetiva. Es verosimilitud. Y lo que es verosímil para una persona con el dicho de otra, puede no serlo para una tercera.

Así las cosas, bastará el dicho de una persona para que el Ministerio Público detenga a otra persona por caso urgente. Abrumador.

Valga apuntar que una detención no se determina: se ordena o se califica.

Ahora bien, la parte *in fine* del párrafo que se comenta y que no fue tocada por el legislador en esta iniciativa, contradice lo que busca el legislador tanto en el párrafo relativo a la orden de aprehensión como en el párrafo que ahora se comenta. Me explico.

Con la iniciativa se busca que la orden de aprehensión pueda librarse sin que existan datos de que el hecho se

cometió y de que una persona lo cometió o participó en su comisión, sino que ambos extremos únicamente sean “probables”. Ello faculta al Ministerio Público a realizar detención por caso urgente, solo con esa “probabilidad”. Pues bien, la última parte del párrafo que ahora se comenta exige que el Ministerio Público *funde y exprese* “los indicios que motiven su proceder.” Entonces ya no son necesarios únicamente los requisitos para librar una orden de aprehensión que, como fue expuesto, requiere solo de una probabilidad sino que según esta última parte del párrafo que se comenta, además de la probabilidad se requiere contar con indicios que acrediten el hecho y que alguien lo cometió o participó en él. ¿Entonces se requiere solo la probabilidad o también indicios?

La contradicción entre la parte media del párrafo y la parte final es evidente. ¿A cuál daremos preponderancia? Porque, seamos claros, no son compatibles. Esto lo único que generará es que nuestro máximo tribunal asuma funciones de intérprete, que en el caso concreto será lo mismo que ser legislador.

4. Autorización judicial para imponer medidas de geolocalización

La iniciativa de reforma propone también dentro del artículo 16 constitucional la siguiente adición (cuadro 3).

De conformidad con el párrafo vigente que se comenta, los jueces de control son competentes para resolver sobre: i) medidas cautelares, ii) providencias precautorias y iii) técnicas de

Cuadro 3. Iniciativa de reforma al artículo 16.

Vigente	Iniciativa
<p>Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.</p>	<p>Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de <i>geolocalización en tiempo real</i>, medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.</p>

investigación de la autoridad, que requieran control judicial. La iniciativa agrega en primer término la geolocalización en tiempo real.

Es impactante cómo nuestros legisladores ni siquiera leen las leyes que ellos mismos aprueban, ya no se diga las que están vigentes pero que no aprobaron ellos.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en su “Título V ‘Actos de Investigación’, Capítulo II ‘Actos de Investigación’”, “Artículo 303. Localización geográfica en tiempo real y solicitud de entrega de datos conservados”, establece con claridad que la localización geográfica es un acto de investigación que requiere de control judicial por parte de un juez de control.

Como puede verse, no es necesaria una reforma constitucional para incluir la localización en tiempo real en

el texto constitucional. La Constitución no debe ser un listado casuístico de supuestos como pretenden los legisladores. La localización en tiempo real se subsume en lo que la Constitución ya contempla como “*técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial.*”

B. ARTÍCULO 19

1. Plazo constitucional de setenta y dos horas o audiencia de vinculación a proceso

Nuestros legisladores buscan derogar el primer párrafo del artículo 19 constitucional (cuadro 4).

En la exposición de motivos se señala en *primer* término, que el plazo de 72 horas es un remanente del antiguo sistema inquisitivo mixto conocido como

Cuadro 4. Primer párrafo artículo 19 constitucional

Vigente	Iniciativa
<p>Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.</p>	<p><i>Derogado.</i></p>

preinstrucción, en el que el juez valoraba el mérito de la investigación del Ministerio Público para determinar si había lugar a la apertura formal de un proceso penal que implicaba el sometimiento del imputado a la prisión preventiva. En *segundo* lugar señala que la resolución que marcaba el final de dicha etapa era el auto de formal prisión que daba inicio a la *instrucción*, y que dicha resolución cerraba la litis y servía de parámetro para establecer la congruencia entre el delito imputado al acusado y la sentencia pero que todo ello resulta incompatible con un modelo que adopta la metodología de audiencias para la toma de decisiones. Como *tercer* punto, la exposición de motivos señala que el auto de vinculación a proceso, en los estados que adoptaron el sistema acusatorio con más rapidez, simplemente se adhirió a las formalidades del antiguo auto de formal prisión, creando una “*audiencia de preinstrucción*” y que el examen de dicha audiencia es desalentador pues formaliza la investigación en lugar de concebirla como una actividad que realiza la policía bajo la dirección del Ministerio Público, agregando que con ese antecedente, incluso el CNPP habla de la fase de investigación complementaria y su duración, lo que refleja la traslación de la *preinstrucción* al sistema acusatorio como una etapa más del procedimiento penal. *Cuarto*, la prisión preventiva oficiosa era lo único que justificaba la necesidad de un examen de mérito previo pero ahora que se pretende eliminar ese régimen de prisión preventiva oficiosa ese examen previo no tiene razón de ser. *Quinto*, en otros

países latinoamericanos que han pasado a un sistema acusatorio no existe ese control previo, únicamente lo existe cuando se requiere una medida cautelar, y ello reduce el tiempo entre la medida cautelar y la acusación formal.

Nuevamente podemos identificar la falta de conocimiento de nuestros legisladores sobre el proceso penal. Por lo que hace al primer argumento, la preinstrucción en efecto puede servir para determinar si es procedente la prisión preventiva pero ese es un asunto accesorio. Lo principal es determinar si se continúa con el proceso penal o no. La prisión preventiva puede negarse y aun así continuarse con el trámite del proceso. Lo anterior, con relación al sistema inquisitivo mixto. No obstante, la aplicación de dicho término constitucional se aplica sin problemática alguna en el nuevo sistema de justicia penal. Así lo contempla el *Artículo 313. Oportunidad para resolver la solicitud de vinculación a proceso*. Este plazo es un plazo que otorga la oportunidad al imputado para aportar datos o medios de prueba de descargo (*cf.* art. 314) precisamente para demostrar al juez de control una posible investigación sin mérito. Recordemos que el imputado puede llegar a la audiencia inicial sin tener conocimiento de que se sigue una investigación en su contra — lo que en mi opinión es violatorio del debido proceso porque no se da igual oportunidad a las partes para preparar; en este caso su defensa ya que el ministerio público puede llevar meses o años realizando una investigación sin que el imputado tenga conocimiento de ello y en consecuencia tenga oportunidad de

preparar su defensa—. En el estado en que nos encontramos, la eliminación del plazo constitucional quitaría esa oportunidad de defensa al imputado lo que limitaría y reduciría aún más su derecho a la defensa adecuada y a un debido proceso legal.

En lo tocante al segundo argumento, baste decir que el Código Nacional de Procedimientos Penales se creó por los mismos legisladores que proponen la reforma y en cuyo contenido el auto de vinculación a proceso tiene básicamente los mismos efectos que el auto de formal prisión, marcando el inicio de otra etapa dentro del proceso (la investigación complementaria) y que también establece el parámetro de congruencia entre la acusación y, en su caso, la sentencia. Pues bien, la manera en la que funciona el sistema acusatorio y su regulación en el código adjetivo señalado, no refleja, en absoluto, una incompatibilidad con el hoy auto de vinculación a proceso, por el contrario, es un acto jurisdiccional que da certeza al imputado para su defensa pero también al ministerio público para su acusación. La exposición de motivos en ningún momento explica esa supuesta incompatibilidad “*con un modelo que adopta la metodología de audiencias para la toma de decisiones*” para justificar el cambio que pretende pues, dicho sea de paso, las decisiones sí se toman en audiencia y no parece haber obstáculos para ello.

En lo tocante al tercer punto, iniciemos diciendo que no es verdad que el auto de vinculación a proceso se adhirió a las formalidades del antiguo auto de formal prisión. Para empezar, la formal

prisión de dictaba en plazos irrenunciables; la vinculación a proceso puede dictarse en la misma audiencia inicial si así lo decide el imputado. (*cf.* art. 313) La vinculación o no vinculación se determina en una audiencia; el auto de formal prisión no. Podría seguir pero creo que el punto ha quedado claro. El argumento de los legisladores no es sostenible. Continuemos apuntando que la investigación no se formaliza de manera alguna. La investigación siempre la realiza la policía bajo el mando del Ministerio Público, (*cf.* art. 21, párr. 1. art.3. glosario, art.132, art.211) incluso en la investigación complementaria. Ésta etapa, que critican nuestros legisladores, no se corresponde en absoluto con la *preinstrucción* y además, es una etapa útil puesto que, como se apuntó con anterioridad, el imputado puede llegar a la audiencia inicial sin conocimiento de que se sigue una investigación en su contra y dicha etapa le otorga una oportunidad de defensa tendiente a evitar una acusación. Esto, además de ser una razón de justicia tiene una razón de economía pues el costo de llevar un caso a juicio será mucho más elevado que terminarlo cuando aparezca en el control de mérito previo que hace el juez en esta etapa, que la pretensión punitiva del Ministerio Público no tiene sustento.

Los demás “argumentos” si es que se pueden llamar así, se caen con lo dicho en los párrafos precedentes. Por ello se evitan repeticiones ociosas. Sobre el *quinto* punto, considero pertinente apuntar que la reducción entre el tiempo de medidas cautelares y la acusación

formal se podría reducir de muchas otras maneras sin eliminar por completo el control judicial del que se habla, por poner un ejemplo más garantista, podrían eliminarse las posible prórrogas al Ministerio Público para continuar con la investigación complementaria.

Para cerrar este subapartado, quiero reiterar y dejar claro que la audiencia inicial —que puede ser también el momento en el que el imputado es vinculado a proceso— es útil porque puede ser el primer momento en que una persona tenga conocimiento de la investigación que se siga en su contra y ello le da oportunidad, hasta ese momento, de defenderse. Evidentemente, mantener la vinculación a proceso es el segundo mejor escenario. Si los legisladores realmente quieren ser garantistas y respetuosos del debido proceso y dar iguales oportunidades a la defensa y a la acusación entonces debería reformarse el CNPP para que desde el momento en el que se inicie una investigación, o tan pronto como se conozca el imputado o haya un señalamiento contra alguna persona, se le notifique y pueda preparar su defensa con la misma oportunidad (temporalidad) que el Ministerio Público su acusación. En este supuesto, sí podríamos prescindir de la vinculación a proceso. Ese cambio sería nuestra mejor opción. Con ello, no solo eliminamos la vinculación a proceso, sino también la investigación complementaria, que hoy tiene lógica porque —si el imputado no se acoge al plazo de 72 horas o su duplicidad— es el único lapso en el que el imputado puede aportar datos o medios de prueba si no

tuvo conocimiento de la investigación en su contra con anterioridad, para desvirtuar la imputación en su contra. Y el control de mérito de la investigación lo haría el órgano jurisdiccional al realizar el estudio para otorgar o negar la orden de aprehensión o comparecencia que solicite el Ministerio Público.

Así, valga la expresión, se matarían dos pájaros de un tiro porque cuando el imputado queda en prisión preventiva durante la investigación complementaria, nos encontramos precisamente ante un arraigo “rebautizado”, puesto que se detiene a una persona para investigar, situación que como ya fue señalado, ha sido duramente criticada por múltiples organismos internacionales y órganos de tratados de derechos humanos.

2. Prisión preventiva oficiosa

Esta es la modificación propuesta con relación a la prisión preventiva (cuadro 5).

La exposición de motivos señala que en línea con el derecho internacional de los derechos humanos, el hecho de imponer prisión preventiva de manera automática en razón del tipo de delito imputado, vulnera el derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia y los principios de proporcionalidad, excepcionalidad, subsidiariedad y razonabilidad, pues no se considera la situación concreta sobre la necesidad de cautela. Sostiene también que cualquier afectación a la libertad personal debe justificarse con razones objetivas e imparciales que permitan imponer la carga de la medida cautelar,

Cuadro 5. Iniciativa sobre la prisión preventiva

Vigente	Iniciativa
<p>El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.</p>	<p><i>Sólo podrán imponerse medidas cautelares con arreglo a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y subsidiaridad, para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.</i></p>

por ello su aplicación debe ser el último recurso y buscando la mínima intervención a la afectación de derechos. En este tenor, el Ministerio Público está obligado a acreditar la necesidad de la medida en una audiencia pública. Finalmente, afirma que la prisión preventiva y otras medidas cautelares únicamente deben efectuarse cuando resulten indispensables para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

En general, coincido. Lo único que quisiera apuntar, es la subjetividad implícita en algunos de los extremos que justifican la imposición de las medidas cautelares. Garantizar el “desarrollo de la investigación” o “la protección de la comunidad” puede significar cualquier cosa. Si realmente se quiere dar seguridad jurídica a la población, en lugar de esas expresiones deberían utilizarse parámetros que fueran objetivos y no dejar intactas las mencionadas que permiten gran discrecionalidad al Ministerio Público y al propio juez, en perjuicio del gobernado.

Por lo demás, me parece que este es el segundo y último de los cambios rescatables de la iniciativa que se comenta.

3. Congruencia entre la acusación y la sentencia definitiva

En el cuadro 6 se transcribe la reforma propuesta, por lo que hace a este punto, en la iniciativa bajo análisis.

Los legisladores sostienen que como la iniciativa elimina por completo la figura de la vinculación a proceso, la garantía de *litis* cerrada, se traslada a la necesidad de congruencia entre la acusación y la sentencia y así se protege la seguridad jurídica del imputado

respecto de los alcances de los cargos que pesan en su contra.

Al respecto, es necesario señalar que en contra de lo dicho por nuestros legisladores, no se elimina por completo la vinculación a proceso. Baste releer el penúltimo párrafo de la columna relativa a la iniciativa en el cuadro anterior, donde se habla de que en los casos de delincuencia organizada sí existirá vinculación a proceso, pues es dicha figura la que marca la fecha a partir de la cual se suspenderán los plazos de prescripción de la acción penal cuando el inculpado se evada de la acción de la justicia o sea extraditado. Nótese la incongruencia.

Cuadro 6. Acusación y sentencia definitiva

Vigente	Iniciativa
<p>La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.</p> <p>El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal.</p> <p>La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho</p>	<p>Para la aplicación de medidas cautelares la parte acusadora deberá justificar la probabilidad de la existencia del hecho que la ley señale como delito y de la intervención de la persona en él.</p> <p><i>La sentencia definitiva deberá guardar congruencia con el hecho o hechos formulados en la acusación.</i></p> <p><i>Derogado.</i></p>

Cuadro 6. Continúa...

Vigente	Iniciativa
<p>particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.</p> <p>Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.</p> <p>Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.</p> <p>Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.</p>	<p>Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.</p> <p>Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.</p>

Pero eso es lo de menos. Nuestros legisladores reflejan una impactante ignorancia ya no digamos del Derecho Procesal Penal sino de la propia Constitución y de las leyes que ellos mismos crearon.

La Constitución en el artículo 19, en su 5o párrafo (antepenúltimo párrafo en el cuadro de este subapartado),

establece que todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si el proceso se sigue por ciertos delitos, como una consecuencia de los derechos a la seguridad jurídica, a una defensa adecuada y al debido proceso, la sentencia únicamente podrá dictarse en relación con dichos

delitos. Pues bien, este párrafo pretende derogarse.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en su “artículo 68. Congruencia y contenido de autos y sentencias” también contempla esa congruencia y ¡habla específicamente de la acusación y la sentencia! Nuestros legisladores al querer innovar únicamente hacen evidente su falta de diligencia.

En adición a lo anterior, que refuta las “razones” de los legisladores para llevar a cabo la reforma, es importantísimo tener presente que, según el texto de esta iniciativa, para solicitar cualquier medida cautelar se requiere exactamente lo mismo que para librar una orden de aprehensión y para hacerlo basta el dicho de una persona pues eso ya podría hacer “probable” que un delito se cometió y que determinada persona participó en él.¹⁰ Esto es preocupante porque como la reforma permite que la orden de aprehensión sea aplicable a todo delito y, al no existir elementos objetivos ni para librar la orden de aprehensión ni para otorgar medidas cautelares sino únicamente la simple “probabilidad”, se corre el grave riesgo de que tanto el Ministerio Público como el órgano jurisdiccional, determinen que dicha probabilidad se tenga por acreditada. ¿Cómo? Solo ellos lo sabrán porque desde una perspectiva lógica y gramatical, el dicho de una persona podría

ser suficiente para hacer probable la comisión de un ilícito penal y la participación de una persona en él, y eso resta objetividad y genera inseguridad para los gobernados. Pero además de la “probabilidad de la existencia del hecho que la ley señale como delito y de la intervención de la persona en él”, para otorgar medidas cautelares, el párrafo anterior de la iniciativa (que puede verse en el cuadro del subapartado anterior) exige que las medidas cautelares solo se impongan para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

Así las cosas, resulta que se requieren más requisitos para imponer medidas cautelares que para librar una orden de aprehensión. En otras palabras ¡es más fácil privar de la libertad a una persona que proteger a otra! Una aberración.

C. ARTÍCULO 20

1. Armonización de la nomenclatura constitucional

La iniciativa de reforma propone el siguiente cambio al Apartado A del artículo 20 constitucional (cuadro 7).

Insistimos en que los legisladores desconocen absolutamente las leyes que aprueban y que están vigentes. El sistema acusatorio en nuestro país permite tener la investigación penal en trámite sin que el imputado sea notificado del inicio de una investigación

¹⁰ Remítase el lector a los subapartados “Requisitos para librar órdenes de aprehensión” y “Caso urgente”.

Cuadro 7. Iniciativa de reforma al artículo 20

Vigente	Iniciativa
<p>Artículo 20. El proceso penal será...</p> <p>A. De los principios generales:</p> <p>VIII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la <i>imputación</i>, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuanto acepte su responsabilidad;</p>	<p>Artículo 20. El proceso penal será...</p> <p>A. De los principios generales:</p> <p>VIII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la <i>acusación</i>, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuanto acepte su responsabilidad;</p>

en su contra (*cf.* Artículos 218. Reserva de los actos de investigación, 219. Acceso a los registros y la audiencia inicial y 220. Excepciones para el acceso a la información). El imputado puede hacerse sabedor de dicha investigación hasta que es citado a la audiencia inicial cuando la investigación penal ya lleva meses o años por parte del Ministerio Público. Esta situación es violatoria del debido proceso puesto que no existe igualdad de partes ya que el Ministerio Público puede estar investigando durante años, recolectando información, elementos y datos de

prueba y ese no es el mismo tiempo que tiene el imputado para preparar su defensa. El imputado, si tiene suerte, tendrá un máximo de seis meses para preparar su defensa durante la investigación complementaria. Ello también es una violación escandalosa a la defensa adecuada.

Por eso, como ya fue señalado, en el estado actual de nuestro marco jurídico, es necesario que exista la vinculación a proceso y la investigación complementaria, para que el imputado tenga una mínima oportunidad de defensa — pero nunca igual a la oportunidad de

investigación y acusación que tiene el Ministerio Público—. Lo que constituye la segunda mejor opción.

Estas son las cosas que deberían preocupar a nuestros legisladores, situaciones que son verdaderamente violatorias de derechos humanos y no de eliminar etapas que se vuelven necesarias para tratar de equilibrar esa burda inequidad de oportunidades entre el Ministerio Público y el imputado, que los propios legisladores han creado con sus leyes.

No es ocioso reiterar que la mejor opción sería imponer la obligación de notificación al imputado tan pronto se tenga conocimiento de su identidad, para que pueda defenderse en iguales condiciones que el Ministerio Público tiene de preparar la acusación (véanse párrafos penúltimo y último

del Apartado B Artículo 19 de este trabajo). Con ello se evitaría una crasa vulneración al debido proceso y a la defensa adecuada.

D. ARTÍCULO 73

1. Competencia del Congreso de la Unión para legislar en materia de delincuencia organizada

Por lo que hace al artículo 73, la iniciativa sugiere la modificación mostrada en el cuadro 8.

La exposición de motivos esgrime que las entidades federativas se ven obligadas a investigar fragmentariamente los delitos que están vinculados con la delincuencia organizada, pues la investigación de esta es competencia de

Cuadro 8. Iniciativa de reforma al artículo 73

Vigente	Iniciativa
<p>Artículo 73. El Congreso tiene la facultad:</p> <p>XXI. Para expedir:</p> <p>a) ...</p> <p>c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.</p> <p>...</p>	<p>Artículo 73. El Congreso tiene la facultad:</p> <p>XXI. Para expedir:</p> <p>a) ...</p> <p>c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y justicia penal para adolescentes <i>y delincuencia organizada</i>, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común;</p> <p>...</p>

la Federación. Ello imposibilita la realización de una investigación integral debido a la obligación de separar toda la información relacionada con delincuencia organizada de los delitos del fuero común. De esta manera se afecta el deber de debida diligencia en la investigación. En consecuencia, se propone la creación de una Ley Nacional de Delincuencia Organizada para que las autoridades locales también tengan competencia para perseguir delitos de delincuencia organizada, evidentemente sin la presencia del arraigo. Finaliza alegando que esta facultad no significa crear una legislación paralela de carácter excepcional en materia de delincuencia organizada, es decir, por ningún motivo debe entenderse que se autoriza al Congreso crear un derecho penal de excepción.

Estimo que las entidades federativas no están preparadas para investigar la delincuencia organizada. Si ha sido criticado que incluso algunos funcionarios de la SEIDO han sido cooptados por el crimen organizado —varios han estado en prisión— cuando los sueldos a nivel federal son sustancialmente mayores que los del fuero común. Permitir al fuero común investigar la delincuencia organizada sería poner en bandeja de plata la oportunidad para corromper funcionarios locales. Esa desproporción entre la capacidad operativa de la delincuencia organizada y de las entidades federativas fue lo que detonó la reforma constitucional de 2008 en la materia, que otorgó competencia exclusiva a la Federación para legislar e investigar los delitos relacionados con ese fenómeno

delincuencial. Los estados no tienen la capacidad económica, humana, técnica y tecnológica para investigar dicho fenómeno y pasará con más facilidad lo que en su momento ocurrió en Michoacán en tiempos de Fausto Vallejo. Más que un riesgo sería una inminente caída que no tendríamos porque tener.

En cuanto a la legislación única, en congruencia con lo dicho en el párrafo precedente, la Federación ya tiene la competencia exclusiva y el Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de delincuencia organizada, prevista en el artículo 73 constitucional, fracción XXI, inciso b).

Esta modificación, en línea con la mayoría de las anteriores que contiene la iniciativa, es un sinsentido.

Un derecho constitucional y penal de excepción es el que pretenden crear con la mayoría de los cambios que busca esta iniciativa.

E. ARTÍCULO 107

1. Juicio de amparo y principio de estricto derecho

En el cuadro 9 presentamos, la reforma que busca cambiar el texto constitucional en su artículo 107.

Al respecto, nuestros legisladores buscan que el juicio de amparo sea de estricto derecho en materia penal. Esto es, se elimina la suplencia en la deficiencia de la queja para dicha materia. Alegan que el sistema acusatorio solo admite recursos de manera extraordinaria debido a que

Cuadro 9. Iniciativa de reforma al artículo 107

Vigente	Iniciativa
<p>Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103... se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:</p> <p>I. ...</p> <p>II. ...</p> <p>En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria.</p> <p>...</p> <p>III. ...</p>	<p>Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103... se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:</p> <p>I. ...</p> <p>II. ...</p> <p>En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria. <i>El amparo en materia penal será de estricto derecho.*</i></p> <p>...</p> <p>III. ...</p>
<p>* El documento de la iniciativa plantea dos redacciones distintas en lo que se observa como una crasa falta de atención de los legisladores y sus equipos de trabajo. En la página 16 del documento tiene la redacción que se transcribe en el texto relacionado a este pie de página, pero en la página 21 en lugar de la adición transcrita la redacción utilizada es “El amparo en materia penal deberá contener la expresión de agravios...” y de esto último no necesariamente se deriva que el amparo en materia penal será de estricto derecho. Las distintas redacciones pueden tener efectos muy distintos aunque la exposición de motivos es clara en su intención.</p>	

opera sobre un modelo de audiencias que permite un control de garantías de manera horizontal, en el que las partes argumentan ante un tercero imparcial. Por ello, sostienen que el amparo debe ser de estricto derecho y basarse solo en los agravios que expresamente formulen las partes sobre la resolución definitiva que les cause agravio. Así, el órgano de alzada no se convierte en un revisor oficioso de todo el procedimiento, pues ello únicamente debilita las garantías que deben existir en primera instancia y socava el poder jurisdiccional del juez natural. Además alegan que si el juez

de amparo puede revisar la integridad del procedimiento penal y pronunciarse sobre planteamientos que no fueron señalados por las partes en primera instancia, se debilitan los principios del sistema acusatorio. Finalizan afirmando que la suplencia de la queja en el amparo no es un derecho fuerte como lo son los principios que caracterizan el sistema acusatorio, por lo que aquel tendría que ceder frente a estos.

Considero importante abrir este comentario con algunas precisiones. La iniciativa genera una contradicción con el último párrafo del inciso a), de la

fracción III del artículo que se comenta que continúa contemplando la suplencia de la queja deficiente en materia penal.¹¹ Un juzgador de amparo no es un “juez de alzada”. Las competencias de unos y otros son absolutamente distintas. Ni el juez de alzada ni el de amparo pueden revisar “oficiosamente” “todo” el procedimiento o la “integralidad” del mismo. Sus competencias son muy limitadas y concretas. Las competencias de los jueces de alzada y de los jueces de amparo de ninguna manera socavan el poder jurisdiccional del juez natural porque su competencia no les permite estudiar o revisar lo mismo que estudia o revisa el juez natural. Pero aun cuando así lo hicieran, ese argumento podría ser aplicable a todas las ramas del derecho y no únicamente al derecho penal por lo que no se explica la razón de que solo se quiera eliminar la suplencia de la queja deficiente en materia penal y no en derecho agrario, por poner un ejemplo.

La suplencia de la queja deficiente en materia penal se contempla desde el texto original —1917— de nuestra Constitución. Luego —en 1951, es decir 34 años después— se trasladó al derecho laboral en favor del trabajador

y mucho después —en 1962, o sea 45 años más tarde— al derecho agrario. Esa temporalidad ya dice mucho. Pero además lo que se busca proteger con la suplencia de la queja deficiente en materia penal (libertad personal) tiene mucha mayor relevancia que aquello que se protege con la misma figura en las otras materias (el trabajo y la propiedad). ¿Por qué entonces se busca dejar al gobernado en el tipo de indefensión que más le perjudica? ¿Alguien en su sano juicio preferiría mantener sus propiedades que su libertad? Recordemos además que la absoluta mayoría de la población penitenciaria no contó, en su momento, ni cuenta ahora con recursos para tener un buen abogado y que siempre es mejor que un culpable quede libre a que un inocente pierda su libertad (Halvorsen V., 2004, pp. 3-13).¹²

Pero además, nuestros legisladores pretenden comparar cosas que no son comparables porque tienen naturaleza distinta. En sus palabras la suplencia de la queja “no es un derecho fuerte como lo son los principios que caracterizan el sistema acusatorio”. ¿A dónde vamos a llegar con este tipo de “ideas” —porque de poder ser un argumento está muy lejos— de nuestros legisladores?

La fortaleza y las raíces de la suplencia de la queja en materia penal han quedado ya señaladas y en nada afectan los principios del sistema penal acusatorio. Son totalmente independientes.

¹¹ “Al reclamarse la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, deberán hacerse valer las violaciones a las leyes del procedimiento, siempre y cuando el quejoso las haya impugnado durante la tramitación del juicio mediante el recurso o medio de defensa que, en su caso, señale la ley ordinaria respectiva. Este requisito no será exigible en amparos contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, al estado civil, o al orden o estabilidad de la familia, ni en los de naturaleza penal promovidos por el sentenciado.”

¹² En sentido similar, *Coffin v. United States* 156 U.S. 432 (1985): 454.

No obstante lo anterior, eliminar el derecho a la suplencia de la queja deficiente sería una regresión tan exagerada que podría fácilmente llegar a traducirse en una responsabilidad internacional para el Estado mexicano, gracias a estas “grandes ideas” de nuestros legisladores quienes esperemos que tengan la capacidad de reconsiderar su iniciativa antes de que sea demasiado tarde.

2. Amparo indirecto en materia penal

Sobre este punto, los legisladores proponen la reforma mencionada en el cuadro 10.

Para argumentar la pertinencia del cambio sostienen que el sistema acusatorio ya cuenta con instrumentos para convalidar o subsanar vicios formales, cuando dichos vicios se traducen en una afectación irreparable a un derecho fundamental y dicho acto violatorio no pueda ser subsanado, la nulidad de dicho acto y de todos los que de él derivan debe ocurrir en el mismo proceso, de ahí que el juez natural esté facultado para decretar la nulidad de los actos ilícitos. El amparo indirecto en materia penal genera que cualquier decisión que se produzca en el proceso, incluso si es reparable en su curso, sea materia de continuas interrupciones y suspensiones, incluso respecto de violaciones que en realidad no se traducen en la afectación de un derecho fundamental. El juicio de amparo, en este sentido, tendría que proceder como un recurso extraordinario, procedente solamente contra actos u omisiones que priven de

la libertad a una persona como podrían ser la sentencia condenatoria o la prisión preventiva. Así lo que se busca es que el amparo indirecto en materia penal solo proceda contra resoluciones o actos que causen agravios de imposible reparación contra la libertad del imputado.

Sobre el particular, es falso que “cualquier decisión” en el proceso penal “incluso si es reparable en su curso” o “si la violación no se traduce en la afectación de un derecho fundamental” sea materia de continuas interrupciones y suspensiones. El amparo no procede contra cualquier decisión, de hecho existen múltiples causales de improcedencia (*cf.* Artículo 61. Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) que nuestros legisladores parecen desconocer a pesar de que la Ley de Amparo vigente también fue creada por los legisladores impulsores de esta iniciativa. Tampoco es procedente el amparo si la violación es reparable en el curso del proceso, pues las fracciones XVI¹³ y XVII¹⁴ del artículo 61 de la Ley de Amparo señalan su improcedencia en ese caso. Lo mismo puede decirse de la hipótesis

¹³ “Contra actos consumados de modo irreparable;”

¹⁴ “Contra actos emanados de un procedimiento judicial o de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud del cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo, por no poder decidirse en tal procedimiento sin afectar la nueva situación jurídica.

“Cuando en amparo indirecto se reclamen violaciones a los artículos 19 ó 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, solamente la sentencia de

Cuadro 10. Iniciativa de reforma al artículo 107

Vigente	Iniciativa
<p>Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103... se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:</p> <p>I ...</p> <p>III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:</p> <p>a) ...</p> <p>b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan.</p> <p>c) ...</p> <p>IV. ...</p> <p>V. En el amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:</p> <p>a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares</p> <p>b) ...</p> <p>VI. ...</p> <p>XII. La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el Juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito que</p>	<p>Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103... se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:</p> <p>I. ...</p> <p>III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:</p> <p>a) ...</p> <p>b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan.</p> <p><i>En materia penal sólo será procedente contra actos u omisiones fuera del juicio oral que priven de la libertad personal de modo irreparable y una vez que hayan sido agotados los recursos procedentes, y</i></p> <p>c) ...</p> <p>IV. ...</p> <p>V. En el amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:</p> <p>a) En materia penal, contra <i>la sentencia definitiva dictada en el juicio oral o contra el sobreesimiento definitivo, sea en el orden federal, común o militar.</i></p>

Cuadro 10. Continúa...

Vigente	Iniciativa
<p>corresponda, pudiéndose recurrir, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII.</p> <p>Si el Juez de Distrito o el Tribunal Unitario de Circuito no residieren en el mismo lugar en que reside la autoridad responsable, la ley determinará el juez o tribunal ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca;</p> <p>XIII. ...</p>	<p>b) ...</p> <p>VI. ...</p> <p><i>XII. Derogado.</i></p> <p>XIII. ...</p>

relativa a que la violación no se traduzca en la afectación de un derecho fundamental, pues la improcedencia en tal supuesto se ordena por la fracción XII¹⁵ del mismo artículo, en relación con la fracción I del artículo 5o¹⁶ de la misma Ley de Amparo.

primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones para los efectos de la improcedencia prevista en este precepto. La autoridad judicial que conozca del proceso penal, suspenderá en estos casos el procedimiento en lo que corresponda al quejoso, una vez concluida la etapa intermedia y hasta que sea notificada de la resolución que recaiga en el juicio de amparo pendiente”.

¹⁵ “Contra actos que no afecten los intereses jurídicos o legítimos del quejoso, en los términos establecidos en la fracción I del artículo 5o de la presente Ley, y contra normas generales que requieran de un acto de aplicación posterior al inicio de su vigencia;”.

¹⁶ “El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma,

Luego señalan nuestros legisladores que por esas “razones” —cuya improcedencia ya está contemplada en la Ley de Amparo por lo que su

acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.

El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa; La víctima u ofendido del delito podrán tener el carácter de quejosos en los términos de esta Ley.”

“razonamiento” carece de sustento— es que el juicio de amparo debe ser extraordinario y proceder solo contra actos u omisiones que priven de la libertad a una persona —y enuncian como ejemplo la sentencia condenatoria o la prisión preventiva—. En otras palabras, argumentan que lo que buscan es que “el amparo indirecto en materia penal únicamente proceda contra resoluciones o actos que causen agravios de imposible reparación contra la libertad del imputado”. Han transcurrido casi cien de años en los que se ha depurado el juicio de amparo y siempre se ha considerado que después de la vida, la libertad personal le sigue en jerarquía. Esa evolución de la Ley de Amparo y de la propia Constitución nos ha traído al punto en el que se estima que la protección a esos derechos fundamentales es de una importancia inigualable. Por ello se han creado tantos candados y oportunidades para proteger la libertad de las personas. No queramos hoy, con un plumazo hecho con ignorancia, echar abajo principios que vienen desde la época de Trajano, quien desde aquellas épocas sostuvo “better to let the crime of a guilty person go unpunished than to condemn the innocent” (Coffi V. United States 156 U. S. 432, 1985: 454) y que luego suscribió William Blackstone (1769), Thomas Starkie (1824) y Jeremy Bentham (1825) (Halvorsen, V; *op. cit.*: 3).¹⁷ Pues bien, con este tipo de reformas lo único que

se facilita es que inocentes sean sancionados penalmente.

Además, nuestros legisladores, otra vez, hacen evidente su falta de cuidado y su falta de conocimiento. Primero sostienen que el amparo tendría que proceder “contra actos u omisiones que priven de la libertad” y mencionan como ejemplo la sentencia condenatoria y la prisión preventiva y posteriormente señalan que el amparo indirecto solo sería procedente “contra resoluciones o actos que causen un agravio de imposible reparación contra la libertad personal”. Sobre la primera parte, si se utiliza la expresión que “priven de la libertad” podrá darse el caso de que el amparo no proceda contra el reconocimiento de inocencia o la anulación de sentencia, porque esos actos no “privaron de la libertad” al quejoso y si se otorga la libertad con esas figuras, tampoco podrá acudir al amparo la víctima o el ofendido. Llevado a un extremo, lo mismo podría decirse de la propia prisión preventiva si la misma se ordena cuando el imputado ya está detenido. Es absurdo. Respecto de la segunda parte, desde el punto de vista jurídico, los “actos de imposible reparación” son aquellos que afectan materialmente derechos sustantivos tutelados por la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte (*cf.* Ley de Amparo. Artículo 107, fracciones III, inciso b) y V).

En este sentido toda privación de la libertad que no se apegue a la ley, constituye un acto de imposible reparación pues se afecta el derecho sustantivo y

¹⁷ Halvorsen, V, 2004:3.

humano a la libertad personal y el derecho a la seguridad jurídica. Pero la libertad no únicamente se afecta cuando una persona es privada de ella. Con esta reforma no se podrá conocer en amparo de otros actos que, sin consistir en privación de la libertad sí afectan dicho derecho, como la negativa a admitir una prueba o la negativa de desahogar una prueba anticipada porque esas negativas no entrañan en sí una privación de la libertad.

Y el mismo razonamiento puede aplicarse a la última modificación propuesta por la reforma (107, fracción V, inciso a) donde se sustituye el término “resoluciones definitivas” por el de “sentencia definitiva o sobreseimiento definitivo” pues aquel abarca muchos más supuestos que estos.

Se dice que “el que no conoce la historia está condenado a repetirla” y nuestra historia nos ha permitido evolucionar de los estados autoritarios a los estados democráticos de derecho, en los que la libertad es pilar fundamental cuya protección es la piedra angular de dicho pilar. Pues bien, más de dos siglos de vida independiente han logrado establecer excepciones que amplían la procedibilidad del amparo contra actos que afectan la libertad (*cf.* Ley de Amparo. Artículo 61, fracción XVIII, incisos a), b) y d), y ese logro no debería nulificarse con la aprobación de una iniciativa que sobresale por haber sido hecha con ignorancia y demagogia, que se traduce en gigantescas zancadas regresivas de nuestros legisladores y que nos está regresando a 1917.

V. CONCLUSIONES

La democracia es compleja y tiene muchas virtudes. El diálogo y el debate pueden llevar a grandes cosas, a grandes progresos. Pero una democracia tiene riesgos, que se acentúan cuando los representantes populares toman decisiones por demagogia y no por el bienestar y la seguridad de sus gobernados. Esta iniciativa, en su mayor parte es una de esas. Dichos riesgos permiten que democracias pasen a dictaduras demagógicas, de las que tenemos destacados ejemplos en Latinoamérica.

La ley nunca generará realidad y cuando se pretende que así sea se producen perversiones como las dictaduras señaladas. La responsabilidad social y sobre todo la gubernamental que tienen los legisladores como órgano del Estado, debería obligarlos a analizar a conciencia las reformas que proponen y, sobre todo, las desventajas o efectos adversos de las mismas, para así, considerando el principio pro persona, determinar si las modificaciones realmente amplían la protección de la población a la que representan o no. Aprobando en el primer caso y rechazando la reforma en el último.

Esta iniciativa, casi en su totalidad, es impactantemente regresiva. Reduce sustancialmente la protección de la libertad personal y de defensa adecuada de la población, pero también los derechos de las víctimas, quienes tampoco podrán acudir al amparo en muchos casos.

Lo único rescatable de esta iniciativa es la supresión del arraigo¹⁸ y la eliminación de la prisión preventiva oficiosa. Todos los demás cambios propuestos son regresivos.

Esperemos que nuestros legisladores, aprovechen la oportunidad de hacer verdaderamente efectiva la igualdad de las partes imponiendo la obligación del Ministerio Público de notificar al imputado sobre el inicio de la investigación y así éste no tenga que enterarse de la misma hasta la audiencia inicial con la formulación de la imputación —que como se ha dicho puede coincidir con la vinculación a proceso—. Con ello, se respetaría el debido proceso y la defensa adecuada; con ello, nuestros legisladores podrían eliminar, sin remordimientos —aunque de cualquier manera no creo que los tengan—, la vinculación a proceso y la investigación complementaria y con ello, la población quedaría tranquila y segura.

No está de más tener presente que nuestros legisladores no deben buscar la manera de facilitar el trabajo a los ministerios públicos para que puedan acusar con menos requisitos a la población, ni a los jueces para que puedan condenar a la población, al contrario. Deberían de imponer mayores requisitos para privar de la libertad a las personas y con ello garantizar una mayor

libertad y mayor seguridad a los gobernados. Esos requisitos no necesariamente se traducen en requisitos constitucionales para librar órdenes de aprehensión, etc., pueden ser requisitos de capacitación, de aprobación de exámenes de conocimiento, fijar mejores sueldos para que gente verdaderamente preparada esté interesada en ser agente del ministerio público. Todas estas medidas de austeridad recientes, son buenas en cierto sentido, pero ello no debería ir en detrimento de los órganos de procuración e impartición de justicia, por el contrario, los sueldos de éstos funcionarios deberían ir a la alza. Por algo se dice en el ámbito laboral “*if you pay peanuts you’ll have monkeys*”.

La población no debe, en modo alguno, resentir una limitación en sus derechos, por la negligencia o impericia de los funcionarios públicos. Eso es lo que está pasando con esta desafortunada iniciativa.

Recordemos que para una persona, cualquier privación de la libertad es irreparable —con independencia del concepto jurídico— porque el tiempo en reclusión nunca podrá recuperarse y por ello entre mayores oportunidades de defensa se tengan, es mejor.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- Amar, A. (1997). *The Constitution and Criminal Procedure. First Principles*. Connecticut: Yale University Press.
- Carpizo, J. (2011). “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”. En *Revista Mexicana*

¹⁸ Aunque pareciera que solo cambió de nombre pues la investigación complementaria, considerando nuestro marco jurídico actual, si bien es necesaria para que el imputado conozca la imputación y se defienda, se utiliza en muchos casos como un arraigo “rebautizado”, es decir, se detiene para investigar.

- de Derecho Constitucional*. (Núm. 25. Julio-Diciembre). México: UNAM-IIJ.
- Coffi v. United States, *Error to the District Court of the United States for the District of Indiana* (1985) 156, U.S, 432, No. 741, December 6-7, 1984.
- Díaz Aranda, E. (2003). “Política criminal de la reforma de 1999 al procedimiento penal mexicano”. En *Proyectos legislativos y otros temas penales (segundas jornadas sobre justicia penal)*. México: UNAM-IIJ.
- Halvorsen, V. (2004) “Is it better that ten guilty persons go free than that one innocent person be convicted?”. En *Criminal Justice Ethics*. Vol. 23. Issue 2 (Summer/Fall). Charles Sturt University: 2004.
- Tesis P./J. 20/2014 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 5 de diciembre de 2014.
- Tesis 1a. CCXCI/2016 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, viernes 02 de diciembre de 2016, 10:14.
- Tesis 1a. CCXCIII/2016 (10a.) *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, viernes 02 de diciembre de 2016, 10:14.

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

● Arturo De Villanueva Martínez Zurita*

* Profesor de Posgrado de la Escuela Libre de Derecho y Fiscal en Jefe de la PGR en Oaxaca.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Prueba**

Evidence

○ **Elemento de prueba**

Item of evidence

○ ***Iter probatorio***

Iter Probatory

○ **Valoración de la prueba**

Assessment of evidence

Resumen. El presente estudio indaga en la Constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales para establecer en el proceso penal acusatorio mexicano criterios básicos de valoración aplicables a toda resolución judicial que se sustente en elementos de prueba, para lo cual partiremos de las bases elementales de la teoría de la prueba basándonos en el llamado *iter probatorio*. Posteriormente señalaremos cómo ese camino se advierte en el proceso penal, luego nos centraremos en la valoración probatoria para establecer los criterios generales que connoten los aspectos mínimos e imprescindibles que sustenten la motivación del juez.

Abstract. This study concerns a search into Mexican Constitution and the National Code of Criminal Procedure to establish basic criteria for assessment of evidence in the Mexican accusatorial criminal proceedings for apply to any judicial resolution that have support on items of evidence, it is why we will start from the elemental basis of the proof's theory based on the iter probatory, later we show the way into the criminal proceedings, then we focus on the assessment of evidence to establish his basic criteria wich contain the minimum and essential aspects that supports the judge's motivation.

SUMARIO:

I. Introducción. II. El *Iter probatorio*. III. La prueba en el proceso penal acusatorio en México. IV. Criterios mínimos de valoración de la prueba. V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso es la herramienta o instrumento que auxilia al establecimiento de la verdad.¹ Dicha averiguación de la verdad se traduce en hechos que las partes pretenden acreditar ante el órgano de decisión que al final de la petición determinará si la postulación de la parte interesada adquiere el grado de suficiencia necesaria para efectos de dar la procedencia correspondiente. Sin embargo, para que aquel órgano de decisión cuente con el material idóneo para efectos de tener por acreditada la pretensión de la parte oferente, se aduce necesario que previo a la determinación de la resolución, exista lo que llamamos prueba de la pretensión, es decir por lógica, a efectos de que el órgano decisor pueda resolver una pretensión solicitada.

Esta última no se traduce en la simple argumentación o alegación del tema respectivo, sino que dicha alegación debe tener sustento en elementos que acrediten fácticamente lo solicitado, de ahí que, sin esta acreditación la petición

se aprecia infundada y de ahí la importancia de la prueba.

El órgano decisor de preeminencia es el juez, a quien le debemos generar el grado de convicción necesario respecto de la prueba que presentamos. Esto es así dado que, al tener un sistema de Civil Law (por contradicción a un Common Law) (Gómez, 2012, pp. 35-72). tenemos un proceso basado en resolución judicial y no de decisión de plebiscito o jurado, de ahí que el grado de convicción que el juez establezca en una resolución judicial debe ser motivado (Nieva Fenoll, 2010; Díaz Cantón, 2010, pp. 99-142; Rivera Morales, 2016, pp. 330-365) a través del razonamiento que él mismo plasme en el acto decisorio. Tal grado de convicción tiene que ver con la prueba sujeta a estudio por parte de dicho juzgador. Sin embargo, en el devenir de tal estudio, el órgano resolutor tiene serios problemas conforme a la información que se le presenta, puesto que la prueba que resulta abordada tiene matices que deben ser estudiados con suma cautela por el juzgador a efecto de que su motivación sea coherente con el sistema de prueba que rige en el proceso donde actualiza su argumentación. Por eso, el juez debe tener presente que la prueba es el alma de su resolución, sin ella no puede establecer si las pretensiones de las partes —que a fin de cuentas son *hechos* que ponen a su consideración— queden o no probados, para después determinar si la materia fáctica que dio por acreditada, actualiza o no el encuadre respectivo en la norma que es puesta en alegación por las partes.

¹ Recordar las bases teóricas del proceso como privatista y publicista, al respecto véase Dorantes L. (2004).

Sentado lo anterior, hemos de señalar que el primer eslabón que debe tomar en cuenta el juzgador es la prueba, es decir, al momento de resolver respecto a un asunto en concreto, lo primero que debe ser objeto de estudio de un juzgado es la determinación de si la prueba, “vale”. De ahí que él mismo deba conocer cómo se conforma, cómo se valora la misma y cómo, una vez valorada, genera la adopción de la decisión sobre los hechos probados², lo cual fundamenta una resolución *tanto preliminar como definitiva*, como lo iremos señalando en el presente estudio.

II. EL ITER PROBATORIO

Para poder comprender el *thema probandum* del proceso, resulta necesario tener presente cómo es que dicha prueba arriba al mismo, la manera que se incorpora o desahoga y si tiene valor para poder acreditar un hecho. Es decir, que para el conocimiento de la prueba que llega al razonamiento judicial, resulta indispensable tener en cuenta cuál es el camino razonable o su vida durante el proceso, lo cual resulta trascendente, tomando en cuenta que toda prueba

que llega a un instancia jurisdiccional tiene dicho camino,³ por lo que es inherente al proceso.

Lo anterior se explica puesto que el elemento probatorio que se haga llegar por una de las partes tiene que ofrecerse por la misma, cuando esto sucede, el órgano decisor determina si es admisible y cruzando dicho umbral, tal elemento se desahoga conforme a los métodos que el instrumento procesal determine, para que una vez hecho esto, a través de la intermediación judicial, se procesa la información para llegar a la determinación de la valoración en su individualidad y en su conjunto, conforme a parámetros que los modelos de valoración establezcan, culminado con el valor de cada elemento de prueba y con la motivación necesaria, el juzgador pasa a determinar la suficiencia o alcance que tengan los elementos de prueba para la adopción de los hechos acreditados. Estos pasos son imprescindibles en términos generales a todo elemento que llegue al proceso. De ahí la importancia de conocer ese *iter razonable* al juzgador y también a las partes que exhiben la pretensión de acreditación fáctica. Por lo anterior, pasemos a cada uno de esos momentos de la prueba en el proceso.

Veamos la conformación de la prueba (Ferrer Beltrán, 2007, pp. 68-91), la cual, en un sentido amplio, se divide en diversos estadios como son el

² Tomamos aquí lo señalado por el profesor Ferrer Beltrán, J. (2007): 41-49; sin embargo, como se verá líneas abajo dentro de dicha postura precisaremos lo que diversos autores han señalado con base al *iter probatorio* o camino de la prueba, lo cual nos auxiliará a tener más amplitud en el tema de estudio, con lo que se deja entrever que no tomamos postura respecto a la razonabilidad del camino probatorio en cuanto a los conceptos ocupados, sino que solo haremos referencia a dicho *iter* basados en lo dicho por la doctrina, señalando nuestras propias aportaciones al respecto en lo necesario.

³ La doctrina precisa que dicho *iter probatorio* se hace indispensable a la prueba véase en: Miranda Estrampes, 1997: 69-77; Döhring, 1996: 15-19; Ferrer Beltrán, 2007: 41; Michelle, 2003: 163-184.

ofrecimiento de la prueba, la admisión de la misma y su desahogo o práctica.

En el primer paso tenemos el ofrecimiento y su correspondiente admisión, dichos elementos van enlazados porque los criterios de ofrecimiento de la prueba son la base de la admisión de la misma, incumbiéndole a una parte procesal ofrecerla y al juzgador admitirla conforme a lo que el instrumento procesal señale. Así, todo elemento de prueba, para que tenga la oportunidad de que entre o se incorpore a un proceso, debe ser ofrecida por una de las partes, debatida por la contraria y mediante resolución admitida o excluida por el órgano decisor. En este rubro, temas como la relevancia,⁴ la pertinencia, lo necesario, la ilicitud y la ilegalidad, hacen su aparición como los parámetros de filtro de la información al proceso, puesto que en el ofrecimiento del elemento probatorio la parte que ofrece debe señalar al juzgador la relevancia o pertinencia de la información, la cual se aprecia necesaria por no señalar algo ya conocido.

También se debe advertir que dicha información ha sido recopilada con respeto a derechos humanos y a las formalidades que enmarca la ley en el acopio y desarrollo de la prueba. Si estos cánones no se cumplen no llega al siguiente paso, es decir, aquí muere o culmina su camino; por lo tanto, en la estructura

probatoria este primer paso de la conformación de la misma, es indispensable para el conocimiento de los hechos materia de análisis jurídico.

El segundo paso de la conformación es la práctica o desahogo probatorio. En este punto ya está admitida la prueba y solo queda incorporarla al proceso de acuerdo con los lineamientos que el mismo enmarca; es decir, que dicho elemento probatorio que se anexa al proceso se hará conforme a la estructura de la prueba (testimonial, pericial o documental), la técnica correspondiente y la etapa procesal relativa.⁵

Pasamos a señalar el segundo momento —que es motivo del presente ensayo—: el *iter probatorio*, el cual es la valoración de la prueba.⁶ En este rubro se tocan varios tópicos del sentido estricto de la valoración, pues si bien en la admisión y práctica de la prueba ya existen ciertos cánones valorativos, en este momento es cuando, en estricto sentido, se genera el razonamiento probatorio de si la prueba que ha sido previamente filtrada para conocimiento, genera el estándar de validación suficiente, es aquí donde se toman en cuenta los principios de dicha estimación los modelos para valorar (Morales, 2016, pp. 229-243), los razonamientos propios de cada modelo y los estándares de prueba exigentes por elementos probatorios.

⁴ Hemos de señalar que el criterio de *relevancia* es el que actualmente se perfila como el único criterio de selección de admisibilidad dado es de opinión de la doctrina más autorizada que tal criterio permea a los demás y es el sustento epistemológico de mayor trascendencia.

⁵ Líneas abajo se precisará como estos momentos son propios de cualquier etapa procesal que requiera una decisión ya sea preliminar o definitiva.

⁶ En el caso se señala valoración, aunque la doctrina también la ha denominado apreciación, o proceso intelectual de prueba, al respecto como referencia véase Rivera Morales, R. (2016): 487-500.

Como tercer momento del *iter* aludido tenemos a la decisión de los hechos probados, esto se traduce en el ejercicio hermenéutico del juzgador, el cual resulta a partir de la valoración de la prueba donde se determina un estándar cualitativo sobre cuántas pruebas tienen valor, para que establecido esto, determine el alcance o la suficiencia de cada elemento probatorio y, posteriormente, hacerlo en su conjunto. Es decir, en este punto, el juzgador debe realizar el ejercicio de precisión acerca de qué hechos acreditan cada uno de los actos probatorios, y cuáles de esos hechos tienen mayor sustento de prueba para efectos de acreditar bajo el estándar correspondiente —posibilidad, probabilidad o certeza— de dicha cuestión fáctica.

Los tres momentos referidos son el camino de la prueba, y son importantes para ser utilizados en el razonamiento del juzgador porque generan la acreditación de los hechos, que es la finalidad de las partes al alegar sus pretensiones; de ahí que dichos pasos aludidos son los necesarios y mínimos (Ferrer Beltrán comunicación grabada Youtube, 26 de mayo de 2015), para comprender cómo se presenta la prueba en el caso del proceso penal acusatorio, el cual pasamos a señalar.

III. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO

Toca en este rubro señalar la estructura del sistema acusatorio mexicano y

cómo el mismo impacta a la prueba. Sobre el proceso penal acusatorio se ha escrito mucho⁷ y, en resumen, podemos señalar que el proceso penal de corte acusatorio y oral que permea en el sistema jurídico mexicano tiene una fundamentación en la reforma constitucional en materia penal de 2008, la cual va enlazada con la relativa a la de derechos humanos de 2011.⁸

Estas reformas se aterrizan en el instrumento conocido como Código Nacional de Procedimientos Penales —en adelante CNPP—, el cual establece conforme al numeral 211 que el proceso tiene tres etapas: una de investigación, la intermedia y el juicio. La primera se divide en inicial y complementaria, la segunda en escrita y oral y por su parte, la tercera, si bien cuenta con un momento escrito, la trascendencia es el debate oral que sucede en la audiencia de juicio. Dichas etapas se ven permeadas de derechos y principios aplicables conforme a cada momento que se suscite en la secuela procesal.

En lo que nos interesa, la prueba impacta en cada una de las etapas citadas, en el caso el propio CNPP, establece una nomenclatura básica sobre la prueba —artículos 260, 261 y

⁷ Para un estudio general y con diversas perspectivas del mencionado sistema véase en vía ejemplificativa: Constantino Rivera, C. (2010); Bardales Lazcano, E. (2014); Reyes Loeza, J. (2011).

⁸ Para advertir la importancia e impacto del sistema de derechos humanos al sistema penal —sobre todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos— véanse los estudios de Nash, C. y Núñez Donald, C. (2016); García Ramírez, S. (2012); García Ramírez, S., Islas de González Mariscal, O., y Peláez Ferrusca, M. (2014).

262— en donde se menciona lo que se entiende por antecedente de investigación, dato de prueba, medio de prueba y prueba,⁹ donde resulta pertinente señalar que estos son nombres que se otorgan en el CNPP; sin embargo, a nuestro criterio todo es elemento probatorio capaz de acreditación fáctica —vive *el iter probatorio*—. Se señala esto porque hemos advertido en ciertos foros pronunciamientos acerca de que la prueba solo es aquella que se desahoga en juicio conforme a las técnicas de litigación, y que el resto no es prueba; de ahí que solo en audiencia de juicio existe la valoración de la misma, mientras que en etapas anteriores no se puede realizar tal actuación. No obstante esto, a nuestro entender no resulta del todo cierto, dado que las cuatro formas que se citan en sí —como ya se dijo— son pruebas en sentido amplio. Lo que sucede es que cada una recibe el nombre conforme al momento en que es ocupado en el proceso, pues de acuerdo al artículo 20 apartado A) fracción III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) es claro en señalar que

⁹ Hacemos mención de una nomenclatura básica, puesto que de acuerdo a la idea general que hoy permea en el proceso penal acusatorio en México se actualizan en sentido amplio los mencionados cuatro conceptos. Sin embargo, en el estudio del CNPP se advierte la existencia de otras nomenclaturas que hacen patente un caos en materia probatoria que existe en el instrumento nacional, pues se deja entrever nombres como *elementos de prueba* — Véanse 109 fracción XIV, 169 y 449; *elementos de convicción* —205, 320 y 383; *medios de convicción* —171, 201 y 203—, con lo que nos percatamos que el referido CNPP resulta oscuro y hasta contradictorio en la determinación conceptual y sistemática de lo que resulta ser la teoría de la prueba en general.

“Para los efectos de la sentencia solo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio”, de ahí que se precisa que lo que se desahoga en juicio es prueba para efectos de sentencia pero, como sabemos, en etapas preliminares existen resoluciones que para poder dictarlas se requiere de actividad probatoria; en vía de ejemplo: una de ellas es la vinculación a proceso, en la cual debe existir prueba suficiente para ese estadio procesal, en el caso sería que de los antecedentes de investigación —elementos probatorios en investigación inicial— se deduzcan datos —elementos probatorios en audiencia inicial— que hagan factible el hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en el hecho; razones por las cuales los antecedentes de investigación, los datos, los medios y la prueba en sí, son elementos probatorios. Por tanto, conforme se van dando en el proceso actualizan el *iter* que se comentó líneas precedentes.¹⁰

Dicho lo anterior hemos de aludir a que conforme a la estructura amplia

¹⁰ Hemos de precisar que si bien en la doctrina existe la diferenciación entre actos de investigación y actos de prueba, la valoración de los elementos de prueba es un requisito forzoso para todo juzgador -incluso el fiscal para sopesar si tiene elementos suficientes para imputación o acusación- que genere una decisión, pues si al juez se le pone a consideración una prueba esta debe ser revisada conforme al estándar que requiere en cada etapa procesal y generar al gobernado la seguridad jurídica en que el resolutor argumente con razonabilidad que los elementos de prueba puestos a su consideración valen o no, sino la resolución —como en el caso la vinculación a proceso, propio del estado mexicano— resultaría arbitraria por no contener un mínimo de actividad

del CNPP el *iter razonable* de la prueba se aprecia, pues hay momentos de conformación de prueba, de valoración y de suficiencia de acuerdo a cómo se va ocupando en las fases procedimentales correspondientes, pues en vía de ejemplo en el plazo constitucional, hay momentos de presentación de datos y de desahogo de medios de prueba — véase 314 del instrumental nacional— en donde el juez de control después de hacer el test respectivo admite dichos elementos de prueba y conforme a la mecánica de cada uno, los incorpora al proceso —o los presenta o desahoga conforme al lenguaje del CNPP— para que ya después en la audiencia preliminar que sería en el auto de vinculación a proceso los racionalice —los valore—, luego da por acreditados ciertos hechos conforme al estándar de probabilidad y mediante resolución judicial el órgano de decisión establece en su motivación la suficiencia respectiva, con lo cual, el camino de la prueba se aprecia. Igual sucede con la audiencia de juicio, donde previamente en etapa intermedia se ofreció y admitió la prueba, ya en juicio se desahogó y en la resolución de culpabilidad o inocencia

se valora y determina el alcance de la misma. El *iter* de prueba se hace patente en la secuela del proceso e incluso obligatorio.

Por otra parte, también el CNPP habla de técnicas de investigación, actos de investigación y actos de prueba,¹¹ donde por lo que hace a los primeros apreciamos formas o maneras de proteger la prueba como son la cadena de custodia, la técnica de aseguramiento y el control judicial para actos vulneradores de derechos humanos; por lo que hace a los actos de investigación, estos se deducen de la misma indagatoria, donde por sus características, solo sucede en esta etapa para efectos de la recopilación de prueba necesaria para la posterior incorporación procesal. Finalmente, los actos de prueba como pertenecientes al proceso se suscitan ante el juzgador con la presencia de los órganos de prueba bajo la inmediación y contradicción, siendo que así los actos de prueba solo suceden en esta audiencia ante el juez.

De tal manera que en el sistema acusatorio mexicano, de acuerdo al CNPP, si bien existen una diversidad de inconsistencias en el mismo, podemos advertir un *iter probatorio* o camino razonado que vive la prueba en el proceso, y que en la investigación, en la intermedia o en el debate, se actualiza, y si en cada uno de estos momentos la prueba se

probatoria intelectual que sustente la determinación fáctica del proceso, pues si bien la prueba perfecta es aquella que está en juicio desahogada con inmediación y contradicción, también es cierto que en etapas preliminares en el estado mexicano se crean figuras como la vinculación a proceso donde el juzgador debe realizar dicho análisis probatorio para la acreditación fáctica, de ahí que los parámetros que aquí se señalan pueden ser ocupados para tal análisis preliminar máxime que como se verá líneas abajo el propio CNPP señala dicha posibilidad, para este punto véase la excelentísima opinión de Rivera Morales, R. (2016): 236-238, 393-395.

¹¹ Por razones obvias no se puede abordar un estudio detallado de cómo opera en su totalidad la prueba en el CNPP, razones por las cuales, para un estudio más amplio de los actos de investigación y prueba, la manera en que se ofrece, admite y ocupan los elementos de prueba en el proceso, véase Rivera Morales, R. (2016).

conforma correctamente —primer momento del *iter* de cita— tocará al órgano decisor presidir en su estructura argumentativa las razones por las cuales estima que tal o cual elemento de prueba tiene o no valor probatorio —conforme al estándar del momento procesal— para poder pasar al tercer escalón de la vida de la prueba, que es la suficiencia para establecer los hechos acreditados por la parte procesal litigante.

IV. CRITERIOS MÍNIMOS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Como ya aludíamos en líneas precedentes, en este punto nos encontramos en el segundo momento del *iter lógico* de la prueba, el momento donde se determina si adquiere la eficacia para otorgarle un valor positivo o, en su defecto, negativo. Para este punto los modelos de valoración de la prueba se han entendido en tres. El primero es un modelo de *íntima convicción* donde no se requiere la motivación del órgano de decisión, pues la convicción es generada por el que resuelve en el sentir de su ser —por eso es íntima— y donde no se ajusta a un parámetro para la decisión resolutive.

Tenemos el segundo modelo que es el de *valoración tasada* donde la propia ley señala el valor que debe tener una prueba, puesto que se determina *sin canon* de decisión, sino bajo un postulado de imposición a la convicción que debe tener el juzgador. De esta manera, tenemos el modelo de la *sana crítica o sistema*

racional, donde el mismo no es libre y tampoco tasado, sino que este último supone métodos, reglas de lógica, de la experiencia y de la ciencia (*cf.* Rivera Morales, 2016, pp. 235-242 y Miranda Estrampes, 1997, pp. 150-175).

Ahora bien, los artículos 20 aparta-do A) fracciones II y VII de la CPEUM, así como los diversos 265 y 359 del CNPP, retoman los postulados de la valoración de la prueba en el sistema acusatorio en México; la primera fracción constitucional señala que la valoración de la prueba es libre pero también es lógica. Por su parte, la segunda fracción de la Carta Magna señala que solo se condenará cuando exista convicción de culpabilidad, con lo que el referido postulado constitucional nos precisa que si bien la valoración es libre, no quiere decir que sea de íntima convicción, puesto que el candado que sigue es que la valoración sea lógica, lo cual actualiza la racionalización de la motivación del órgano resolutor.

El estándar de convicción de culpabilidad se logra solo con la mencionada logicidad de la valoración probatoria. Ahora bien, por lo que hace a los numerales secundarios del CNPP el primero que se citó —(artículo 265) alude a que si bien el juez asignará libremente el valor probatorio, lo cierto es que dicha libertad —al igual que la Constitución— está constreñida a que sea lógica, siendo en igual sentido el segundo numeral secundario (artículo 359). Aunado a que este último también alude a que el tribunal de enjuiciamiento deberá otorgar las razones de su convencimiento de culpabilidad que,

en el caso, lo es más allá de toda duda razonable.

Si bien esta última es una figura inglesa (Laudan, 2013, pp. 59-102) lo cierto es que, al ser traspolada al sistema jurídico mexicano (el cual deviene de un sistema jurídico continental-europeo), tal estándar del Common Law pasa a un Civil Law, generando que dicho estándar se traduzca en más allá de duda y se fundamente en la motivación del juzgador; de ahí que el sistema acusatorio mexicano retoma un test de valoración probatoria de la sana crítica.

Sentado este método racional de valoración, toca ahora señalar de primera mano que la misma va sobre los elementos probatorios puestos a consideración del juzgador, y en el caso es pertinente señalar que conforme al numeral 265 —en la nomenclatura del CNPP— se valora tanto el dato, como la prueba. Es decir, cuando el juez de control esté en audiencia de vinculación a proceso, para poder vincular a una persona a causa penal, debe realizar el ejercicio de valoración probatoria bajo los postulados que aquí se señalan. Esto por ser el método que marca el citado artículo por el coherente, bajo la vista de la teoría de la prueba —*iter probatorio*—. ¹² Lo mismo sucede

en cuanto a la prueba en juicio, también el tribunal deberá realizar el mismo ejercicio a efecto de determinar que el dato o la prueba vale, pues, como se dijo en líneas que anteceden, todo es prueba en un sentido amplio, lo que cambia es la nomenclatura que retoma el instrumento nacional.

Así mismo, en lo que sí difiere la prueba de la vinculación y la de la sentencia, resulta ser, en primer término, el alcance de la contradicción y la intermediación que se actualiza en la audiencia de juicio como parte del desahogo y fundamento para valoración, y el segundo tópico de diferenciación se traduce en el estándar de suficiencia fáctica —tercer momento del *iter probatorio*— es decir, lo que cambia en la prueba de la vinculación es que aquí el dato de prueba carece de la contradicción e intermediación en el desahogo

A LA NORMA PENAL, DE MANERA QUE PERMITA IDENTIFICAR LAS RAZONES QUE LOS LLEVAN A DETERMINAR EL TIPO PENAL APLICABLE (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL)”, donde si bien la mencionada jurisprudencia se centró en el tema relativo a si era exigible que se acreditaran todos los elementos del tipo penal (criterio del estado de Quintana Roo) o era suficiente un hecho con apariencia delictiva (criterio del estado de Chihuahua), optando de primera mano por esta última. Resulta relevante a lo aquí citado que dicha jurisprudencia permite que ese ejercicio lo realice conforme a la metodología que estime adecuada siempre que el juzgador *fundamente razonablemente el porqué llega a tal convicción*, es decir, el mencionado criterio jurisprudencial da pauta a que el juzgador opte por métodos pero no cualquiera sino aquel que esté debidamente razonado, y conforme a lo que aquí se precisa el método probatorio a través de la teoría de la prueba conforme a los artículos que se citan en el CNPP resultan pertinentes para el establecimiento del hecho delictivo en el auto de vinculación a proceso, es decir, la exigencia de razonamiento probatorio en dicho estado procesal.

¹² Resulta importante señalar que recientemente se publicó la jurisprudencia por contradicción señalada como Tesis 1ª./J. 35/2017, *Semanario judicial de la Federación*, Decima Época, 4 de agosto de 2017, con número de registro 2014800 cuyo rubro señala “AUTO DE VINCULACION A PROCESO. PARA SATISFACER EL REQUISITO RELATIVO A QUE LA LEY SEÑALE EL HECHO IMPUTADO COMO DELITO, BASTA CON QUE EL JUEZ ENCUADRE LA CONDUCTA

conforme a técnica de litigación plena, pues por lo que hace a la prueba del fiscal, este la señala vía oral en la audiencia preliminar, y cuando sí se contradice a través del desahogo en el plazo constitucional. También esto es parcial, dado que la información de la prueba de cargo es a través de los registros de investigación convertidos en datos de prueba para audiencia. Con lo anterior, los principios de contradicción e intermediación se restringen. Sin embargo, estimamos que al ser puesta en consideración del juzgador información probatoria por medio del derecho a la motivación judicial, estos datos de prueba deben ser valorados, lo hace con pautas ciertamente diferenciadas en términos mínimos con el ejercicio que se hace en sentencia. Es laudable que así se haga, pues si no fuese así entonces el juzgador se limitaría a creer en las partes, sin estándar alguno que genere la plausibilidad de su resolución.

Una vez generada dicha valoración probable, se pasa al tercer momento que es la suficiencia donde se establece, conforme a los métodos de acreditación fáctica, si la prueba alcanza a confirmar probablemente un hecho. Para la sentencia, una vez valorada la prueba se determinan cuáles son los hechos acreditados, pero con un estándar de certeza donde primero debe ser prueba suficiente para sostener las hipótesis del fiscal y segundo, que las hipótesis defensivas sean contrarrestadas, todo siempre bajo la correcta distribución del error y, también, con perspectiva de derechos humanos. Por lo tanto, el presente estudio aplica tanto al dato como

a la prueba, de acuerdo a los nombres que establece el CNPP, siendo la diferencia la restricción de la contradicción e intermediación y el estándar de suficiencia o acreditación fáctica, el cual no es motivo del presente.

Precisado lo anterior, establezcamos los métodos conforme se aterriza el principio de la sana crítica.

Primero, debemos tomar en cuenta que al juzgador no se le presenta solo un elemento de prueba, sino que son un cúmulo diferenciado de las mismas; razones por las cuales, para poder acceder al conocimiento de estas, lo que debe hacer primero el juez es estudiar la prueba de forma individual y luego de manera conjunta —también llamado congruencia interna y externa—, siendo que, si en lo individual no adquiere valor, se vuelve innecesario acudir a la armonización con el resto del caudal probatorio (*cf.* Ferrer Beltrán, 2007, p. 125). Por lo tanto, para valorar los elementos de prueba testimonial, pericial, documental, evidencia material y todos aquellos datos o pruebas que se pongan a su consideración, el juzgador deberá tomar una a una para efectos de observar que por sí tengan valor. Esto lo realizará de acuerdo a la lógica, la experiencia común y los conocimientos conjugando estos elementos en cada razonamiento que haga sobre la prueba, para que una vez establecidas cuántas pruebas en lo individual tienen valor, podamos acceder a la armonización entre todas ellas.

Ahora bien, estos estándares —reglas de la lógica, máximas de la experiencia común y conocimientos científicos

afianzados— son el pilar de motivación de los elementos probatorios. En cada elemento se conjugan los mismos para otorgarle la convicción de valoración necesaria, conforme a cada estadio procesal, y también conforme a los estándares individuales o conjuntos de prueba.

Esto se traduce en otros métodos o bases de valoración como son la objetividad y la subjetividad, siendo que, por lo que hace al primero, para que llene el elemento objetivo de valoración “I” hay que tomar en cuenta la llamada percepción directa, es decir, que el elemento de prueba por sí mismo haya percibido el hecho que plantea en su contenido. Este es el caso de los testigos, los cuales deben ser directos sobre los hechos que declaran —no sobre el hecho penalmente relevante, ese es otro tema—¹³ de ahí, que los testigos de

oídas no adquieren eficacia probatoria alguna.¹⁴ Así mismo, este parámetro de percepción directa, va enlazado con la lógica donde tenemos existen muchísimas “lógicas” en sus acepciones y ramas como son la filosófica, la matemática, la simbólica, la aristotélica, entre muchas otras, y la pregunta que se realiza es por cuál optar, y al respecto solo mencionamos aquí que, al menos, existe el consenso que la lógica es el correcto y verdadero pensamiento a través de razonamientos válidos, y en este caso, en sus ramas más fundamentales, tenemos aquellas que, desde principios de nuestra formación nos fueron inculcadas, como son la lógica formal y material,¹⁵ siendo la primera la que nos establece el razonamiento correcto y la segunda, el razonamiento verdadero. Por lo que hace a la formal, debemos tomar en cuenta las fórmulas mentales como la

¹³ Señalamos que debe ser sobre el hecho que declara y no sobre el hecho penalmente relevante —entiéndase el hecho delictuoso—, pues recordemos que existe la llamada prueba circunstancial o inferencia lógica de los hechos acreditados y que en esta la prueba es directa sobre los hechos percibidos pero indirecta sobre el hecho penalmente relevante, imaginemos un caso donde un testigo a las afueras de una casa *un día anterior al hecho* —V. gr. Homicidio— vio a un sujeto con un tatuaje en el brazo el cual contenía un apodo, este testigo no es un testigo del hecho penalmente relevante —entiéndase el día, hora y lugar donde precisamente ultimaron a la víctima— pero sí se percató directamente de la presencia de dicho sujeto, de sus características físicas pues lo vio rondando la casa de la víctima un día antes del terrible episodio, y si este testigo informa al fiscal lo que percibió y esto se aúna al testigo que vio correr a un sujeto *sin verle el rostro pero sí un tatuaje en el brazo* que dice tal apodo, el primero no vio el hecho penalmente relevante pero sí percibió directamente *algo relevante* que se coordina con el siguiente testigo y teniendo valor probatorio primero en lo individual y luego en su conjunto se puede obtener la acreditación de un hecho consistente en que tal persona con tal tatuaje privó de la vida a la víctima, de ahí que el

primer testigo es directo en cuanto a su contenido pero indirecto respecto al hecho penalmente relevante.

¹⁴ Salvo el tema de la prueba de referencia sumamente discutida en la doctrina e incluso en la jurisprudencia comparada, dado que en México resulta poco actualizada siendo que conforme al numeral 386 del CNPP podemos advertirla y ya en la práctica exigen antecedentes sobre la aplicación de la mencionada prueba referencial que es factible que funde una sentencia e incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido esa posibilidad en los casos Delta contra Francia de 19 de diciembre de 1990 y el diverso caso Isgro contra Italia de 1991.

¹⁵ Cfr. Gutiérrez Sáenz, Raúl. Solo se establece la referencia pues como citamos el tema de la lógica es un mundo y debemos ser acordes a los avances de tal ciencia formal para dar los mejores resultados en el ejercicio de razonamiento probatorio, pues independientemente de la lógica que se ocupe lo que se busca en el razonamiento probatorio es la racionalización del porqué el juzgador resolvió de tal forma y que esto sea contrastable y revisable por un órgano superior a través del derecho a la motivación judicial y el llamado recurso efectivo.

idea, el juicio y el raciocinio, donde se actualizan los principios de lógica, leyes de lógica y parámetros silogísticos. Por su parte, el aspecto material actualiza la posibilidad de los argumentos falaces, la determinación de probabilidad y certeza, con lo cual un razonamiento se hace verdadero, de ahí que cuando se valore de forma individual una prueba, la misma debe adquirir coherencia lógica, ocupando el lado formal y material de la misma. Aunado a esto, tenemos las reglas de la experiencia común, que son las máximas que en un momento y lugar determinado se advierten como verdades generales. Las mismas se aducen de la comunidad como algo establecido y, para el caso de que una de las partes estime lo contrario, deberá presentar prueba de la negativa de la máxima de experiencia. Obviamente esto debe ser en el momento de la conformación de la prueba (*idem*, p. 133).

También en la valoración individual se actualizan los conocimientos de la ciencia que, por regla general, se dan en la prueba pericial. Los conocimientos que afianza la ciencia en ciertas áreas del saber son comunes para todos, los conocedores de dicha experticia, es decir, en vía de ejemplo un médico, para realizar una pericia, tiene un método, y este método no es uno de carácter arbitrario, sino que el mismo, tiene una base afianzada o axiomática del cual no se puede apartar el experto, pues si esto sucede, existirá una errónea forma de realizar la pericia. Dado que el estándar acaece para regular la experticia, por lo tanto, si el enfoque del perito no va acorde a

la misma, se aprecia la ausencia de valor probatorio (Vázquez, 2015). También es pertinente señalar que, si bien se ocupa este estándar para la prueba pericial, hoy día se están traspolando las llamadas ciencias del espíritu al proceso penal, una de ellas es la psicología, lo cual resulta relevante puesto que la llamada psicología del testimonio resulta ser un test trascendente para la valoración de la prueba testifical (Diges, M., *et al.* 2014) de ahí que dichos conocimientos que epistemológicamente se encuentran en cierta forma afianzados —por ser ciencia del espíritu y no una ciencia dura como la química o la física— son ocupados a efectos de valorar un contenido testimonial, de ahí que los tres estándares se actualizan para cada elemento de prueba, y si estos llenan las reglas de la lógica —aspecto formal y material— las máximas de la experiencia —con la salvedad de la posible prueba en contra— y los conocimientos científicos afianzados —tomando en cuenta la gran repercusión que existe hoy entre ciencia y proceso— en lo individual, tendrá valor probatorio.

Una vez realizado el ejercicio individual de mérito se determinará cuáles elementos de prueba tienen eficacia probatoria. Para ello debemos enlazar una a una, cada elemento de prueba conforme al estándar lógico de relación, donde tienen cabida los principios lógicos, sobre todo de no contradicción e identidad, dado que conforme a lo que sustente entre uno y otro elemento, nos dará la idea del soporte conjunto, debiendo recordar que aquí

la coherencia es un tanto más sencilla que la individual. Aquí solo se realizará el enlace lógico no contradictorio, y si los elementos de prueba no se contradicen se enlazan y dan pauta a la llamada congruencia externa de la valoración. En su defecto, por más que una prueba en lo individual tenga valor por sí mismo, si no tiene un apoyo en los demás elementos de prueba, la misma se aduce aislada y, por lo tanto, carente de eficacia probatoria.

Para señalar lo anterior —valor individual y conjunto— pongamos un ejemplo: imaginemos una víctima del terrible delito de violación —hecho delictivo que por lo regular se comete sin testigos—, la declaración de la víctima tendrá que estudiarse primero en lo individual, a efectos de establecer que el dicho de la declaración no viola las reglas de la lógica en cuanto a lo formal y material o cualquier otro postulado de lógica racional —recordemos la multiplicidad de lógicas existentes—, así mismo que en el contexto de la persona que declara, así como el lugar donde sucedieron los hechos se valora, conforme a las máximas de la experiencia común, si se aprecia coherencia en su dicho con tales máximas, y finalmente retomando la postura de la psicología del testimonio, que esté fundamentado en tal ciencia del espíritu, por lo que tal elemento de prueba adquiere valor en lo individual. Por otro lado, tenemos el dictamen médico ginecológico, el cual, en lo que nos interesa, se fundamenta en un protocolo avalado por una institución reconocida que tiene fundamento en

lo que la ciencia ha dicho en cuanto a la exploración ginecológica, si aquí encuentra sustento porque el método que ocupa el perito médico está avalado por ciencia axiomática en el método ocupado, en lo individual tiene valor. Una vez enlazados el dicho de la víctima que nos dice que le golpearon el rostro y le impusieron la copula, encuentre enlace bajo la idea del juicio lógico de la identidad en el sentido de que hay correlación al citar el médico que efectivamente tiene una equimosis en el rostro, más lesiones genitales que generan la penetración reciente, nos otorgará base para la congruencia externa que establezca la credibilidad de ambos elementos de prueba, otorgándoseles valor probatorio a ambos, en lo individual y en su conjunto.

El ejemplo anterior, un tanto sencillo, nos ayuda a apreciar la idea que queremos establecer con esta mínima aportación en el sentido de que la sana crítica tiene parámetros y métodos. Esos métodos tienen una coherencia y logicidad que debe ser respetada en cuanto a la valoración de los elementos de prueba. Si bien en el devenir de diversos tipos de prueba pueden existir obstáculos, lo cierto es que todo adquiere respuesta cuando nos fijamos en los parámetros, pues hay situaciones probatorias complejas como la necesidad del testigo de acreditación para la prueba documental como un elemento protector de la prueba ilícita y también como criterio de razonabilidad lógica del origen de la prueba.

Tenemos la valoración de los testigos de referencia, donde cambian ciertos

parámetros de la propia valoración, en atención a lo especial del supuesto o también la evidencia material con su base en la llamada cadena de custodia, donde a través de los conocimientos científicos afianzados, el procedimiento de cita adquiere vida para establecer la fuente de valoración de tal evidencia. Por lo tanto, aquí el tema que no podemos olvidar son estos parámetros mínimos, que si bien desearíamos ampliar más, ello excedería el presente trabajo. Solo queremos establecer lo mínimo que debe tomar en cuenta el operador judicial para decidir si un elemento de prueba tiene o no valor probatorio.

Hemos de aclarar que, como se aprecia aquí, solo se tocó la valoración de la prueba, que en términos generales es similar en cualquier momento procesal, y dichos criterios mínimos se deben tomar en cuenta por el juzgador para cualquier resolución que dicte en un momento procesal donde a su consideración son puestos elementos probatorios. Lo que cambia es la restricción en ciertos principios del sistema acusatorio y el estándar de suficiencia, traducido en la calidad y cantidad probatoria que se necesita para acreditar un hecho — posibilidad, probabilidad y certeza—, pero esto es motivo del tercer momento o paso del *iter lógico*, y es donde se resuelve que, para etapas preliminares, solo se aduce el estándar de probabilidad de acreditación del hecho, mientras que, en resolución definitiva, el estándar es certeza del hecho.

V. CONCLUSIONES

Del presente estudio mínimo sobre la valoración de los elementos de prueba podemos llegar a conclusiones que nos permiten entender el tema a cabalidad, y son las siguientes:

- Que todo elemento de prueba que llegue al órgano de decisión sea en resolución preliminar o definitiva, tiene un *iter probatorio* donde se encuentra la conformación, la valoración y la suficiencia de prueba.
- Que si bien el CNPP establece varios nombres o diversas nomenclaturas a la prueba para el sistema acusatorio mexicano, lo cierto es que todo es elemento probatorio. La diferencia está en cómo se actualiza en cada momento procesal.
- Que la valoración de los elementos de prueba se aplican a todo aquel elemento probatorio que se presente ante un órgano resolutor para efectos de determinar un asunto en concreto, puesto que el ejercicio de valoración en términos generales es el mismo, y que la diferencia radica en ciertas restricciones a la contradicción e intermediación, así como esencialmente en la suficiencia fáctica, es decir, lo que cambia es la cantidad y calidad probatoria, puesto que en resoluciones preliminares el estándar de acreditación fáctica o suficiencia para acreditar un hecho es el de probabilidad y en la sentencia el rubro estandarizado lo es

la certeza, bajo el parámetro de la duda razonable. De ahí que se reitera el ejercicio de valoración en términos generales es el mismo.

- Que existen varios sistemas de valoración de la prueba, sin embargo, el sistema acusatorio en México toma el de la sana crítica o sistema racional.
- Que el ejercicio de valoración no es arbitrario, sino que tiene postulados debidamente establecidos por métodos, como el que primero se valora individualmente el elemento de prueba y luego de forma conjunta, teniendo como parámetros la lógica que debe ser conforme a pensamientos correctos y verdaderos a través de sus principios y reglas que establecen, así como conforme a máximas de la experiencia común y los conocimientos científicos afianzados, hoy día, tan trascendentes en atención a la relación entre ciencia y proceso.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- Bardales Lazcano, E. (2014). *Guía para el estudio del sistema acusatorio en México*. México: Flores.
- Coloma Correa, R. (ed). (2003). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Santiago: Lexis Nexis.
- Constantino Rivera, C. (2010). *Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*. México: Magister.
- Díaz Cantón, Fernando. (2010). *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Diges, M., García Martínez, M. C., et al. (2014). *Identificaciones fotográficas y rueda de reconocimiento. Un análisis desde el derecho procesal penal y la psicología del testimonio*. Madrid: Marcial Pons.
- Dorantes Tamayo, L. (2004). *Teoría del proceso*. México: Porrúa.
- Döhring, E. (1996). *La prueba, su práctica y apreciación. La investigación del estado de los hechos del proceso*. Buenos Aires: Librería el foro.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons.
- García Ramírez, S. (2012). *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*. México: Porrúa.
- , Islas de González Mariscal, O., y Peláez Ferrusca, M. (2014). *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*. México: UNAM-IJ.
- Gómez Colomer, J. L. (coord.) (2012). *Proceso penal y constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal supremo y texto introductorio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Laudan, Larry. (2013). *Verdad, Error y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Miranda Estrampes, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- Nash, C., y Núñez Donald, C. (2016). *Derechos humanos y proceso penal: estándares de la jurisprudencia interamericana*. México: Ubijus.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

- Reyes Loaeza, J. (2011). *El sistema acusatorio adversarial a la luz de la reforma constitucional*. México: Porrúa.
- Rivera Morales, R. (2016a). *Teoría, práctica y valoración racional de la prueba*. México: Magister.
- (2016b). *Actos de investigación y prueba en el proceso penal*. México: Flores.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

○ José Fernández de Cevallos y Torres*

*Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Prisión preventiva**

Pretrial detention

○ **Medidas cautelares**

Precautionary measures

○ **Reforma constitucional**

Constitutional reform

○ **Sistema acusatorio**

Accusatory system

Resumen. Por medio de los omnipresentes juzgadores de nuestro tiempo —los medios de comunicación— gobernantes y autoridades, miembros de la sociedad civil y académicos han criticado al sistema penal acusatorio, con el débil argumento de que es un sistema “muy garantista” para el imputado. En este artículo José Fernández de Cevallos y Torres se pregunta qué tan cierto es lo que se dice en tono al nuevo sistema. Para ello se sirve del análisis de la medida cautelar de prisión preventiva, con el objeto de analizar si la regulación de la misma es adecuada o si, por el contrario, es necesaria su reforma.

Abstract. Pretrial detention is a precautionary measure that go against the incense presumption. The Mexican criminal law uses that measure as an exception but several politician and academics have proposed to change than exception. This article analyzes that figure in order to establish if it is needed to be change.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Medidas cautelares. III. La prisión preventiva. IV. Conclusiones. V. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema penal acusatorio pretende hacer más efectivo el acceso a la justicia, rigiendo el procedimiento penal. Su objeto es evitar la impunidad, esclarecer los hechos delictivos, proteger al inocente, garantizar la reparación del daño y tutelar los derechos de víctimas, ofendidos y procesado. En un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales, este sistema ha supuesto mejoras frente al anterior modelo de enjuiciamiento criminal, el cual, por malas prácticas que se tradujeron en opacidad, corrupción y diversos abusos, se consideró agotado.

A un año de la vigencia general en México del sistema penal acusatorio, algunos gobernantes y autoridades, miembros de la sociedad civil, académicos y, por supuesto, los omnipresentes medios de comunicación, han criticado al sistema, con el argumento de que es un sistema “muy garantista” para el imputado, y que la cárcel se ha vuelto una suerte de “puerta giratoria”, donde los criminales, quedan en libertad.

Por esas críticas, actualmente se discute sobre la necesidad de ampliar el catálogo de delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa. El presente trabajo

pretende contribuir a ese debate, ya que en un Estado de Derecho, la reforma a la ley, en una adecuada política criminal, debe tener como base el análisis científico de una institución contrastada con la realidad y la exigencia social, y no el discurso alarmista, independientemente del capital político que genere.

En este artículo hago una exposición de la medida cautelar de prisión preventiva, con el objeto de analizar si la regulación de la misma es adecuada o por el contrario es necesaria su reforma.

II. MEDIDAS CAUTELARES

A. NATURALEZA Y FINES

La reforma constitucional en materia de seguridad y justicia de junio de 2008, modificó el artículo 16 de la Carta Magna, para crear los jueces de control como parte del Poder Judicial, los cuales dentro de sus facultades deberán resolver sobre las medidas cautelares.

El mencionado artículo 16 constitucional en su parte conducente señala:

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de *medidas cautelares*, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.¹

¹ Énfasis agregado.

La razón de que las medidas cautelares se inserten dentro del mandato general del artículo 16 constitucional, se fundamenta en que las mismas se traducen en un acto de molestia que recae sobre la persona o bienes del imputado, en tal sentido, dichas medidas solo podrán ser ordenadas por un juez de control, el cual como autoridad competente deberá, por escrito, fundar y motivar la causa legal del procedimiento.

El nuevo *Diccionario jurídico mexicano* (2000) señala que las medidas cautelares

son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad con motivo de la tramitación de un proceso (2484).

Por su parte, la doctrina del Poder Judicial de la Federación, refiriéndose al orden jurídico en general, ha determinado que las medidas cautelares

constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan, generalmente, por ser accesorias y sumarias; accesorias, en tanto la privación no constituye un fin en sí mismo; y sumarias, debido a que se tramitan en plazos breves; y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, constituyen un instrumento no sólo de otra resolución, sino también del interés público, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo, provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica; por lo que debe considerarse que la emisión de tales providencias no constituye un acto privativo, pues sus efectos provisionales quedan sujetos,

indefectiblemente, a las resultas del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere convenientes. (Pleno, Tesis P./J. 21/98, marzo de 1998).

El Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), da un catálogo cerrado de medidas cautelares que se pueden imponer al imputado, dentro del proceso penal. El artículo 155 del citado ordenamiento señala:

A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

- I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;
- II. La exhibición de una garantía económica;
- III. El embargo de bienes;
- IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;
- V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;
- VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares;
- VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- IX. La separación inmediata del domicilio;
- X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;
- XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;
- XII. La colocación de localizadores electrónicos;
- XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o
- XIV. La prisión preventiva.

Las medidas cautelares no podrán ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada.

Así, dentro del proceso penal las medidas cautelares deben ser entendidas como decisiones que dicta el juez de control, una vez formulada la imputación o en su caso habiendo vinculado a proceso, con alguna de las finalidades siguientes: a) evitar que el procesado se sustraiga de la acción de la justicia, b) garantizar la seguridad de la víctima, testigos y sociedad en general, c) evitar la obstaculización del proceso, o d) evitar que se oculten o destruyan los bienes, objetos o producto del delito. Al respecto el CNPP señala:

Artículo 153. Reglas generales de las medidas cautelares. Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.

Por lo anterior, se puede entender que las medidas cautelares por su naturaleza son actos de molestia sobre la persona o bienes del imputado, consistentes en resoluciones de interés público, provisionales, sumarias y accesorias; se dictan con la finalidad de prevenir un peligro, suplir de manera provisional la falta de sentencia o garantizar la existencia de un derecho.

III. LA PRISIÓN PREVENTIVA

Esta medida cautelar es la resolución más invasiva al derecho fundamental a la libertad personal, que dentro del proceso puede dictar el juzgador. En el análisis de la misma debemos hacer hincapié de que es una medida cautelar, no una pena,² esta precisión por obvia que parezca en lo jurídico, ha ocasionado confusión en la sociedad.

En el anterior sistema la prisión preventiva se convirtió en la generalidad, el exceso en la aplicación de la medida provocó hacinamiento en las prisiones, graves injusticias³ y violaciones a derechos humanos, pero nunca disuadió a la criminalidad. Lo que sí provocó ese uso excesivo fue que en la sociedad mexicana se arraigara la idea de considerar que cualquier persona que sea acusada de un delito, debe estar en la cárcel desde que se le procesa, independientemente de que no haya sido condenado.

Ahora bien, a partir de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011 en materia de derechos fundamentales, los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y la Constitución, son la ley suprema

² Entendida como el recurso de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar su convivencia. Es la consecuencia del delito, y se traduce en la privación o restricción de bienes jurídicos, lo cual solo ocurre cuando se ha demostrado la responsabilidad penal de una persona al final de un proceso. Véase Berdugo Gómez de La Torre, I., *et al.* (2004): 421-427.

³ Actualmente en México existen 236,886 reclusos en las diferentes prisiones del país, de los cuales 95,742 se encuentran en prisión preventiva, es alarmante que 70,000 de estos reclusos sujetos a la medida cautelar están por delitos patrimoniales menores a \$5,000 pesos.

dentro del orden jurídico mexicano, y los mismos, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, en tal sentido, cuando en la Constitución existe una restricción a dichos derechos debe estarse al texto constitucional. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos

humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano. (Pleno, P./J.20/2014 (10ª), abril de 2014).

La prisión preventiva restringe el derecho fundamental a la libertad personal. Por la relevancia de la materia, el constituyente permanente previó la necesidad de incluir su regulación en la Constitución, de tal suerte que la misma quedaría acotada a los supuestos previstos en la propia Carta Magna. Regulando la institución el artículo 19 constitucional en su párrafo segundo ordena:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Según lo analizado, la regulación constitucional de la prisión preventiva, consistirá en el límite máximo que el juzgador tendrá para restringir el

derecho fundamental a la libertad personal, mediante la aplicación de una medida cautelar. En caso de que se transgredan esos límites señalados por el constituyente, quedarán expeditos los mecanismos de control que para la tutela de los derechos fundamentales existe.

A. GENERALIDADES

1. Subsidiariedad y excepcionalidad

En el anterior sistema la determinación de la prisión preventiva dependía de la regulación que se hiciera en los diferentes códigos adjetivos,⁴ en cualquier caso, una inmensa mayoría de delitos se procesaban con el imputado sujeto a prisión preventiva, es decir, una medida que desde su origen se pensó como algo excepcional, se convirtió en la regla general del enjuiciamiento criminal. Ese abuso en la prisión provisional generó diversas críticas dentro de las que se encuentran: a) que se trataba de una medida estigmatizante para el procesado, b) impedía la resocialización por parte del Estado de una persona que jurídicamente aún no era condenada, además de que la convivencia con delincuentes condenados desocializa al procesado, y c) el hacinamiento en las prisiones (Adato de Ibarra, V. 1977, pp. 14-17) y

⁴ *V. gr.*, en el Código Federal de Procedimientos Penales regulaba un catálogo cerrado de delitos respecto de los cuales no procedía el privilegio de la libertad provisional bajo caución; por su parte el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, seguía la regla de la media aritmética de la pena superior a 5 años, para negar dicho beneficio.

d) la violación a la presunción de inocencia del procesado.

Para responder a ese reclamo social, y buscar que la prisión preventiva cumpliera el propósito de medida cautelar, la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia de 2008 privilegió el principio de presunción de inocencia, estimando conveniente establecer los principios de subsidiariedad y excepcionalidad para la procedencia de la prisión preventiva; tal como se desprende con claridad del proceso legislativo que le dio origen, en concreto del dictamen de la Cámara de Origen, el cual a la letra dice:

Medidas cautelares y prisión preventiva

Para los efectos de evitar los excesos cometidos hasta ahora con la prisión preventiva, se acordó establecer el principio de subsidiariedad y excepcionalidad para la procedencia de este instituto. La aplicación de medidas cautelares, las cuales son auténticos actos de molestia, procederá únicamente cuando exista la necesidad de cautela del proceso o de protección de las víctimas. Esto quiere decir que sólo cuando exista necesidad de garantizar la comparecencia del imputado en el juicio; el desarrollo de la investigación; la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, procederá la aplicación de alguna medida cautelar de las que prevea la ley. La prisión preventiva sólo procederá cuando ninguna otra medida cautelar sea suficiente para el logro de los propósitos indicados.

Este nuevo diseño es acorde con el principio de presunción de inocencia. Diversos procesalistas clásicos y contemporáneos han hecho notar, con razón, la inevitable antinomia que supone afectar los derechos de las personas sometiéndolas a prisión preventiva, sin que antes se haya derrotado su presunción

de inocencia en un juicio en el que se respeten todas las garantías del debido proceso. La antinomia es de por sí insalvable, pero para paliarla en alguna medida se prevé que la procedencia de tales afectaciones sea excepcional. Otro de los elementos que se debe tener en cuenta es que las medidas cautelares sean proporcionales, tanto al delito que se imputa, como a la necesidad de cautela. Los riesgos mencionados con anterioridad admiten graduación y nunca son de todo o nada, dependerán de cada caso concreto. Por ello es que la necesidad de cautela siempre deberá ser evaluada por el ministerio público y justificada por él ante el juez, con la posibilidad de que tanto el imputado como su defensor ejerzan su derecho de contradicción en una audiencia.

Finalmente, la procedencia de las medidas cautelares deberá estar regida por el principio de subsidiariedad, de modo tal que siempre se opte por aquella medida cautelar que sea lo menos intrusiva para la esfera jurídica de los particulares. El propósito en este caso será provocar la menor afectación posible.

Prisión preventiva y delitos graves

A la regulación de las medidas cautelares en aquellos casos en los que se trate de delitos graves y de delincuencia organizada se le da un tratamiento diverso. Se pretende evitar que se produzca con el tema de los delitos graves y la delincuencia organizada, lo que hasta ahora ha venido sucediendo, es decir, que sea el legislador ordinario el que en definitiva decida a qué casos se aplica la Constitución y cuáles requieren un tratamiento excepcional por tratarse de delitos graves o delincuencia organizada. Debe apreciarse que se requiere una regulación especial de las medidas cautelares cuando se trate de estos casos, sin embargo, las excepciones tienen que estar previstas en el propio texto constitucional, ya que si se hace un reenvío a la ley, inevitablemente se debilita el principio de supremacía constitucional.

Cuando por primera vez se creó el sistema de delitos graves para la procedencia de la libertad provisional bajo caución, se tenía el

propósito de que éstos fueran excepcionales. No obstante, la experiencia estatal y federal ha mostrado que este sistema excepcional ha colonizado el resto del ordenamiento. Hoy por hoy existe un enorme abuso de la prisión preventiva, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación ordinaria. Con la finalidad de superar este estado de cosas se impone que sea la propia Constitución la que determine aquellos casos excepcionales, para los que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva.

El propio artículo 19 constitucional establece la posibilidad de que los ordenamientos procesales de las entidades federativas y de la Federación, incorporen una excepción al diseño normativo de las medidas cautelares y de la prisión preventiva recién explicado. Se prevé que el juez aplique prisión preventiva para los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios especialmente violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, si el ministerio público logra acreditar, en audiencia, las condiciones exigidas para vincular a proceso por esos delitos.

La decisión sobre medidas cautelares es evidentemente revisable, tan es así que expresamente se prevé que se podrá revocar la libertad de los individuos ya vinculados a proceso, cuando se acrediten los extremos previstos en la propia Constitución y de conformidad con lo que disponga la ley.⁵

De lo transcrito se desprende con claridad que la intención del constituyente fue evitar los excesos arbitrarios que generados con la aplicación de la

⁵ Consulta disponible en <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNOimNPZPsNLF-qe0s7fev1FqriebelbbMn9GghkHbZJR/83CODRyvc-TxEoBKqCoEFP8A==>

institución de la prisión preventiva, regulándola efectivamente como una medida cautelar de naturaleza subsidiaria y excepcional.

2. Prisión preventiva y presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un derecho fundamental, por virtud del cual hasta que no sea probada la responsabilidad penal de un procesado, este será considerado inocente. El artículo 20 constitucional apartado B, fracción primera de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al regular los derechos de los imputados ordena que los mismos tienen derecho “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

En la normativa supranacional, diversos tratados internacionales han abordado el derecho fundamental a la presunción de inocencia dentro del proceso penal. Por ejemplo, el artículo 11 inciso 1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa;

y el artículo 8o inciso 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ordena:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.⁶

En nuestra legislación secundaria, el CNPP, dentro del catálogo de principios que rigen el procedimiento penal, señala en el artículo 13:

Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código.

Esta presunción es de naturaleza *iuris tantum*, es decir, se verá desvirtuada por medio de la prueba, cuando la libre valoración que realice el juzgador, permita fundar y motivar la responsabilidad penal de una persona más allá de toda duda razonable (arts. 359 y 402 del CNPP).

La prisión preventiva no prejuzga sobre la responsabilidad penal, sin embargo, desde el momento que una persona es privada de la libertad teniendo como fundamento datos de prueba,⁷ dicha medida necesariamente colisiona con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (Brewer, 2014: 98)

⁶ Para profundizar sobre la materia, *vid.* Llobet Rodríguez, J. (2009).

⁷ Artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Además la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha resuelto la contradicción de tesis 87/2016 en la que señala: “AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA QUE EL JUEZ LO DICTE Y PUEDA ESTABLECER QUE SE HA COMETIDO UN HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO, BASTA CON QUE ENCUADRE LA CONDUCTA A LA NORMA PENAL, QUE PERMITA IDENTIFICAR, INDEPENDIENTEMENTE DE LA METODOLOGÍA QUE ADOPTE,

es por eso que en una adecuada tutela de los derechos humanos, la aplicación de la prisión preventiva únicamente puede limitarse a los casos de excepción señalados en el artículo 19 constitucional, es decir, debe respetarse su naturaleza subsidiaria y excepcional.

B. PRISIÓN PREVENTIVA A PETICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Requisitos previos de procedibilidad

a. Delito sancionado con pena privativa de libertad

El primer requisito de procedibilidad que debe satisfacerse para que un juez de control ordene la medida cautelar de prisión preventiva, es que el hecho delictivo que se imputa al procesado, tenga previsto como sanción la pena privativa de la libertad. Así lo ordena el primer párrafo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el cual a la letra dispone:

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Por su parte, el primer párrafo del artículo 165 del CNPP, siguiendo el mandato constitucional dice:

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. La prisión preventiva será ordenada conforme a los términos y las condiciones de este Código.

La *ratio* de este requisito de procedibilidad radica en que estamos frente a una medida accesoria dependiente de un proceso principal, aplicar una prisión preventiva a un delito que no esté sancionado con pena de prisión, sería una medida que no soportaría un *test* de proporcionalidad.⁸

Se trata de un requisito eminentemente normativo y hay que recordar que el Derecho no está sujeto a prueba, en tal sentido se trata de un requisito de procedibilidad cuyo extremo quedará satisfecho con la adecuada imputación que se formule, de un hecho delictivo sancionado con pena privativa de libertad.

b. Solicitud del Ministerio Público

El único facultado para solicitar la prisión preventiva no oficiosa, es el Ministerio Público, así lo ordena el artículo 167 del CNPP, el cual en su párrafo primero señala:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima,

⁸ Sobre la proporcionalidad de una medida cuando la misma restringe o limita un derecho fundamental, véase. *infra* tema: "Razonabilidad jurídica y análisis de proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la cautela", del presente trabajo.

de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexa en los términos del presente Código.

En el análisis de esta modalidad de prisión preventiva, es importante destacar su necesaria petición por parte del Ministerio Público, ya que se ha visto en la práctica que por falta de capacitación del Ministerio Público, no se solicita la medida cautelar, lo cual tiene como consecuencia que el juez de control no la ordene independientemente de que se cumplan con alguno de los supuestos señalados en el artículo 167 transcrito,⁹ esto se traduce en que el imputado no podrá ser sujeto a la medida, llevando en su caso, el proceso en libertad.

2. Casos de procedencia

Como hemos señalado la prisión preventiva no oficiosa se encuentra regulada en la primera parte del segundo párrafo del artículo 19 constitucional, el cual señala:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo

procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso

Por su parte los dos primeros párrafos del artículo 167 del CNPP, regulan la medida cautelar diciendo:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexa en los términos del presente Código.

En el supuesto de que el imputado esté siendo procesado por otro delito distinto de aquel en el que se solicite la prisión preventiva, deberá analizarse si ambos procesos son susceptibles de acumulación, en cuyo caso la existencia de proceso previo no dará lugar por sí sola a la procedencia de la prisión preventiva.

A continuación analizaremos los extremos de cada caso regulado, así como la forma de acreditación ante el juez de control.

a. Garantizar la comparecencia del imputado en juicio

La primera finalidad por la cual el Ministerio Público puede solicitar la prisión preventiva oficiosa, se traduce en evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia, logrando con ello asegurar un derecho fundamental a la

⁹ El juez Morcillo señala: “La base fundamental de un juicio justo es la imparcialidad del juez y esa imparcialidad es la que genera la confianza en la justicia por la ciudadanía”. (Cf: Morcillo Mogueel, R. 2014, p. 32).

impartición de justicia y buscando que el hecho delictivo no quede impune.

El peligro de sustraerse de la acción de la justicia tiene que ser acreditado de manera objetiva, y el artículo 168 del CNPP, señala las circunstancias que especialmente tomará en cuenta el juez de control al momento de decidir sobre la cautela. El mencionado artículo señala:

Para decidir si está garantizada o no la comparecencia del imputado en el proceso, el juez de control tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

- I. El arraigo que tenga en el lugar donde deba ser juzgado determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y las facilidades para abandonar el lugar o permanecer oculto. La falsedad sobre el domicilio del imputado constituye presunción de riesgo de fuga;
- II. El máximo de la pena que en su caso pudiera llegar a imponerse de acuerdo al delito de que se trate y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante éste;
- III. El comportamiento del imputado posterior al hecho cometido durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal;
- IV. La inobservancia de medidas cautelares previamente impuestas, o
- V. El desacato de citaciones para actos procesales y que, conforme a derecho, le hubieran realizado las autoridades investigadoras o jurisdiccionales.

Dentro de las principales críticas que se han hecho en cuanto a la sustracción de la acción de la justicia por parte del imputado, radica en que según

mencionan los detractores, basta con que el imputado presente una identificación con un domicilio falso, para que se le conceda la libertad y nunca se le vuelva a ver. En caso de resultar cierta tal afirmación, únicamente se corroborará la falta de preparación del Ministerio Público, su policía y la Unidad de Medidas Cautelares, los cuales debieran de corroborar la existencia y veracidad de ese domicilio que se proporciona, y en el caso de que el mismo resulte falso, hacerlo saber al juzgador.

b. Garantizar el desarrollo de la investigación

El juez de control, tomando en cuenta las circunstancias del hecho imputado y los demás datos de prueba aportados por la autoridad ministerial, ordenará la prisión preventiva cuando exista riesgo de que el imputado, estando en libertad obstaculizara el desarrollo de la investigación.

El artículo 169 del CNPP, señala los supuestos en que existe peligro para el desarrollo de la investigación, diciendo:

Para decidir acerca del peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación, el juez de control tomará en cuenta la circunstancia del hecho imputado y los elementos aportados por el Ministerio Público para estimar como probable que, de recuperar su libertad, el imputado:

- I. Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba;
- II. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten

- de manera reticente o inducirá a otros a realizar tales comportamientos, o
- III. Intimidará, amenazará u obstaculizará la labor de los servidores públicos que participen en la investigación.

Los supuestos señalados en los que existe riesgo de que el imputado pondrá en riesgo el desarrollo de la investigación, se traducen en un peligro que tiene que ser acreditado por el Ministerio Público, con los datos de prueba con los que cuente, ya que en un respeto al derecho fundamental a la presunción de inocencia, el juzgador no podrá autorizar la medida cautelar si no quedan acreditados los extremos del numeral citado.

c. Garantizar la protección de la víctima, testigos o comunidad

Otro supuesto en que el Ministerio Público puede solicitar la prisión preventiva es cuando acredite que la libertad del imputado se traducirá en riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad en general. El artículo 170 del CNPP regula este supuesto de la siguiente manera:

La protección que deba proporcionarse a la víctima u ofendido, a los testigos o a la comunidad, se establecerá a partir de la valoración que haga el juez de control respecto de las circunstancias del hecho y de las condiciones particulares en que se encuentren dichos sujetos, de las que puedan derivarse la existencia de un riesgo fundado de que se cometa contra dichas personas un acto que afecte su integridad personal o ponga en riesgo su vida.

Tal como hemos venido diciendo, en todos estos supuestos en los que se solicita la prisión preventiva, el Ministerio Público tiene que acreditar el riesgo que supone la libertad del imputado durante el proceso.

d. Cuando el imputado esté siendo procesado o sea reincidente de delitos dolosos

El último supuesto previsto por la Carta Magna, mediante el cual el Ministerio Público puede solicitar la prisión preventiva, es cuando el imputado haya sido sentenciado o esté siendo procesado por delito doloso, siempre y cuando ambos procesos no sean susceptibles de acumulación. El artículo 167 del CNPP dice:

cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexa en los términos del presente Código.

En el supuesto de que el imputado esté siendo procesado por otro delito distinto de aquel en el que se solicite la prisión preventiva, deberá analizarse si ambos procesos son susceptibles de acumulación, en cuyo caso la existencia de proceso previo no dará lugar por sí sola a la procedencia de la prisión preventiva.

Este supuesto de procedencia de la prisión preventiva se basa en la reincidencia delictiva del imputado, frente a lo cual el Estado debe endurecer sus medidas; como puede verse, la carga

probatoria que tiene el Ministerio Público no exige acreditar los extremos objetivos de un peligro, exclusivamente tendrá que hacer una búsqueda oportuna en las bases de datos y con las autoridades correspondientes, para aportar esos datos de prueba en la audiencia inicial y sostener su petición de prisión preventiva.

3. Razonabilidad jurídica y análisis de proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la cautela

Respetando la excepcionalidad y subsidiariedad de la prisión preventiva, expongo ahora la doctrina desarrollada por el Poder Judicial Federal, sobre la razonabilidad jurídica de las medidas que pueden vulnerar derechos fundamentales; extremos que también deberán ser acreditados por el Ministerio Público y valorados por el juzgador, para dictar la prisión preventiva en la modalidad que se analiza.

La doctrina jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación ha emitido diversos precedentes respecto del derecho fundamental de razonabilidad jurídica. A continuación se transcribe la Jurisprudencia 55/2006, dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como la Tesis Aislada CCXXXVII/2007, emitida por el mismo órgano jurisdiccional:

IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo

que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación

innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado. (Primera Sala, P.J.55/2006, septiembre de 2007).

COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL LIMITAR A CINCO EL NÚMERO MÁXIMO DE COLEGIOS SUSCEPTIBLES DE CONSTITUIRSE POR CADA RAMA, VULNERA LA GARANTÍA DE IGUALDAD, EN RELACIÓN CON LAS DE LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN. El citado precepto legal, al establecer que todos los profesionales de una misma rama podrán constituir en el Distrito Federal uno o varios colegios, sin que excedan de cinco por cada rama profesional, viola la garantía de igualdad, en relación con las de libertad de trabajo y asociación contenidas en los artículos 1o., 5o. y 9o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respectivamente, en tanto que establece una condición sobre el número posible de este tipo de organizaciones que, una vez satisfecha, se convierte en un obstáculo insuperable para aquellas agrupaciones que aspiran a obtener un registro de esa naturaleza, habida cuenta que esa medida les impide, a diferencia de las organizaciones que ya tienen el registro como colegio de profesionistas (derecho de igualdad), obtener el reconocimiento relativo que les permita dedicarse a la profesión, trabajo u ocupación que libremente pueden elegir

(libertad de trabajo) y les restringe toda posibilidad de reconfigurarse como una persona moral con las actividades de orden público e interés colectivo que involucran la citada colegiación (libertad de asociación). Además, de acuerdo con la jurisprudencia 1a./J. 55/2006 de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el análisis de constitucionalidad de un dispositivo normativo a la luz de la garantía de igualdad –que debe entenderse en relación directa con las libertades que la propia Constitución consagra– requiere corroborar, entre otros elementos, la racionalidad o adecuación de la distinción introducida por el legislador, la cual está condicionada a constituir un medio apto para conducir al fin u objetivo que aquél desea alcanzar; sin embargo, tales presupuestos no se surten en el mencionado artículo 44, pues ni el contenido del ordenamiento en que se encuentra inmerso ni los antecedentes de su proceso legislativo revelan que la cantidad de colegios establecida sea realmente útil para la consecución de la finalidad perseguida por el creador de la norma, máxime que lo que éste pretendió fue evitar que la colegiación fuera unitaria, pero sin señalar el porqué cinco es el número idóneo para tal efecto, lo que de suyo es apto para poner de manifiesto que el precepto otorga un trato desigual a sujetos iguales que, por no encontrarse justificado, está proscrito por el Orden Supremo. (Primera Sala, 1a CCXXXVII/2007, octubre de 2007).

De las tesis transcritas se desprenden diversos subprincipios de la razonabilidad jurídica en una medida que afec- te un derecho fundamental; hay que señalar que dichas tesis se dictaron a propósito de casos en los cuales se encontraba relacionado el derecho fundamental de igualdad. Al respecto hay que precisar que la razonabilidad (y su respectivo test de proporcionalidad) no sólo resulta aplicable a supuestos en los

que se encuentre involucrado el derecho fundamental de igualdad, sino que, por el contrario, resulta aplicable a la totalidad de los casos en que cualquier derecho fundamental se encuentre involucrado, como resultaría con una medida de prisión preventiva frente al derecho a la libertad personal.

Sirve de sustento a lo anterior, la Tesis CCCXII/2013, dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que a continuación se transcribe:

INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que existen dos niveles de análisis de la constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de nivel intenso. El primero debe realizarlo el juez constitucional en los asuntos que no incidan directamente sobre los derechos humanos y exista un amplio margen de acción y apreciación para la autoridad desde el punto de vista normativo, como ocurre en la materia económica o financiera. En cambio, el escrutinio estricto se actualiza cuando el caso que se tenga que resolver involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se afecten derechos humanos reconocidos por el propio texto constitucional y/o por los tratados internacionales, o se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno. *En este sentido, si bien las diferencias en la intensidad del control constitucional y el uso del principio de proporcionalidad han derivado de precedentes relacionados sólo con el principio de igualdad, ello no es impedimento para utilizar esta clasificación jurisprudencial y*

el respectivo test de proporcionalidad (fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) para casos que no estén estricta y únicamente vinculados con el aludido principio constitucional. Lo anterior, porque el juzgador realiza indirecta y cotidianamente diversos grados de análisis constitucional dependiendo si se trata, por ejemplo, de la afectación de un derecho humano o del incumplimiento de una norma competencial de contenido delimitado o de libre configuración, aun cuando la materia del caso no sea la violación estricta del derecho de igualdad. Así, el principio de proporcionalidad irradia y aplica sobre la totalidad de los derechos humanos con fundamento en el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Primera Sala 1a CCXXXVII/2013 (10ª) octubre de 2013). (Énfasis agregado).

Efectuadas las anteriores precisiones, a continuación se profundizará en el análisis del principio constitucional de razonabilidad jurídica. Para calificar la justificación de la medida cautelar de prisión preventiva (no oficiosa), ya que al colisionar con el derecho fundamental a la libertad personal, debe efectuarse un examen de la referida medida a la luz de los tres subprincipios que integran la razonabilidad jurídica; a saber: (i) la idoneidad; (ii) la proporcionalidad; y, (iii) la necesidad.

A partir de estos subprincipios se puede determinar si la prisión preventiva afecta a la libertad personal en forma legítima o no, pues los mismos establecen si la medida judicial incide en un modo excesivo respecto de la imprescindible satisfacción de un fin constitucionalmente lícito. Es necesario realizar este análisis ya que puede darse el caso de que la medida cautelar, aun siendo

idónea para cumplir un fin legítimo, sería desproporcionada o contraria a la razonabilidad jurídica, si dicho fin pudiera tener la misma satisfacción con otra medida que menoscabe en grado menor los derechos fundamentales del gobernado.

En relación con tales límites al legislador, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la siguiente tesis de jurisprudencia:

GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. De los criterios emitidos por la *Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales.* Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados. (Pleno, Tesis P./J. 130/2007, diciembre de 2007) (Énfasis agregado).

A través de este precedente, nuestro Máximo Tribunal establece que en atención a los principios en comento, la actuación de los órganos legislativos debe ser idónea para obtener los fines que se persiguen, es decir: la finalidad debe ser constitucionalmente legítima, las medidas deben ser adecuadas y aptas

para alcanzar los fines, deben ser necesarias para lograr la finalidad y estar justificada en razones constitucionales, pues de lo contrario la actuación del creador de la norma será arbitraria en perjuicio de los gobernados.

Expuesto lo anterior, a continuación explicaremos el contenido y alcance de cada uno de los subprincipios antes apuntados.

a. Subprincipio de idoneidad o adecuación

Este subprincipio se desarrolla en dos vertientes que tienen como propósito determinar la licitud de una intervención en un derecho fundamental; es decir: (i) la prisión preventiva (no oficiosa) debe tener un fin legítimo; y, por tanto, (ii) debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo, es decir, la medida cautelar debe ser tal, que el fin sea su consecuencia natural.

En relación con la primera vertiente del subprincipio de idoneidad, se debe señalar que para restringir el derecho fundamental a la libertad personal se debe intentar lograr un fin constitucionalmente legítimo. En este sentido, el fin debe ser constitucionalmente permitido o tender a satisfacer un principio inmerso en la Constitución; situación que evidentemente excluye como legítimo a todo fin prohibido por la misma, pues limitar la eficacia de los derechos fundamentales en nombre de cualquier “interés” afectaría el principio de supremacía constitucional y, consecuentemente, su naturaleza de “derechos”.

En relación con la segunda vertiente del subprincipio de idoneidad, se debe señalar que la idoneidad de la prisión preventiva se refiere a que, abstractamente considerada, esta contribuya y facilite la realización del fin inmediato que persigue (garantizar la seguridad de las partes y la comunidad, garantizar el éxito de la investigación y evitar la sustracción de la acción de la justicia por parte del imputado), en el entendido de que como fin mediato tiene a su cargo satisfacer o promover a un determinado principio constitucional (la administración de justicia, por ejemplo).

b. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Este subprincipio supone una ponderación entre el derecho fundamental a la libertad personal y el fin de la prisión preventiva que origina su menoscabo, a través del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente, para establecer si el beneficio obtenido por dicho fin justifica la intensidad en que se menoscaba el derecho fundamental.

Para analizar la proporcionalidad de la medida cautelar, se debe proceder de la siguiente forma:

- a. Determinar la importancia del derecho fundamental a la libertad personal y el fin de la prisión preventiva que se le opone;
- b. Comparar la relevancia del derecho fundamental a la libertad personal y el fin de la medida cautelar que se le opone; es decir, las intensidades en

que el fin se beneficia por la intervención en el derecho fundamental; y,

- c. Formular una regla de procedencia entre dichas posiciones, que disponga cuál de dichos intereses debe ceder frente al otro en el caso concreto en análisis; esto es, si el protegido por el derecho fundamental a la libertad personal o el principio constitucional que apoya el fin de la prisión preventiva.

c. Subprincipio de necesidad o indispensabilidad

Este subprincipio dispone que la medida que restrinja el derecho fundamental a la libertad personal, debe ser indispensable para satisfacer el fin de la prisión preventiva, que se opone a dicho Derecho fundamental. Lo anterior, atendiendo a que la medida cautelar: (i) sea la menos gravosa para el Derecho afectado entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado; y, (ii) a que no existan otras opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una mayor medida.

De no estar ante uno de los supuestos apuntados, la medida en cuestión será ilegítima pues, en estricto sentido, se afectaría un derecho fundamental de una manera que no sería estrictamente necesaria.

Así, será constitucionalmente ilícita la medida cautelar de prisión preventiva no oficiosa, de haber alternativa a ella, de una forma en que con menor o

nula intervención en el derecho fundamental a la libertad personal, se alcance una mejor u óptima satisfacción de los fines que persigue (evitar la sustracción de la acción de la justicia, garantizar la seguridad de la víctima, testigos y comunidad, asegurar que se continúe con la investigación).

En suma, el juzgador para dictar la medida cautelar deberá tomar en cuenta los principios de: a) excepcionalidad, b) motivación de la resolución, c) prueba de la necesidad de la medida, d) proporcionalidad de la cautela y e) privilegiar la libertad del imputado (Benavente Chorres e Hidalgo Murillo, 2017: 536).

C. PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

Corresponde ahora el análisis de la prisión preventiva oficiosa, quizá la forma de esta medida cautelar más criticada en la actualidad, y respecto de la cual se pretende una reforma que amplíe los casos de procedencia.

1. Delitos por los que procede

a. Regulación constitucional

La Constitución regula los casos de procedencia de la prisión preventiva oficiosa, señalando en el artículo 19 segundo párrafo, lo siguiente:

El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosa, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata

de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

b. Regulación legal

En una adecuada técnica legislativa, el artículo 167 del CNPP, hace la regulación legal de los delitos específicos por los cuales el juez de control deberá de dictar de manera oficiosa la prisión preventiva al imputado. Dicho numeral ordena:

El juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosa en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguiente:

- I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
- II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
- IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

- VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;
- VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis;
- X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;
- XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad. Dicha solicitud deberá contar

con la autorización del titular de la Procuraduría o el funcionario que en él delegue esa facultad.

2. Necesaria acreditación de los supuestos de procedencia por parte del Ministerio Público

Desde la regulación que la Carta Magna hace de la prisión preventiva oficiosa, queda de manifiesto que el constituyente permanente, seleccionó de entre todas las conductas delictivas, las que son más lesivas tanto para los titulares de los bienes jurídicos como para la sociedad en general.

Los fines de la medida siguen siendo los mismos (evitar la sustracción del imputado de la acción de la justicia; evitar el riesgo a la víctima, testigos y comunidad en general; así como evitar que se obstaculice el desarrollo de la investigación), sin embargo, por la lesividad propia y el repudio social que representan, estas conductas han sido seleccionadas por el legislador para relevarse de prueba la acreditación del riesgo que representa la libertad del imputado, imponiendo la obligación al juzgador de dictar la medida cautelar cuando de estos casos se trate.

Es una medida en extremo invasiva al derecho fundamental a la libertad personal, por tal motivo, únicamente podrá dictarse para los siguientes delitos: a) delincuencia organizada, b) homicidio doloso, c) violación, d) secuestro, e) trata de personas, f) delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, y g) delitos graves

que determine la ley contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Ahora bien, hemos dicho que en el supuesto de la prisión preventiva oficiosa, el Ministerio Público no debe acreditar el riesgo de que el imputado siga el proceso en libertad, lo que si deberá de acreditar es que se trata de alguno de los delitos para los cuales se puede dictar este tipo de medida cautelar.

Con la reducción de la carga probatoria que existe para vincular a proceso, en donde únicamente basta encuadrar la conducta delictiva en la descripción que de la misma hace el tipo penal,¹⁰ la problemática que ha representado en la aplicación de esta medida cautelar, ha sido en los casos de “delitos cometidos con medios violentos como armas o explosivos”, en los cuales el Ministerio Público no acredita el medio comisivo violento como, por ejemplo, la utilización de un arma de fuego en un robo con violencia, teniendo como consecuencia que el juez de control no pueda dictar tal medida.

IV. CONCLUSIONES

1. La prisión preventiva es una medida cautelar que tiene como finalidades específicas: a) evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia., b) proteger a las víctimas, testigos y comunidad en general., y c) evitar el riesgo para el desarrollo de la investigación.
2. La prisión preventiva no es una pena. Desafortunadamente los excesos que con dicha medida se cometieron en el anterior sistema, ha arraigado profundamente en la conciencia colectiva de la sociedad mexicana, la idea de que el procesado debe estar en la cárcel, independientemente del delito y sin importar que haya sido condenado o no. Una de las principales tareas que tenemos como Nación, es cambiar la forma de entender el enjuiciamiento criminal, apostando a una mínima intervención del Estado en los derechos humanos.
3. Que a un imputado no se le dicte prisión preventiva, no quiere decir que sea inocente o que el sistema penal acusatorio es una puerta giratoria. Exclusivamente implica que el imputado seguirá el proceso en libertad y en caso de ser condenado a la pena de prisión, después de agotado el juicio, por supuesto que irá a la cárcel.
4. Al tratarse de una medida jurisdiccional que colisiona con diversos derechos fundamentales como la libertad personal o la presunción de inocencia, es necesario para la eficacia de su aplicación que los supuestos de procedencia estén regulados desde la Constitución. La misma siguiendo los principios de excepcionalidad y subsidiariedad, regula dos tipos de prisión preventiva: a) la que es a petición del Ministerio Público, y b) la que dicta el juez de control oficiosamente.

¹⁰ Contradicción de tesis 86/2016 citada anteriormente.

5. En la prisión preventiva que solicita el Ministerio Público, este debe probar ya sea a) el riesgo que supone la libertad del imputado durante el proceso, o b) que el imputado es reincidente en la comisión de un delito doloso —ya sea sentenciado o procesado—. Y la falta de acreditación de estos extremos por parte de las autoridades (Ministerio Público, su policía o la Unidad de Medidas Cautelares, según sea el caso), impide que el juez de control ordene dicha medida.
6. La prisión preventiva oficiosa implica una reducción de los parámetros probatorios para poder dictarla; el juez de control la ordenará siempre que se trate del catálogo de delitos previstos desde la Constitución. Sin embargo, si el Ministerio Público no acredita que se trata de uno de los delitos señalados en dicho catálogo, el juzgador no podrá dictarla.
7. Es adecuada la forma en que se regula la prisión preventiva en el sistema penal acusatorio, la misma se debe dictar por delitos en extremo lesivos para la víctima y sociedad, o cuando la libertad del procesado se traduzca en un peligro, contra los fines de la medida cautelar. La no aplicación de la prisión preventiva, de forma adecuada, no se debe a fallos propios del sistema, se debe a la falta de capacitación y estudio de las autoridades, principalmente del Ministerio Público.
8. El sistema penal acusatorio es perfectible, desde luego, pero

modificarlo por la incompetencia y mala actuación de sus operadores en lo que respecta a la prisión preventiva, exclusivamente traerá como consecuencia el debilitamiento de las instituciones y el abuso de una medida que se pretendía tener como excepcional por lo invasiva a los derechos fundamentales.

V. FUENTES DE CONSULTA

- Adato de Ibarra, V. (1977). *La cárcel preventiva de la Ciudad de México*. México: Botas.
- Benavente Chorres, H., Hidalgo Murrillo, J. D. (2017). *Código Nacional de Procedimientos Penales comentado*. México: Flores.
- Berdugo Gómez de la Torre I. *et al.* (2004). *Curso de derecho penal parte general*. España: Experiencia.
- Diccionario jurídico mexicano* (2001). México: UNAM-IJ.
- Morcillo Moguel, R. (2014). “El papel del juez nacional en el sistema penal acusatorio”. En *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Núm. 36. Enero.
- Erin Brewer, S. (2014). “Hacia un proceso penal constitucional: Elementos para entender y aplicar la presunción de inocencia en México”. En *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Núm. 36. Enero.
- Llobet Rodríguez, J. (2009). “La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano”. En *Revista Ius*. Núm. 24. Julio.

Tesis P./J. 21/98. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Tomo VII. Marzo de 1998.

Tesis P./J. 20/2014 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Viernes 25 de abril de 2014.

Tesis 1a./J. 55/2006. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Tomo XXIV. Septiembre de 2006.

Tesis 1a. CCXXXVII/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

Novena Época. Tomo XXVI. Octubre de 2007.

Tesis 1a. CCCXII/2013 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. Libro XXV. Tomo II. Octubre de 2013.

Tesis P./J. 130/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización. Tomo XXVI. Diciembre de 2007.

RETOS EN LA
PROCURACIÓN Y
ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

COMPLIANCE, EMPRESA Y SISTEMA PENAL

● Miguel Ontiveros Alonso*

*Profesor-Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas y Socio-Fundador de www.criminalcompliancemexico.com

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Compliance**

Compliance

○ **Sistema de justicia penal acusatorio**

Accusatory Criminal Justice System

○ **Debido proceso**

Due process

○ **Personas físicas**

Natural persons

○ **Personas morales o jurídicas**

Legal persons

Resumen. El presente artículo es un estudio en torno a la responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas, tanto en el Derecho positivo mexicano como en el español. El autor llama la atención de que tal aspecto fue abordado —en el caso del Derecho mexicano— dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales, es decir, primero fue el ordenamiento adjetivo y no el sustantivo. El autor también sigue a la doctrina alemana, central para la problemática de la responsabilidad penal de un ente colectivo. Así, de acuerdo con Achenbach, “el juez penal puede imponer determinadas consecuencias a los entes colectivos en sede penal, aunque dichas consecuencias sean, por ahora, de tipo administrativo.” Siguiendo los criterios del Tribunal Supremo de España, si bien es cierto que se distinguen dos categorías de personas (físicas y jurídicas), el ente colectivo debe ser responsable penalmente, siempre y cuando se respeten las garantías procesales.

Abstract. The present article is a study on the criminal responsibility of legal or moral persons, both in Mexican and Spanish law. The author points out that this aspect was addressed - in the case of Mexican Law - within the National Code of Criminal Procedures, that is, first it was the adjective order and not the noun. The author also follows the German doctrine, central to the problematic of the criminal responsibility of a collective entity. Thus, according to Achenbach, “(...) the criminal judge may impose certain consequences on collective bodies in the criminal court, even though these consequences are, for the time being, administrative.” Following the criteria of the Supreme Court of Spain, if It is true that two categories of persons are distinguished (physical and legal), the collective body must be criminally responsible, provided that procedural guarantees are respected.

Abreviaturas utilizadas: CPCDMX (Código Penal de la Ciudad de México), CPF (Código Penal Federal), CNPP (Código Nacional de Procedimientos Penales), FGE (Fiscalía General del Estado), § (Parágrafo del Código Penal Alemán), TSE (Tribunal Supremo Español).

SUMARIO:

I. Introducción. II. El modelo alemán de responsabilidad penal empresarial y su probable relación con la normativa iberoamericana. III. La sentencia del pleno de la sala segunda del tribunal supremo del 29 de febrero de 2016. IV. ¿Cuál es la ubicación sistemática del compliance según el TSE? V. Acerca del voto particular disidente. VI. El TSE confirmó la violación al debido proceso de la persona jurídica imputada y no resolvió en consecuencia. VII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

En el verano de 2014, cuatro años después de la reforma española que introdujo la responsabilidad penal de los entes colectivos, el Código Nacional de Procedimientos Penales incorporó el —así denominado— «procedimiento para personas jurídicas». Es decir, al contrario de lo sucedido en España, México implementó primero la reforma procesal, mientras que años más tarde abordó la materia penal relativa a la responsabilidad penal de la empresa.¹

En el CNPP se sentaron las bases para investigar y ejercer acción penal en contra de entes colectivos. Sin embargo, se señalaba también que el Ministerio Público ejercería acción penal en contra

de la persona jurídica, sólo después de ejercer acción penal en contra de la persona física que debiera responder por el delito. Más complicadas resultaban, aún, las reglas para la individualización judicial de la pena, pues expresamente se advertía que «las medidas no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta-típica y antijurídica», pues se consideraba —concepción que aún persiste—, que los entes colectivos carecían de capacidad de culpabilidad².

Por otro lado, en diciembre de 2014, el CPCDMX replicó el modelo español de 2010, pero éste se modificó en 2015, por lo que es previsible que se verifiquen nuevas reformas a escala nacional, inspiradas en la legislación española, y comiencen a dictarse las primeras sentencias en la materia que nos ocupa³. Así, tarde o temprano el sistema de justicia procesará y sentenciará a personas jurídicas por la comisión de delitos, de ahí que la experiencia española resulte fundamental para nosotros. Ante este escenario surgen algunos interrogantes:

a. ¿Qué tan grande es el vínculo —si es que existe—, entre la jurisprudencia y la doctrina que se ha

² El modelo vigente, derivado de la reforma de junio de 2016, no resuelve el asunto: por un lado, se sostiene un modelo de responsabilidad penal autónoma, mientras que nuestros códigos penales contemplan un modelo de transferencia.

³ En torno a las consecuencias que pueden imponerse a la empresa de conformidad con el ordenamiento jurídico mexicano; Pérez Flores, J. D. (2015).

¹ En torno a la evolución de esta temática en México; Ontiveros Alonso, M. (2014); Coaña Be, L. D. (2017).

elaborado en materia de responsabilidad penal de la empresa?

- b. ¿Cuál es la ubicación sistemática de los *compliance programs*? O, formulado este interrogante de otra manera ¿qué excluye, si es que excluye algo, el *compliance* según las resoluciones judiciales españolas?⁴
- c. ¿Cómo interpreta la jurisprudencia española la disposición del artículo 31.2 del CPE, referente a que la persona jurídica quedará “exenta de responsabilidad?” ¿Significa eso exclusión del injusto, exclusión de la culpabilidad, prescindir de la pena o algo diferente?
- d. ¿Por qué en España se protege de manera más amplia —frente a la pena estatal—, a la persona jurídica que a la persona humana y qué dice el TSE al respecto?

Las sentencias dictadas por el TSE debieran servir de orientación a los tribunales latinoamericanos, como también a los alemanes. Y esto es así pues el —denominado por la doctrina alemana— “proyecto de código penal empresarial alemán”,⁵ incorporaría la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Alemania, de tal forma que el derecho comparado puede ser enriquecedor en la tarea que ahora se desarrolla en el congreso de ese país.

⁴ Ya he desarrollado este tema, más ampliamente, en otro lugar: Ontiveros Alonso, M. ¿Para qué sirve el *compliance* en materia penal?. En <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4032/14.pdf>

⁵ Disponible en: <http://www.strafrecht.de/media/files/docs/Gesetzentwurf.pdf>

II. EL MODELO ALEMÁN DE RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL Y SU PROBABLE RELACIÓN CON LA NORMATIVA IBEROAMERICANA

Es cierto, como sostiene Achenbach (2015), “que el sistema alemán no contempla la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas, lo que no significa —según el mismo autor—, que el tratamiento jurídico de la empresa esté exento de la dimensión punitiva, pues el juez penal puede imponer determinadas consecuencias a los entes colectivos en sede penal, aunque dichas consecuencias sean, por ahora, de tipo administrativo”.

Mi parecer es, sin embargo, que la tradición alemana en esta materia está por cambiar. El caso Siemens —que ya es antiguo—⁶ el de German-Wings, más reciente, o el fraude mundial de Volkswagen, evidencian daños a la economía, también al ambiente y a la vida de personas humanas. El común denominador de estos delitos —que casi siempre está presente en la criminalidad económica—, es la corrupción.

Aunado a lo anterior, parece claro que el derecho administrativo no rinde lo suficiente frente a estos fenómenos

⁶ Al respecto, el destacado texto de Carrión, A. (2014); “La deficiente implementación de un programa de cumplimiento efectivo fue el punto medular más acrítico advertido en las conclusiones de las investigaciones estatales e internas. La aprobación de un código de conducta, por ejemplo, no vino complementada en la práctica con otras medidas específicas para garantizar el seguimiento de esas reglas y principios”.

delictivos, tal y como se desprende de la exposición de motivos del proyecto alemán. Esto no significa que el derecho administrativo no funcione, sino que no está hecho para prevenir y sancionar fenómenos criminógenos de dimensiones mundiales, como aquellos a los que se ha hecho referencia más arriba.

El diseño y presentación del “proyecto de ley que incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Alemania” —es una muestra de ello. Esa iniciativa incorpora la responsabilidad penal de los entes colectivos, impone penas, establece medidas procesales, incluidas algunas interesantes relativas a la competencia jurisdiccional, que podrían orientar a operadores del sistema penal latinoamericano, mientras que también establece medidas preventivas frente a la posible comisión de delitos cometidos por entes colectivos.

El proyecto de referencia, que aún se encuentra en el debate legislativo, podría generar que el Estado de Nordrhein-Westfalen sirviera como ejemplo para una regulación “en cascada” del resto de ordenamientos jurídicos alemanes. Creo, que la incorporación de la responsabilidad penal empresarial en Alemania está en camino de ser realidad.⁷

¿Qué dimensiones del código penal empresarial alemán pueden ser de utilidad para Iberoamérica? Este es un interrogante que no se puede resolver

aquí, pero sí se pueden señalar tres ejes estratégicos:

- a. La facultad del fiscal para que —en armonía con el principio de oportunidad— se abstenga de perseguir el delito
- b. La exclusión de la jurisdicción o competencia de determinados jueces (§ 16), cuando se ubiquen en algunos de los casos ahí señalados, por ejemplo: cuando el juzgador, o su pareja, tenga alguna relación con la persona jurídica. Lo mismo sucedería en caso de que algún familiar, en línea directa y hasta el tercer grado, tenga relación con la empresa o haya estado vinculado al ente colectivo.
- c. La prohibición, para los defensores (§18) de intervenir simultáneamente como defensor de la persona jurídica y una física, y que dicha actuación genere un conflicto de intereses o afecte el derecho de defensa de alguna de aquellas dos.

III. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL 29 DE FEBRERO DE 2016

UNA OBSERVACIÓN PRELIMINAR: EL TSE Y SUS BARRERAS ENTRE TEORÍA Y PRÁCTICA

Al TSE le incomoda dar crédito a la doctrina. Esta es la primera impresión que un lector ajeno al debate español, y

⁷ De una opinión diferente es Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, quien advierte: “no está claro que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ofrezca ventajas frente a las sanciones administrativas impuestas a las empresas”.

acostumbrado a la jurisprudencia mexicana, puede llevarse de la lectura completa de la sentencia. Cuando el TSE entra al análisis de los recursos procesales interpuestos por las personas jurídicas, hace referencia constante a “la doctrina”, pero no dice algo más. Incluso afirma, textualmente, que “para cumplir con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal que esta Sala tiene encomendadas como Tribunal casacional, se considera de interés dejar aquí constancia de las siguientes precisiones”.

Con ese preámbulo, cualquier lector pensaría que lo siguiente es un análisis de las consideraciones doctrinales más sobresalientes, aunque no se tome postura a favor o en contra. Sin embargo, lo que se afirma es lo siguiente:

es conveniente señalar, intentando *eludir* en lo posible categorías doctrinales, que sin ser necesarias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar origen a eventuales *confusiones* interpretativas. Lo que no admite duda, visto el texto legal, es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la pretendida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevenzan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

El TSE no hace una sola referencia a algún autor; ni a obra alguna, pero sí se inspira en la literatura penal de aquel país. Esto evidencia dos cosas: el recelo de los jueces a reconocer que sí se orientan por la doctrina y, segundo,

un ánimo de protagonismo. No es raro —en España— escuchar a los magistrados ponentes impartiendo conferencias, talleres o entrevistas, en las que exponen los fundamentos de la resolución que dictaron (resolución que difícilmente hubieran podido dictar, sin la riqueza obtenida por la discusión de la dogmática española).

Algo similar ha sucedido en relación con la Sentencia número 221/2016 (ponente Magistrado Manuel Marchena Gómez), relativa a la Sociedad *Anjuma* y el delito de apropiación indebida, pues el TSE sostiene ahí —sin citar nombres—, que el debate parece inacabable y el hecho de que

algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones.

También la FGE incurre en esta práctica pues, en la circular 1/2011, crítica a la “doctrina científica” que busca mantener intactas las categorías dogmáticas, para más tarde referirse a “algún autor”, señalando lo siguiente:

de modo que su aplicación no obliga a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones, empresa tan solo esbozada tímidamente por algunos autores y que, al día de hoy, se antoja de resultados francamente inciertos.⁸

⁸No obstante lo afirmado por el TSE, es en el seno de la doctrina española donde —con una fuerte influencia de

IV. ¿CUÁL ES LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL COMPLIANCE SEGÚN EL TSE? ¿SE TRATA DE UNA REGLA DE IMPUTACIÓN, DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD, DE UNA EXCUSA ABSOLUTORIA O ATENUANTE?

El rol que juegan los *compliance programs* es motivo de un amplio debate. Una postura que parece mayoritaria, considera que estos aplican para acreditar o excluir el delito empresarial en sede de culpabilidad. Sin embargo, esta postura, que ha encontrado aceptación en la doctrina española y que encabeza Gómez-Jara Díez (2010), puede ser cuestionada. En efecto, si se considera que ya desde el tipo objetivo se aprecia que la persona jurídica ajusta plenamente su actividad empresarial a los contenidos del programa de cumplimiento, tal y como sucede con las personas humanas en relación a la *lex artis*, la persona jurídica estaría cubierta por un riesgo permitido, quedando excluida la imputación al tipo objetivo y por lo tanto el injusto.

Como sostiene la doctrina mayoritaria, una conducta amparada por riesgo permitido excluye la imputación al tipo objetivo. En torno al riesgo permitido directamente vinculado con la —así denominada por el autor— teoría constructivista de la

responsabilidad empresarial, el propio Gómez-Jara (2010) señala lo siguiente:

en cualquier caso, se trata de determinar si, en función del uso que la empresa ha efectuado de su capacidad autoorganizativa, ésta ha generado un determinado riesgo empresarial que se ha terminado realizando en el concreto resultado lesivo producido. Brevemente se puede indicar que un dato especialmente relevante es que, a la hora de determinar el riesgo permitido, las mayores capacidades empresariales para la gestión del riesgo permiten configurar un *ciudadano empresarial medio*.

Según sostiene Roxin, habrá que entender por riesgo permitido:

una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo.⁹

Mi parecer es que los casos de resultados producidos por personas jurídicas pueden resolverse con el mismo instrumento.

El ordenamiento jurídico establece deberes de control de fuentes de peligro para las empresas —por ejemplo, las dedicadas a la industria de la construcción—, cuya infracción puede traducirse en la creación de un riesgo no permitido generado por el ente colectivo. Esto puede reflejarse, finalmente, en la imputación del resultado de lesiones o muerte de un empleado de la construcción a la propia empresa.

la dogmática alemana—, se gesta una teoría sólida de la autorresponsabilidad empresarial. Véase, al respecto, Gómez-Jara Díez, C. (2010).

⁹ «Prototipo del riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario»; DPPG; p. 371. Para confirmar, con ejemplos, que esta teoría se aplica entre nosotros; Ontiveros Alonso, M. (2017).

La postura expuesta tiene dos pilares, en mi parecer, sólidos: la resolución judicial aquí comentada y, por otro lado, la postura expuesta por Silva Sánchez (2017). Si se observa con atención, el TSE afirma lo siguiente:

Y ello, más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizás lo más adecuado, puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

Así, por ejemplo, —retomando las palabras de Silva Sánchez—:

dado que, pese a todo, el riesgo empresa como tal no puede ser prohibido, dados los costes inasumibles de tal prohibición, cabría la posibilidad de establecer condiciones para su permisión, cuya concurrencia fuera controlada mediante actuaciones directas de una policía preventiva centralizada (organismos de autorización, supervisión y control) (*idem*).

Lo anterior —en otras palabras— es *compliance* y su implementación efectiva. Ante una hipótesis como la expuesta, el Ministerio Público tendría que declarar la actualización de una causa excluyente de responsabilidad penal,¹⁰

¹⁰ Como he apuntado en otro lugar, retomando lo sostenido por la doctrina dominante, una conducta amparada

en el caso, de atipicidad por no poderse atribuir objetivamente el resultado a la persona jurídica. Con esto quiero decir que la disposición de nuestros códigos penales —por lo menos el español y el mexicano—, hacen referencia a una regla de imputación. En mi opinión, de imputación objetiva por superación del riesgo jurídicamente tolerado, que no tiene mucho que ver con la teoría de la culpabilidad empresarial. Con otras palabras:

Dicho riesgo jurídicamente desaprobado o estado de cosas de favorecimiento o de incapacidad de evitación *ex ante*, sería constitutivo —*prima facie*— de un estado de cosas anti-jurídico con virtualidad de favorecimiento objetivo (*idem*).

Por el contrario, la implementación de un programa preventivo, generaría las condiciones para que el ente colectivo mantenga el riesgo empresarial dentro de los ámbitos asumibles por el ordenamiento jurídico y librar —desde un principio y a escala del injusto, sin necesidad de llegar al análisis de la culpabilidad—, la responsabilidad. En suma: la acción o conducta empresarial

por riesgo permitido excluye la imputación al tipo objetivo. Acerca de esta determinación, así como del alcance y función del riesgo permitido en derecho penal; Ontiveros Alonso, M. (2010): 157. En torno al riesgo permitido directamente vinculado con la —así denominada por el autor— teoría del delito empresarial; Gómez-Jara Diez, Carlos; “en cualquier caso, se trata de determinar si, en función del uso que la empresa ha efectuado de su capacidad autoorganizativa, ésta ha generado un determinado riesgo empresarial que se ha terminado realizando en el concreto resultado lesivo producido; ¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas?; Ontiveros Alonso, M. (2010): 180.

no sufriría un juicio de desvalorización a escala penal.

Esta es una interpretación que puede ser perfectamente cuestionada, como de ella se puede afirmar que tiene un sustento sólido. A su favor habla una parte —ciertamente minoritaria— de la doctrina, pero también el desarrollo empresarial globalizado: como sucede con la actividad médica, también las empresas van generando líneas directrices de actuación cuidadosa según su ramo y sus riesgos: farmacéuticas, fabricantes de autos o la industria hotelera, por ejemplo.

Por eso creo que la afirmación del TSE es sólida, y que su crítica a la circular 1-2016-FGE, no sólo resulta plausible, sino que se puede trasladar —evidenciando así que las resoluciones judiciales españolas pueden orientar al legislador mexicano y alemán—, al proyecto de código penal empresarial que se debate en Alemania, que en su § 5 contempla una función de “excusa absolutoria” a los programas de *compliance*.

Así, el TSE afirma: “según la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado (FGE)”, partiendo de un planteamiento diferente de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien, en las proximidades de una ‘excusa absolutoria’, vinculada a la punibilidad, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una excusa absolutoria ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio, la presencia de adecuados mecanismos

de control, lo que supone es la inexistencia misma de la infracción”.

A mayor abundamiento, la tesis que aquí se sostiene está en armonía con la resolución judicial relativa al caso *Osasuna*, pues ahí se afirma que existe una indeterminación a priori, cuando menos respecto de uno de los elementos del tipo penal examinado (el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas), sobre qué colmaría las exigencias de unas adecuadas medidas de control.

Aunque no es muy clara, también la circular 1/2016 parece decantarse por una vía diferente a la sostenida por el voto particular, al señalar que:

como se ha dicho, estos deberes son exigibles a las personas a que se refiere la letra a) y no directamente a la persona jurídica. Se trata, por tanto, de un incumplimiento de las personas físicas, por dolo o imprudencia grave, y no de una culpabilidad por ...defecto de organización... de la persona jurídica. Aunque también es cierto que más adelante señala: “estos programas ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación”.

La postura de la FGE, y del proyecto alemán, parece limitada frente a las dimensiones y *virtudes* de la teoría del *compliance* en materia penal. La FGE, en su circular 1/2016, afirma;

en consecuencia, los señores Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación y deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no sólo la eficacia del modelo, sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.

Esto es lo mismo que hace el § 5 del proyecto alemán y, según me parece, es un alcance pobre.

Sin embargo, más adelante la Circular 1/2016, es clara al afirmar que:

si se considera que el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en la defectuosa organización, la presencia de un plan de cumplimiento normativo diligentemente implementado acreditaría una correcta organización, con lo cual desaparecería un elemento del tipo, bien la parte subjetiva, bien la parte objetiva. No se trataría, en puridad, de una circunstancia eximente, que remitiría a una conducta antijurídica o que no le fuera personalmente imputable, sino de que, adoptadas con anterioridad a la comisión del delito las oportunas medidas de prevención, no concurrirá un elemento básico del hecho típico (tipo objetivo) o en todo caso, faltaría un elemento del tipo subjetivo, el dolo o la culpa, es decir, la tipicidad subjetiva.

De esta forma, la FGE afirma lo que más tarde reconoce el TSE: que se trata de un elemento cuya sede es el injusto y no la culpabilidad. Habría, por lo menos —según la Fiscalía— una doble posición del *compliance*, es decir, que opera de dos formas: excluyendo el injusto o a modo de excusa absolutoria: como una causa de exclusión personal de la punibilidad.

V. ACERCA DEL VOTO PARTICULAR DISIDENTE

Los Magistrados que firman el voto particular se orientan por la —así denominada—, finalidad nomofiláctica y de unificación doctrinal. Ahí se afirma que en las circulares de la FGE

se mantiene, entre otras materias, una posición diferente de la sostenida en la sentencia sobre la calificación de la ausencia de una cultura de control de la empresa, como elemento del tipo objetivo, que deba ser probado, necesariamente y caso a caso, por la acusación. No compartimos —dicen los Magistrados— que esta ausencia se pueda calificar, en la específica regulación vigente, como el núcleo de la tipicidad o como un elemento autónomo del tipo objetivo.

Mi parecer es que los Magistrados llevan razón cuando afirman que la ausencia de una cultura de respeto al derecho en el seno de la persona jurídica no constituye un elemento adicional del tipo objetivo. Ello es así pues, ciertamente, atentaría en contra del principio de legalidad. Creo, sin embargo, que se trata de un problema de interpretación de la redacción de la sentencia, pues en realidad el TSE habla de los programas de cumplimiento entendiéndolos —punto de vista que comparto— como una figura atendible a escala de la tipicidad:

el tipo objetivo, lo que sería quizás lo más adecuado, puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

Creo también que será necesario, de cara a futuras resoluciones judiciales, abordar la distinción entre programas de cumplimiento efectivo y la fidelidad

al derecho en el seno de la empresa: ni implican lo mismo, ni una figura excluye a la otra. Con palabras de los Magistrados disidentes:

Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico, en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir, como consecuencia, la exclusión de su responsabilidad penal.

No obstante, creo que los Magistrados que elaboraron el voto particular fallan cuando —ya casi al final de su argumentación—, advierten lo siguiente:

como hemos señalado, y sin desconocer la relevancia de los mecanismos de prevención que el legislador ha atribuido expresamente la función de exención o, en su caso, atenuación de la responsabilidad penal, estimamos que incorporar al núcleo del tipo un elemento tan evanescente como ‘la ausencia de una cultura de respeto al derecho’ no cumple con el principio de certeza, ínsito en el de tipicidad, que exige que los supuestos a los que la ley atribuya una responsabilidad penal que aparezcan descritos en el texto legal con la mayor precisión posible, en todos los elementos que la definen.

En todo caso, la crítica formulada por los Magistrados disidentes aplicaría también a su postura, pues ese elemento tan evanescente como lo es la ausencia de una cultura de respeto al derecho, tendría la misma calidad de débil o etéreo, independientemente de

que se implementara a escala del injusto o la culpabilidad. Creo que si los magistrados hubiesen acudido a la doctrina para explicar un poco mejor sus posturas —tanto la sentencia como el voto particular—, quizás subsistiría el debate acerca de la ubicación sistemática del *compliance*, es decir, la del injusto o la culpabilidad, pero ya no se afirmaría lo relativo a la calidad de evanescente de la cultura de respeto al derecho.

Ciertamente, la poca claridad que aún existe en esta materia, es reconocida expresamente por el TSE en la sentencia del caso *Ajuma* cuando se afirma —en torno a los efectos de los programas de cumplimiento—, lo siguiente:

en efecto, ya se califiquen esas causas excluyentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como «subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, de elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas.

VI. EL TSE CONFIRMÓ LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO DE LA PERSONA JURÍDICA IMPUTADA Y NO RESOLVIÓ EN CONSECUENCIA

Mi parecer es que el TSE no supo resolver el desafío planteado por el recurso interpuesto por *Transpinelo*, relativo a la vulneración del derecho de defensa

contemplado en el artículo 24.2 de la CE y que con eso deja un mal precedente. Según se desprende de la resolución, “sólo se dio audiencia en el correspondiente momento procesal a la persona física representante legal de la recurrente, también acusada, que hizo uso de ese trámite en su exclusivo interés y no en el de su representada”.

El TSE afirma, también, que:

en efecto, se le habría privado del derecho a hacer uso, en su propia defensa, del referido trámite y, yendo aún más lejos, de poder ejercer plenamente ese derecho suyo a defender los intereses que le eran propios y exclusivos, distintos y hasta contradictorios, con los de la persona física que en su nombre intervino a lo largo de todo el procedimiento.

El problema se agrava cuando la persona a quien se encomiende la defensa sea, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada: la persona física optaría —dice el TSE—, por evadir su responsabilidad, llegando rápidamente a acuerdos reparatorios, perjudicando a la empresa para salvarse a sí misma.

Finalmente, el TSE “se inmuniza ante una probable crítica” sugiriendo a fiscales y jueces que eviten este tipo de situaciones que pueden llegar a vulnerar el derecho de defensa y concluye con un “llamado” al legislador para que evite este tipo situaciones indeseables. Esta conclusión del TSE empaña el buen desempeño que había tenido a lo largo de la sentencia. En mi parecer, es claro que se vulneró el derecho de defensa de la empresa imputada, pues no fue oída en juicio. Algo similar

sucede con la imputada que responde a la denominación de GEORMADRID, en torno a la cual el TSE afirma “a lo que se añadiría, igualmente, la irregularidad consistente en la simultánea asunción de la defensa de la persona física y jurídica por el mismo abogado”.

Lo sostenido hasta ahora se confirma con la argumentación del TSE en el caso *Anjuma*, cuando afirma, en relación al principio de presunción de inocencia —lo que definitivamente, creo, hay que compartir— que:

sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado.

Efectivamente, todo indica que para el TSE existen dos categorías de personas jurídicas: las que merecen ser tratadas bajo los principios del debido proceso, y otras a las que no aplica dicho principio. Por eso la sentencia del caso *Anjuma* me parece —de entre aquellas a las que he tenido acceso—, la más sólida en este aspecto. Ahí se afirma: la responsabilidad de las personas jurídicas —ya se suscriba a un criterio vicarial, ya de autorresponsabilidad—, sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías.¹¹

¹¹ En torno al catálogo de derechos que deben salvaguardar a la empresa frente al sistema penal: Sanguiné, O.

VII. FUENTES DE CONSULTA

- Achenbach, H., Ransiek, A. y Rönnau, T. (2015). *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*. 4ª ed. München: Müller.
- Carrión, A. (2014). *Criminal Compliance. De la ley de EE.UU. de prácticas corruptas en el extranjero, el riesgo de empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento*. Lima: Thompson Reuters.
- Coaña Be, L. D. (2017). *La Responsabilidad Penal de las Empresas*. México: INACIPE/Centro Carbonell.
- Gómez-Jara Díez, C. (2010). *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Perú: ARA.
- Ontiveros Alonso, M. (2014) “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México (algunos desafíos de cara a su implementación)”. En *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- . (2017). *Derecho Penal. Parte General*. México: INACIPE /UBIJUS/ Alexander von Humboldt-Stiftung, México.
- . (2010). *Legítima defensa e imputación objetiva (especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección)*. México: INACIPE.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Í. “Strafrechtliche Sanktionen gegen Unternehmen in Spanien”. En *Compliance und Strafrecht*. Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (coords). Alemania.
- Pérez Flores, J. C. (2015) “Consecuencias jurídicas derivadas del delito para las personas jurídicas. Análisis desde el punto de vista procesal”. En *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico*. México: Ontiveros Consulting / UBIJUS.
- Sanguiné, Odone. (2014). “Derechos fundamentales de las personas jurídicas en el proceso penal”. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ontiveros Alonso, M. (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Silva Sánchez, J. M. (2017). “Fundamento y bases para una dogmática”. En *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico*. México: Ontiveros Consulting/UBIJUS. (en prensa).

En Ontiveros Alonso, M. (2014). Derechos fundamentales de las personas jurídicas en el proceso penal; en: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*; Ontiveros Alonso, Miguel (coordinador); Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014: «El hecho de que la persona jurídica sea un sujeto pasivo de un proceso penal exige reconocerle, justamente, una serie de derechos y garantías sin las cuales no estaría legitimada la persecución penal y el ulterior castigo, pues no podría ser puesta en peor condición o con menos derechos que la persona física».

¿POR QUÉ UNA JUSTICIA INTEGRAL PARA ADOLESCENTES?

● José Daniel Hidalgo Murillo*

*Notario Público por la Universidad de Costa Rica.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Justicia para adolescentes**

Juvenile justice system

○ **Víctimas**

Victims

○ **Justicia restaurativa**

Restorative justice

○ **Sistema acusatorio**

Accusatory system

Resumen. En este artículo se trata de responder a preguntas como si es posible cumplir con los fines de la Justicia para Adolescentes desde un Modelo Tutelar, como antes de la reforma del 12 de diciembre de 2005; si es posible cumplir con tales fines desde un proceso mixto moderno, un proceso mixto inquisitivo o un proceso inquisitivo. ¿Son necesarios en un proceso integral los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias así como los Mecanismos Alternativos de Terminación del Proceso? ¿Los objetivos procesales de la justicia integral se pueden cumplir sin un proceso penal acusatorio?

Abstract. This article pretends to answer questions such as: is it possible to accomplish the aims of the juvenile justice system? Is it possible to have a modern mixed model of criminal system for juvenile justice? The answer is no. In order to create an accurate model, we need to structure an integral system within the framework of the accusative process.

SUMARIO:

I. Antecedente. II. Apostar por la prevención. III. El menor adolescente como imputado. IV. Proceso acusatorio y justicia Integral. V. Del Proceso Acusatorio. VI. Conclusión: ¿cuál es la respuesta? VII. Fuentes de consulta.

I. ANTECEDENTE

La Ley del Sistema de Justicia para Adolescentes (16-06-16), apoyada con la reforma constitucional del artículo 18 de la Constitución (12-XII-2005) y, del artículo 73 de la misma Carta Fundamental (02-VII-2015) deroga treinta y dos leyes de la misma naturaleza de las entidades federativas. Deroga, igualmente, la Ley Federal de Justicia para Adolescentes del 27 de diciembre de 2012 que no entró en vigencia. Estos cambios se realizan antes de la introducción del proceso penal acusatorio a través de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 y después de esa misma reforma, especialmente cuando el legislador federal (Senado y Congreso) y las legislaciones locales (Congresos locales). Esperamos que la justicia integral federal no derogue diez años de experiencia en justicia para adolescentes (Hidalgo, 2017).

La Ley Nacional de Justicia para Adolescentes debe aplicarse, sistemáticamente, con el Código Nacional de Procedimientos Penales y con la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, no así con la Ley Nacional de Ejecución de las Penas

y Medidas de Seguridad porque el principal procedimiento diferenciador entre el proceso de adultos y el proceso de adolescentes está, entre otras muchas instituciones, en la ejecución de las medidas o sanciones que deben aplicarse a los menores de edad o adolescentes y, porque la de adolescentes tiene su propio capítulo relacionado con la Ejecución de las Sanciones y/o Medidas.

Esta Ley debe interpretarse sistemáticamente con Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 2014 en cuanto desglosa los derechos (*cf.* art. 13) y la prioridad para el disfrute de los mismos (*cf.* art. 17); el derecho de vivir en familia (*cf.* art. 22); el derecho a vivir en condiciones de bienestar y sano desarrollo integral (*cf.* art. 43); el derecho a vivir una vida libre de toda forma de violencia y a que se resguarde su integridad personal (*cf.* art. 46); el derecho a la intimidad personal y familiar, y a la protección de sus datos personales (*cf.* art. 76); y los derechos y garantías de seguridad jurídica y debido proceso (*cf.* arts. del 82 al 88).

Todo este conglomerado de leyes ¿exigen o no el proceso acusatorio? ¿Es posible cumplir con los fines de la Justicia para Adolescentes desde un Modelo Tutelar, como antes de la reforma del 12 de diciembre de 2005? ¿Es posible cumplir con los fines dichos desde un proceso mixto moderno, un proceso mixto inquisitivo, un proceso inquisitivo? Responder a estas preguntas es el objetivo del presente estudio. Me atrevo adelantar la conclusión respondiendo

que no. El proceso de etapas y el proceso de audiencias es necesario en un proceso integral; los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias son necesarios en un proceso integral; los Mecanismos Alternativos de Terminación del Proceso son necesarios en un proceso integral. Los objetivos procesales de la justicia integral no se pueden cumplir sin un proceso penal acusatorio.

II. APOSTAR POR LA PREVENCIÓN

A. PREVENCIÓN MIENTRAS SEAN MENORES O ADOLESCENTES

Si creemos en el desarrollo humano hemos de creer que, antes y después del hecho delictivo se ha de apostar por los adolescentes en conflicto con la ley penal (Vasconcelos, 2009). Por eso, conforme al artículo 255 de la Ley para Adolescentes, las autoridades de los tres órdenes de gobierno, en el ámbito de sus competencias, implementarán políticas públicas de prevención social de la violencia y la delincuencia para personas adolescentes.

Para una política de prevención se deben analizar sistemáticamente los diversos factores de riesgo, desde un enfoque interdisciplinario y elaborar medidas pertinentes que eviten la estigmatización de las personas adolescentes (*cf.* art. 255). Las políticas públicas en materia de prevención social de la violencia y la delincuencia para personas adolescentes, no podrán sustentarse de

manera exclusiva en acciones de seguridad pública (*cf.* art. 254). Conforme al artículo 256 de la Ley para Adolescentes los tres órdenes de gobierno, en el ámbito de sus competencias, implementarán políticas y medidas para la prevención social de la violencia y la delincuencia para personas adolescentes que deberán incluir, como mínimo (González Contró, 2008):

- I. La creación de oportunidades, en particular educativas, para atender a las diversas necesidades de adolescentes de quienes estén en peligro latente o situación de riesgo social, que ameriten cuidado y protección especiales;
- II. Los criterios especializados, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de conductas tipificadas como delitos o las condiciones que las propicien;
- III. La protección de su bienestar, sano desarrollo, vida digna y proyecto de vida;
- IV. La erradicación de los procesos de criminalización y etiquetamiento de las personas adolescentes, derivados de estereotipos, prejuicios, calificativos o cualquier otra connotación discriminatoria o peyorativa, y
- V. La participación de las personas adolescentes en el diseño de las políticas públicas.

B. PROGRAMAS DE PREVENCIÓN

Si no entendemos la prevención es claro que llegaremos siempre tarde. Conforme al artículo 257 de la Ley para Adolescentes, los tres órdenes de gobierno formularán los programas de prevención social de la violencia y la delincuencia, en términos de las leyes aplicables, que comprendan, como mínimo, lo siguiente:

- I. Análisis y diagnóstico de las causas que originan la comisión de conductas antisociales en adolescentes;
- II. Delimitación precisa de las atribuciones, obligaciones y responsabilidades de todas las autoridades, entidades, organismos, instituciones y personal que se ocupan del diseño, desarrollo, instrumentación y evaluación de las actividades encaminadas a la prevención social del delito;
- III. Implementación de mecanismos de coordinación y ejecución de las actividades de prevención, entre los organismos gubernamentales y no gubernamentales;
- IV. Definición de políticas, estrategias y programas basados en estudios prospectivos y en la evaluación permanente, e
- V. Implementación de estrategias y mecanismos eficaces para disminuir los factores de riesgo que propician los fenómenos de violencia y delincuencia en personas adolescentes.

¡Qué importante, en la prevención, la familia! Los menores y adolescentes aprenden, en el interior de la familia, su razón de ser, su importancia para los demás, las exigencias de la sociabilidad. El entorno familiar es el primer círculo de su ser social. El entorno social le es propio cuando se ha aprendido lo que es la familia. Como lo admite el artículo 258 de la Ley para Adolescentes, las familias son la unidad central de la sociedad, encargadas de la integración social primaria de personas adolescentes. Los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de las familias, incluidas las familias extensas y sustitutas (Mendoza Mora y Aguilar Sánchez, 2015).

La sociedad tiene la obligación de coadyuvar con las familias para cuidar

y proteger a personas adolescentes, asegurando su bienestar y sano desarrollo. El Estado tiene la obligación de ofrecer servicios apropiados para lograr estos fines. Con esa finalidad las autoridades de los tres órdenes de gobierno, en el ámbito de sus competencias, en materia de prevención social de la violencia y de la delincuencia deben adoptar políticas que permita a las personas adolescentes crecer y desarrollarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Asimismo, deben atender, mediante la aplicación de medidas especiales, a las familias que necesiten asistencia social para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto, en el marco de la ley aplicable (*cf.* art. 259).

Con el mismo sentido, las autoridades de los tres órdenes de gobierno, en el ámbito de sus competencias, garantizarán que, cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar debido a que las medidas especiales implementadas no tuvieron éxito; y las familias extensas no puedan cumplir la función de acogida, se implemente la adopción u otras modalidades de colocación familiar. Dichas autoridades se encuentran obligadas a verificar que la persona adolescente que esté en esta situación, se le coloque en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar; que le genere un sentimiento de permanencia (*cf.* art. 260).

III. EL MENOR ADOLESCENTE COMO IMPUTADO

A. IDENTIFICACIÓN

Hay dos modos —entre muchos otros—, de llegar al autor de un hecho delictivo, porque ha sido detenido mientras comete el hecho —flagrancia directa e inmediata— o cuando del procesamiento de los indicios se le descubre como autor. Para este último caso es necesario contar con un banco documental para comparar ADN, huellas dactilares, grafoscopía, fotografías, etc. Por eso, es siempre posible cuestionar cómo se llegó al autor del hecho si no se tiene banco de datos. La respuesta no es tan pacífica porque hay menores que han hecho trámite migratorio, pasaporte, visa, etc., y por ende, aunque sea menor de edad se cuenta con su información documental.

Es necesaria la identificación, aunque sea un adolescente. ¿Cómo saber si es o no es? ¿Cómo informar de él? Desde el punto de vista procesal es necesario contar con sus huellas, ADN, fotografía de frente y perfil. Con ese objetivo, los sistemas procesales no han impedido la identificación del adolescente sometido a proceso sino mantener en archivo esa identificación, especialmente, cuando el adolescente ha sido juzgado. Por ende, se procede a su destrucción. Aquí debe entenderse con cautela las disposiciones de los artículos 252 en relación con los actos que exigen control del juez, en especial, cuando el adolescente y/o su defensor

exigen la presencia jurisdiccional, en concreto, cuando se pretenda obtener de él muestras para identificación (*cf.* 270) y/o para comparación probatoria (*cf.* art. 268).

B. DETENCIÓN

La mejor forma de identificar al autor de un hecho punible es la detención en flagrancia (*cf.* art. 146). De hecho, este tipo de detención ha producido procedimientos monitorios, abreviados, simplificados, etc., en los que se renuncia al juicio oral. El autor del hecho se da por identificado. Sin embargo, la doctrina y el derecho comparado han renunciado al procedimiento abreviado en justicia para adolescentes.

La Constitución Federal ofrece dos formas de flagrancia (*cf.* art. 16), mientras que el Código Nacional describe, dentro del “inmediatamente después” nueve modos de detener. Con la detención del adolescente se produce una Etapa Procesal con varias fases importantes. La Etapa de Investigación somete al adolescente a la fase de detención en escena; detención policial y puesta a disposición; retención ministerial; judicialización; audiencia de control de la detención; ratificación de la detención o puesta en libertad. Se trata de un primer encuentro del imputado adolescente consigo mismo, con los hechos que le acusan, con el Ministerio Público que lo señala, con su abogado defensor que lo protege, con el juez que decide.

C. VINCULACIÓN A PROCESO

Si el juez de control para adolescentes ha decidido que el imputado ha sido detenido en flagrancia, continúa la audiencia inicial. El adolescente se enfrenta a la audiencia con una primera decisión jurisdiccional en contra. (cfr. art. 308) La Audiencia Inicial exige imputación de hechos (cfr. art. 311), solicitud de vinculación a proceso (cfr. art. 316), someterlo o no a una medida cautelar real y/o personal (cfr. art. 155), plazo de investigación complementaria (cfr. art. 321); investigación complementaria.

Con la imputación, el Ministerio Público enfrenta al adolescente al hecho delictivo que se le atribuye, esto es, su existencia como sujeto activo y la existencia de un sujeto pasivo. Se inicia así la pedagogía del proceso acusatorio. El imputado, frente al juez —inmediación—, escucha la acusación del fiscal y la defensa de su abogado —contradicción—, pudiendo estar la víctima del delito o representada por su asesor jurídico. En una audiencia continua y concentrada se vislubran los distintos procedimientos y los modos de resolver el conflicto. El juez puede ordenar su vinculación a proceso.

Con el adolescente en internamiento provisional o en libertad, la etapa complementaria produce el procesamiento de indicios o evidencias y abre el camino a modos de solución del conflicto. El adolescente puede experimentar formas de mediación y/o justicia restaurativa que le permitan aceptar la suspensión condicional del proceso y/o un acuerdo

reparatorio. Si no se ordena el internamiento el imputado puede ser sometido a otras medidas cautelares.

D. TUTELAR O ACUSATORIO

Para la delincuencia juvenil moderna no conviene un modelo tutelar. El adolescente en conflicto con la ley penal necesita, o mecanismos alternativos de solución de controversias y/o un proceso en etapas que lo enfrente con el hecho delictivo que se le atribuye hasta sentencia (Alvarado Martínez *et al.*, 2009).

Hoy más que nunca la persona humana, sin importar su edad pero sí, conforme a su edad, debe educarse en sociedad a través del desarrollo gradual de su individualidad, enfrentando todas y cada una de sus pequeñas y grandes oportunidades que le ofrece la vida. El mundo no es un invernadero en el que la persona humana puede ser preparada para el amor sino que el amor —la capacidad natural al amor— se forja en ese enfrentar el mundo procurando respuestas y cambios. Así como la personalidad es una forja, la sociabilidad es su crisol.

El modelo de justicia integral exige, entre otros muchos, dos objetivos. El primero, reinserción social, esto es, permitir que la sociedad los admita y ofrecer a la sociedad un proyecto. El segundo, rehabilitación social, esto es, prepararlo para aportar a la sociedad lo que la sociedad espera que aporte, lo que él o ella deben dar para sentirse útiles. Para los menores de doce años igualmente se

requiere rehabilitación y asistencia. Esto significa que la justicia integral es, para el Estado y, desde el Estado, para las secretarías de Educación, Gobernación, Seguridad, el reto de construir en una persona en desarrollo, la educación que se le debe antes de ser sancionado.

Esta realidad no deja de enfrentarnos al principio de subsidiariedad: qué responsabilidad corresponde a la familia y, dentro de la familia a los padres. La respuesta es especialmente clara: no es posible sancionar a un adolescente cuyo comportamiento antisocial es atribuible a la omisión del Estado y/o de la familia y, por ende, la comprobación del hecho ilícito conlleva, dentro de la procuración de justicia a llenar vacíos y completar tareas educativas. Caso contrario, no hay capacidad de comprender, ni siquiera, la misma sanción porque, posiblemente, no la hay para asumir responsabilidad en sociabilidad.¹

En el principio 6, la Declaración de los Derechos del Niño ha reconocido y, por ende, protegido que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá

separarse al niño de corta edad de su madre”. Se concreta, en el principio 7, que “el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a los padres”.

Así, en la Convención sobre los Derechos del Niño se puede reconocer que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, reconocimiento que significa, entre otros derechos, no ser “objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación” (*cf.* art. 16).

E. LA LIBERTAD COMO SANCIÓN

¿Cuál es mi respuesta a la justicia integral? La libertad. Esta es mi respuesta aun cuando hoy nadie cree en ella (Hidalgo, 2016). Si estudiamos los Tratados Internacionales en derechos humanos, en particular aquellos que refieren a los menores de edad y adolescentes sometidos a proceso, todos reproducen la fórmula de la privación de libertad aun cuando se quiera referir a casos excepcionales y/o por el menor tiempo posible.

Es casi imposible encontrar alguien que crea que la libertad es el único modo como se puede lograr la rehabilitación de una persona. ¿Qué tipo de libertad? Una libertad sometida a régimen. ¿Qué tipo

¹ Así lo establece el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

de régimen? Aquel mediante el cual el propio adolescente logre alcanzar el desarrollo de sus habilidades y capacidades personales. El reto de llegar a ser él mismo. Si hablamos de educación sin libertad, hemos de admitir que no sabemos educar. Las Reglas de la Habana,² Reglas de Riad,³ Reglas de Beijing,⁴ la Convención de los Derechos del Niño,⁵ todas, terminan rindiéndose a la necesidad de privar de libertad para educar en libertad. Por el contrario, en las Reglas de Tokio se aprende que:

14.3 El fracaso de una medida no privativa de la libertad no significará automáticamente la imposición de una medida privativa de la libertad. 14.4 En caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, la autoridad competente intentará imponer una medida sustitutiva no privativa de la libertad

² Cfr. Regla 2. “(...) La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”.

³ Cfr. “Regla 46. Sólo deberá recluirse a los jóvenes en instituciones como último recurso y por el período mínimo necesario, y deberá darse máxima importancia a los propios intereses del joven”.

⁴ Cfr. “Regla 17, l. b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada”.

⁵ “Artículo 37. b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda”.

que sea adecuada. Solo se podrá imponer la pena de prisión cuando no haya otras medidas sustitutivas adecuadas.⁶

El fracaso del modelo tutelar es asumir al menor o adolescente como sujeto necesitado de ayuda que requiere de los demás (Carrillo Ahumada, 2007). En el modelo acusatorio el menor —totalmente necesitado de los demás, sin saberlo y sin quererlo— necesita y requiere de él mismo y, por eso, desde la sanción y/o medidas, debe aprender a enfrentarse a sí, que es su único enemigo. Esto solo se logra a través de tres pasos precisos: primero, enfrentarse al proceso que, si lo condena, fija una medida o sanción privativa de libertad conforme lo disponga la ley. Segundo, cambiarle voluntariamente esa posición real —la sanción—, que depende de otros, por una situación hipotética de construir su personalidad mediante el desarrollo de habilidades que dependen de él; es decir, enfrentarlo a sus propios retos superando sus propios miedos. Tercero, que desarrolle sus habilidades bajo el control de un experto que se las facilite mediante un proyecto de acción y control de efectos hacia un proceso de ejecución de avances. Un tipo de terapia de shock.

No se olvide que el único modo de reinsertar a una persona a la sociedad es hacerlo, más propiamente que pueda hacerse meritorio de y para ella, esto es,

⁶ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad. Reglas de Tokio. Adopción: Asamblea General de la ONU. Resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990.

que pueda ser en esa sociedad un sujeto de cambio. El único modo de rehabilitar a una persona es habilitarlo —desarrollar sus propias habilidades— para conseguir objetivos precisos. Por ende, no se puede reinsertar sino hacia una sociedad para la cual se está preparado; no se puede rehabilitar sino para objetivos que exigen el desarrollo de esas habilidades.

Pues bien, ningún centro de internamiento tiene la capacidad de insertar porque, contrariamente, interna. Internando al menor lo aleja de la sociedad. Un centro no tiene la propiedad para habilitar porque la privación de libertad reduce, desocializa. Un centro no puede reinsertar, porque produce una “sociabilidad” en una “sociedad” falsa y delinencial (Meza Hernández, 2010).

IV. PROCESO ACUSATORIO Y JUSTICIA INTEGRAL

A. ¿POR QUÉ UNA JUSTICIA INTEGRAL PARA ADOLESCENTES?

El objeto del proceso para adolescentes ha sido concebido en el artículo 18 de la Constitución como “sistema integral de justicia” que debe analizarse ahora desde el artículo 20, A, I, esto es, en relación con su objeto.

Pero, no ha de interesar la norma sino la persona. Justicia, porque a los niños y adolescentes debe otorgárseles su derecho, empezando por el de la educación en familia; porque a cada uno debe darse lo suyo, su derecho, sin que deban pedirlo sino, por el contrario, porque la sociedad lo custodia y lo otorga; porque

ante un niño o un adolescente la sociedad —todos— debemos adelantarnos. Integral, porque es necesario que la educación y la familia sea admitida en sociedad y, por ende, que todos sus miembros puedan desarrollarse en trabajo digno, en descanso sano, en diversión formativa, cada uno en el pleno desarrollo de su individualidad para lo cual es necesario el pleno desarrollo en sociabilidad. Pero la justicia es relación de alteridad. Con los adolescentes y niños, en especial con aquellos que han ingresado al límite del Derecho penal, hemos de entender la equidad, la epiqueya, la misma caridad, el amor. Esto es, exigirnos dar para luego exigir. Hay una responsabilidad social en su formación, capacitación y forja hacia el futuro.

Para todo esto niños y adolescentes deben ser libres y vivir amando en esa libertad. Si fuera el caso de encontrar algún niño, niña o adolescente sometido a proceso, el Estado debe procurar resolver el conflicto y facilitar que la investigación se realice en libertad y que, de encontrarse “culpable”, se prevalezca su libertad. Integral significa, entonces, mirar a la persona en todo su ser en su individualidad y en su sociabilidad.

En la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 2014, se dispone, en el artículo 73, que niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar, a ser escuchados y tomados en cuenta en todos los procesos judiciales y de procuración de justicia donde se diriman controversias que les afectan.

Considero que produce error en una justicia integral para menores y adolescentes, las siguientes consideraciones:

Primera: Buscar la respuesta a la pregunta: “¿quién adecuó su conducta al tipo penal?” en lugar de preguntarnos “¿por qué realizó esa conducta?” Una diferencia importante del sistema acusatorio con el proceso tutelar que da por supuesto hecho y autor del hecho.

Segunda: Utilizar el Derecho penal como *prima ratio*, esto es para “educar” o “crear” virtudes o modelos de comportamiento, es decir, para rehabilitar o reinsertar en la sociedad. El Derecho penal es *ultima ratio*, porque la virtud no se consolida con la sanción sino por la voluntad constante de repetir actos buenos, porque conviene tener en sumo aprecio o enseñar a las personas apreciar

aquellas virtudes que se refieren a las relaciones sociales, esto es, la honradez, el espíritu de justicia, la sinceridad, los buenos sentimientos, la fortaleza de alma.

Tercera: Considerar la cárcel —esto es, el castigo—, como instrumento de reinserción y/o rehabilitación social, renunciándose a la sociabilidad para resocializarse y procurando educar en libertad privando de libertad.

Cuarta: Considerar que el principio pro persona exige pensar en los derechos del menor o adolescente. Como hemos estudiado el principio pro persona es un principio de derecho social que considera la acción ilícita desde el bien común —el bien que interesa a todos— más que desde el bien particular —el bien de una persona determinada—, y por ende, es posible resolver contra una

víctima y/o contra un imputado, cuando está en juego el interés social.

Quinta: Creer que es la ley la que debe aplicarse en la realización del derecho. Si la ley reconoce y protege el derecho es posible que la aplicación de la ley permita la realización del derecho. Pero hay leyes injustas como, por ejemplo, el internamiento preventivo oficioso, el arraigo, la orden de aprehensión sin razón de cautela, etc., que exigen resolver *contra legem*, peor aún, contra lo que dispone la Constitución.

Sexta: Quien decide contra la naturaleza humana —razón y fuente de los derechos humanos—, se autodiscrimina. Con esa decisión se aparta de su realidad social y renuncia a las exigencias propias de su individualidad en sociabilidad. Por ende, todo derecho le es ajeno. Toda exigencia le es incómoda. Toda norma les es contraria. Toda moral le ofende. Todo juicio de valor le discrimina.

Séptima: Renunciar a los absolutos morales. No olvidemos que si la persona es la fuente de los derechos humanos, entonces no es la ley sino la moral la fuente de los derechos humanos. Le corresponde a la ley reconocer y proteger esos derechos afirmando a la persona humana. Y, si todo es relativo, ¿qué derecho puede prosperar?

B. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVA

La reforma constitucional del 12 de diciembre de 2005 incluyó, en el párrafo cuarto del artículo 18 de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos, que el sistema:

será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad [...] Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

En la reforma constitucional del 2 de julio de 2015 se precisó que:

será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000,

se propuso como objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. El artículo en comentario diferencia entre aquellos considerados como niños y los que son adolescentes. Los primeros son aquellos de hasta 12 años y los segundos los que tienen desde 12 años cumplidos y hasta 18 incumplidos (Arellano Trejo, E., 2006).

La Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing para la

Administración de Justicia de Menores recomiendan la organización de una justicia especializada, flexible y diversa, para juzgar a las personas menores de 18 años. Su razón de ser está en el reconocimiento de la adolescencia como la etapa de la vida en la que las personas se encuentran en plena evolución intelectual, emocional y moral, sin haber culminado el proceso de formación para la vida adulta, lo que facilita, si se interviene a tiempo, la recuperación del sujeto infractor en una proporción superior a la de los delinquentes mayores de edad (UNICEF, 2016).

Si las tareas educativas son claras, es más sencillo comprender el comportamiento humano y definir sus deficiencias. Sin embargo, el relativismo moral ha influido en la misma educación causando claros errores en los conceptos de lo que se ha de entender por desarrollo armónico, valores de la persona, virtudes humanas y sociales. Por ejemplo, el “elogio” que se ha hecho a la “discriminación” y/o “no discriminación” va produciendo un “relativismo ético” que impide esclarecer la realidad moral que ha de exigirse a la persona humana.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia consideró:

fundamental e imprescindible para la determinación del órgano competente para juzgar a un adolescente que ha cometido un delito federal, tomar en consideración la reforma constitucional al artículo 18, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el doce de diciembre de dos mil cinco, en materia de justicia de menores, especialmente, lo relativo a la instauración de sistemas de justicia de menores en

cada orden de gobierno (federal y locales), el reconocimiento del carácter penal educador del régimen, el sistema de doble fuero y que los menores deben ser juzgados necesariamente por una autoridad jurisdiccional que esté inscrita dentro de los poderes judiciales. En esa tesitura, es claro que según el nuevo régimen constitucional, corresponde a cada fuero juzgar los delitos cometidos contra normas de cada uno de los respectivos órdenes jurídicos, conforme a lo que se establezca en la Constitución y en sus propias legislaciones⁷.

⁷ La Doctrina de la Situación Irregular “aparece con el nacimiento del llamado Derecho de Menores y la proclamación de la Declaración de Ginebra en 1924 nutriéndose más tarde con la Declaración de los Derechos del Niño en 1959. Algunos tratadistas preconizan la protección del menor desde su concepción, tras su nacimiento hasta alcanzar a plenitud su capacidad de obrar (Luis Mendizábal Oses); otros sólo en que se dé protección jurídica y rehabilitación o readaptación a los llamados menores en situación irregular (Alyrio Cavallieri). La doctrina de la situación irregular es definida por García Méndez como la legitimación de una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. (cfr. Cárdenas Dávila, N. L. (2009). “La ideología tutelar originaria se consolidó en el primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores de París en 1911, donde quedó establecido que la función de esa justicia era la defensa social frente a la infancia delincuente de las clases subalternas. De acuerdo con Emilio García Méndez el modelo al que llama “discrecional pseudo protector” que trataba en forma indiferente al sujeto activo y al sujeto pasivo de la violencia, tuvo un predominio absoluto por más de 70 años en América Latina. Sobre esta ideología fueron concebidas la leyes de menores en México hasta antes de los años 90; tal es el caso de la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales, sobre esta norma Sergio García Ramírez en su exposición sobre el proyecto de esta ley que sostuvo con senadores en 1973, señaló distintos ejemplos para ilustrar el hecho de que la Ley propuesta no era inconstitucional, entre los que se encontraba el del artículo 20, al cual hizo alusión señalando que este artículo “establece las garantías que en todo juicio de orden criminal debe reconocerse al acusado, y aquí (refiriéndose a la propuesta de Ley) insisto, ni hay juicio de orden criminal ni hay acusado”. No obstante la anterior afirmación,

Así, y vinculando lo anterior con lo dispuesto en el artículo 104, fracción I de la Constitución, conforme al cual son competentes los órganos de justicia federal para conocer de aquellos delitos en los términos de las leyes federales, es de considerarse que en el orden jurídico federal, a la fecha, son dos los ordenamientos que prevén solución a esta cuestión competencial, a saber: la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en materia federal y el Código Federal de Procedimientos Penales, mismos que prevén soluciones contradictorias, pues mientras uno establece la competencia a favor del Consejo de Menores de la Secretaría de Seguridad Pública Federal (artículo 4, en relación con el 30 bis, fracción XXV de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, según reforma publicada el treinta de noviembre de dos mil en el *Diario Oficial de la Federación*), el otro lo hace, por regla general, a favor de los tribunales de menores que haya en cada entidad federativa (artículos 500 y 501) (Primera Sala Tesis: 1a./J. 25/2008, septiembre de 2008).

debemos tomar en cuenta que ésta fue formulada a la luz de la doctrina tutelar paternalista imperante en la época. En trabajos más recientes el mismo autor señala que el enjuiciamiento de menores supone la existencia de una conducta típica atribuida a sujetos imputables que puedan recibir, por ende, el correspondiente juicio de reproche y añadió que el debido proceso de esos sujetos implica la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos tomando en cuenta el principio establecido en la CIDN que plantea tanto la intervención de tribunales como el empleo de los medios alternativos de solución de controversias. Aquí queda ilustrado en forma muy clara como se presentó el cambio de paradigma en materia de justicia para menores”. (cfr. Cervantes Gómez, J. C.)

C. JUSTICIA INTEGRAL Y CUALIDADES RECTORAS

La Constitución, en el artículo 18 párrafo cuarto, específica para los menores y adolescentes, las siguientes cualidades rectoras del sistema. Primero: Un sistema integral de justicia. Segunda: En el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo. Tercera: En que se garanticen aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos.

Para la Suprema Corte de Justicia:

la consideración principal que permea este documento, sustentada en la convención sobre los derechos del Niño, es que las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos, lo que significa un cambio fundamental en la percepción de la infancia, pasando de la idea del menor como objeto de compasión-represión a la idea de la infancia-adolescencia como sujetos plenos de derechos. Lo anterior supone reconocer a las niñas, niños y adolescentes su personalidad jurídica. Si bien este es un aspecto indiscutible, parece no haber acuerdo en considerarlos como personas con capacidad jurídica, es decir, con la capacidad para gozar y ejercer los derechos que les son propios debido al estado de desarrollo en que se encuentran (SCJN, 2012, p. 5).

La idea es posiblemente muy sencilla —por ejemplo para considerar los últimos acontecimientos— y es que el hecho delictivo en un adolescente es siempre un efecto, una llamada de atención, un acto que exige conocer, estudiar, y comprender las causas y superar, desde los efectos, los resultados. Esta es la razón por la cual se exige

especialidad. Para no asustarnos sino, como se debe, superar con las acciones concretas los efectos y resultados de un hecho en la persona que se tiene como responsable.

La responsabilidad que se investiga en la conducta adolescente tiene como objetivo construir, no juzgar. Construir a partir del hecho. ¡Qué importante entender lo que se debe entender!

El mandato de la justicia penal adolescente es contribuir a que los adolescentes se responsabilicen de sus actos, asegurando siempre su bienestar. Es necesario que conozca y entienda las consecuencias gravosas de su acción ilícita y las repercusiones de estas en la víctimas y ofendidos y en la sociedad como igual víctima e igual ofendida. Por eso, debe tratarse con cuidado, como principio rector —exclusivo del sistema de justicia integral— el de “flexibilidad”.

Para conseguir estos fines el juez tiene que tener en cuenta a la hora de imponer la sanción no sólo infracción cometida, sino toda una serie de factores psicológicos, familiares y sociales en base a los que se determinarán las medidas que mejor incidan en su educación, procurando causarle la menor aflicción y restricción de derechos. La justicia penal adolescente tiene que articularse de forma que éste pueda comprender las consecuencias que su conducta ha tenido sobre las víctimas, directas o indirectas, ya que sólo así podrá incidirse en la asunción de su responsabilidad y en la promoción de cambios de conducta (UNICEF, 2010).

Especialmente, que el proceso, desde el hecho cometido al hecho enjuiciado en audiencia oral y privada, haya resultado para el adolescente, una pedagogía en etapas, una serie de pasos

concatenados, cada vez llenos de valores jurídicos en los que se pueda apreciar la acción que se le atribuye, sus resultados perjudiciales para la víctima, las consecuencias sociales del mismo, su capacidad de destrucción y, a la vez, la necesidad de construir desde sus efectos.

V. DEL PROCESO ACUSATORIO

A. ACUSATORIO Y ORAL

Con un proceso en etapas, someter al adolescente a las etapas y a las audiencias supone un proceso pedagógico o una pedagogía del proceso. En relación con los adolescentes sujetos a proceso, son igualmente aplicables las normas relacionadas con la detención en flagrancia y/o caso urgente; la orden de aprehensión de autoridad judicial, la vinculación a proceso que legitime su detención, la existencia de un juez de control, las disposiciones en relación con cateos, medidas cautelares, intervención de comunicaciones, privacidad.

En especial rigen aquellas relacionadas con los datos y medios de prueba, su necesario desahogo, la exigibilidad de que “toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica” y, en consecuencia, que “para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan

sido desahogadas en la audiencia de juicio” salvo las excepciones de ley, siendo igualmente garantía que “el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente” de modo que “la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral”.

Todo esto significa, a la luz del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que el proceso penal para adolescentes “será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de [...] contradicción, concentración, continuidad e inmediación”.

B. ADOLESCENTES Y DEBIDO PROCESO

Desde el primer momento en que una o más personas requieren que un tercero resuelva o dirima controversias, conflictos o defina y declare la existencia de un derecho, ese tercero debe respetar, con los derechos, el proceso por el cual se encamina sus justas decisiones jurídicas, sin importar la materia que corresponda, entre otras razones porque es primero el derecho que la justicia, porque decidir sobre lo justo exige de la prudencia y fortaleza.

Porque el juez decide el derecho — *iurisdictio*—, esto es, declarar lo suyo de cada uno en cada decisión justa, el debido proceso se resume en la garantía de audiencia y el derecho de defensa. A partir de esos dos supuestos, lo demás es afín. Si se acude a un tercero — *supra partes*— no es para “contender”

con él —en especial, cuando de menores se trata—, sino para evitar disputas, es decir, para que medie, concilie, negocie, arbitre, investigue, identifique la verdad y resuelva sobre lo justo: lo que corresponde, a cada uno, en derecho.

Sin embargo, el concepto de “debido proceso” se ha utilizado con particularidad para el derecho penal, desde la visión de ese proceso desde el derecho constitucional, entre otras razones porque se encuentra en juego la libertad de las personas, lo que exige pensar y repensar “cuándo, en qué condiciones y con qué sentido se usa —puede o debe usarse— la fuerza por parte del Estado” (Prieto Sanchís, 2016).

No es posible admitir la existencia de dos “debidos procesos” en la Constitución, uno para mayores de 18 años y otro, para menores adolescentes, aunque, si resulta de importancia mantener, como música de fondo, el de menores de edad debe ser un proceso penal o, por el contrario, un proceso educativo. No ignoremos que, desde la propia Constitución se afirman los “derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos” (*cf.* art. 18) y, consecuentemente, que, en “desarrollo” exige, no tomar decisiones definitivas sino encauzadas, esto es, que procuran un objetivo pedagógico, nunca sancionatorio, lo que se entiende cuando el mismo numeral constitucional de referencia puntualiza que “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”.

El artículo 82 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes dispone, en relación con el debido proceso que estos gozan de los derechos y garantías de seguridad jurídica y debido proceso establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales, esta Ley y demás disposiciones aplicables.

C. GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DEL PROCESO

Como persona humana y, como sujeto de derechos protegidos en la Constitución, el adolescente sujeto a proceso, tiene, entre todos, las siguientes garantías de sus derechos humanos:

- a. Conocer que es persona humana y, por ende, que merece ser tratado con dignidad y respeto. Por eso, desde que es detenido se le facilitan los tiempos y espacios para lavarse, bañarse, vestirse, comer, descansar, ser ubicado en un lugar propicio entre otros hábitos de la vida cotidiana.
- b. Conocer que sus padres, representantes legales o encargados tienen derecho de enterarse de su situación y apoyarse en ellos. Por eso, de inmediato puede llamar a casa o algún familiar cercano con teléfono.
- c. Conocer que ninguna autoridad puede divulgar su identidad, ni el

- nombre de sus familiares o cualquier dato que permita su identificación pública. Por eso, desde su detención se le protege de fotografías, entrevistas, encuentros con periodistas, etc.
- d. Conocer que no puede ser sometido a técnicas ni métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o atenten contra su dignidad. Por eso, desde su detención, se le pone en contacto con un médico forense que le atiende sus heridas —si las tiene—, y se le realice un diagnóstico clínico.
 - e. Conocer que es persona libre y, por ende, que esa libertad solo puede ser limitada por razones igualmente constitucionales. Por eso, el lugar donde se encuentre de paso no puede significarle una cárcel.
 - f. Conocer que tiene total protección a su intimidad y, por ende, a sus comunicaciones. Por eso, puede hablar, atender a su familia, relatar los hechos al abogado defensor, sin que escuchen o sin que esas escuchas sirvan de prueba en su contra.
 - g. Conocer que cuando pertenezca a un grupo étnico o indígena o no entienda el idioma español deberá ser asistido, por un intérprete que conozca su lengua.
 - h. Conocer que cuando presente algún tipo de discapacidad, deberá recibir el cuidado y atenciones especiales que requiera el caso particular.
 - i. Conocer que el órgano responsable de la aplicación, cumplimiento y seguimiento de la medida impuesta, otorgará la educación básica obligatoria que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y hasta educación preparatoria, cuando se encuentren sujetos a cualquier tipo de medida, aún de carácter cautelar, y de acuerdo a su edad y formación anterior o recibir información técnica y formación práctica sobre un oficio, arte o profesión.
- Es claro que si se quiere proteger los derechos es necesario respetar los derechos; una realidad que no es fácil de entender al enfrentar la delincuencia. No sin razón la justicia integral para adolescentes exige, cada vez más, especialidad e interdisciplinariedad. Cada vez es menos lo que aporta un abogado, y es más lo que ofrece, como modos de solución o respuesta, la filosofía, la criminología, la sociología, la psicología, la antropología, la pedagogía, los trabajadores sociales. Pero hemos de entender que los derechos se escriben para que no se olviden, es decir, no porque sean derecho en razón de existir una norma (positivismo jurídico), sino porque son derecho en razón de existir una persona (derecho natural), pero, adrede, ante la ausencia de entender a la persona humana, fuente de los derechos y, por ende, sujeto de los mismos.
- Reaccionar con el derecho ante la violación de un bien jurídico protegido es ya una reacción integral y no necesariamente encaminada a la justicia, sino,

por el contrario, a la equidad, a la epiqueya y, en algunos casos, con la justicia alternativa, a la caridad. No olvidemos que justicia es, etimológicamente, ajustar. Por eso, el proceso penal para menores no es ajuste sino reto, proyecto, desafío. No es acción reacción y, por ende, acción medida. Es asumir que algo hicimos mal y que es necesario reconstruir y aprender.

VI. CONCLUSIÓN: ¿CUÁL ES LA RESPUESTA?

¿Cuál es, entonces, la respuesta o, en su caso, el principio “rector” ante la delincuencia de los menores de edad? No existe respuesta. He aquí el éxito del sistema: el no tener respuestas preconcebidas.

De hecho, la delincuencia de menores plantea situaciones de estudio individualizadas, de atención personal, de análisis del caso concreto, desde todos los ámbitos interdisciplinarios a los que el problema convoca. Cada uno de los implicados exige una decisión de la autoridad jurisdiccional propia, conforme a sus personales situaciones de vida y desarrollo psicosocial.

Cualquiera que sea la respuesta, es claro que un proceso acusatorio abre las posibilidades de los expertos para ofrecerlas e implementarlas. La principal de ellas es no tener que ejecutar la sanción privativa de libertad que haya dictado el juez de enjuiciamiento para adolescentes, a cambio de formas alternativas de la pena. El proceso acusatorio se abre, para los adolescentes, en

formas alternativas de terminación del proceso y solución del conflicto sin importar el delito —aunque sea grave—, sin importar la víctima.

Esta realidad exige personal capacitado para dar la respuesta en el momento en que esa respuesta es necesaria. El Poder Judicial de la Federación no ha podido ofrecer una respuesta apropiada desde la reforma Constitucional del 12 de diciembre de 2005, y, 10 años después, no pudo dar respuestas a las reformas Constitucionales del 18 de junio de 2008 que introducen el proceso acusatorio ni a la del 2 de julio de 2015 que introduce la justicia única para adolescentes. Especialmente, que la respuesta la den los jueces, escuchando a los equipos interdisciplinarios que han de ser los que, en definitiva, ofrezcan motivos para decidir para cada caso concreto.

La sanción y/o la medida como respuesta jurídica debe producirse de las respuestas psicológicas, pedagógicas, antropológicas, sociológicas, que ofrezcan profesionales especializados en justicia para adolescentes de todas esas ramas del conocimiento. Todos estos profesionales necesitan que los jueces comprendan su función, valoren sus conocimientos y decidan coherente con sus pericias.

VII. FUENTES DE CONSULTA

Alvarado Martínez, I. *et.al.* (2009). *La Nueva Justicia Integral para Adolescentes*. México: Federación Mexicana de Médicos y Peritos en Ciencias

- Forenses y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Arellano Trejo, E. (2006). "Sistema Integral de Justicia para Adolescentes". Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. Documento de Trabajo No. 3. Septiembre.
- Cárdenas Dávila, N. L. (2009). *Menor Infractor y Justicia Penal Juvenil*. Perú: Católica de Santa María. Arequipa.
- Carrillo Ahumada, F. (2007). *Práctica Forense del Proceso de Justicia para Adolescentes*. México: Flores.
- Cervantes Gómez, J. C. Análisis de la Legislación en materia de Justicia para Adolescentes. En *Quorum Legislativo*.
- Cunjama López, E. D. (2014). *Jóvenes en riesgo, pandillas y delincuencia organizada en México*. México: INACIPE.
- Frías Armenta, M. y Corral Verdugo, V. (2009). *Delincuencia Juvenil. Aspectos Sociales y Psicológicos*. Plaza y Valdés.
- González Contro, M. (2008). *Derechos Humanos de los Niños: Una Propuesta de Fundamentación*. México: UNAM.
- Hidalgo Murillo, J. D. (2016). *Hacia Una Teoría Procesal en Justicia para Adolescentes*. México: Flores.
- (2017). *Ley Nacional de Justicia Integral para Adolescentes. Concordada y Comentada*. México: Flores.
- Mendoza Mora, C. y Aguilar Sánchez, O. (2015). *Juventud, drogas y prevención*. México: INACIPE.
- Meza Hernandez, M. G. (2010). *Los Centros de Tratamiento para Menores Infractores*. México: Flores.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- UNICEF. (2004). Preguntas Y Respuestas. *Justicia Penal Adolescente* Elaborado por la Ascsoa Regional de Protección- Oficina Regional para América Latina y el Caribe-TACRO (Febrero de 2004)
- Vasconcelos Méndez, R. (2009). *La Justicia para Adolescentes en México. Análisis de las Leyes Estatales*. México: UNICEF/ UNAM.

CARPETA DE INVESTIGACIÓN TÉCNICAS ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS

● Isabel Maldonado Sánchez*

* Presidenta Ejecutiva del Corporativo Nacional de Juristas, Profesionistas y Funcionarios Certificados en Juicios Orales S. C.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Carpeta de investigación**

Research portfolio

○ **Técnicas de investigación**

Technical investigation

○ **Juicio oral**

Oral trial

○ **Investigación del delito**

Investigation of crime

Resumen. Este artículo aborda la relevancia de la etapa de investigación en el sistema penal acusatorio, y la importancia de la investigación técnica y científica del delito para una completa y objetiva integración de la carpeta de investigación. Lo anterior producirá el éxito en cualquier mecanismo alternativo anticipado o juicio oral, pero todo ello depende de la aplicación correcta de las técnicas de investigación, las cuales se dividen para su estudio en ordinarias y extraordinarias, encubiertas o especiales, lo que significa que la investigación empírica o por suposiciones es inaplicable en la carpeta de investigación.

Abstract. This article discourses the importance of the investigation stage in the accusatory system. It also analyzes the technical and scientific investigation of crime, in order to complete and objective integration of the research portfolio.

SUMARIO:

I. Antecedentes de la facultad de investigación de la policía. II. Objetivo de la investigación en el sistema penal acusatorio. III. Actuación de la policía en el lugar de la investigación. IV. Técnicas de investigación ordinarias y extraordinarias. V. Actas que integran la carpeta de investigación y carpeta administrativa. VI. Fuentes de consulta.

I. ANTECEDENTES DE LA FACULTAD DE INVESTIGACIÓN DE LA POLICÍA

Con motivo de la reforma constitucional en materia de Seguridad Pública y Justicia Penal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008,¹ en nuestro país se transitó de un modelo de justicia de corte inquisitivo a uno de corte acusatorio y oral, en el cual la investigación del delito juega el papel más importante para materializar los postulados que establece el artículo 20 constitucional, considerado dicho numeral como la piedra angular y

¹ La reforma constitucional en Materia de Seguridad Pública y Justicia Penal del año 2008, es considerada la reforma histórica para México en el derecho parlamentario o legislativo que contó por primera vez con la opinión y participación de todas las fuerzas políticas representadas en el Congreso de la Unión, pues todos fueron coincidentes en que nuestro país requería un cambio de fondo y estructural en materia de Seguridad Pública y Justicia Penal.

estructural del nuevo modelo de justicia penal, pues en el mismo se establecen en sus tres apartados: a) los principios generales, b) los derechos del imputado y c) los derechos de la víctima, configurando las reglas que sustentan el andamiaje jurídico-penal en México.

Esta nueva arquitectura de la justicia penal de corte acusatorio, no se podría entender sin un sólido sustento investigativo y sin la participación del actor policial como primer respondiente, como el funcionario más próximo a la noticia criminal, a los indicios, a los testigos, a la víctima y al imputado, constituyendo el cimiento sobre el que se sostendrán las columnas de la justicia que se presentarán en un eventual juicio oral, toda vez que este no es la principal razón de ser del nuevo sistema penal, sino más bien lo son los mecanismos alternativos de solución de controversias (acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso) y las formas anticipadas de terminación del proceso (procedimiento abreviado), puesto que una completa, sistemática e integral carpeta de investigación, permitirá que el imputado y la defensa eviten llegar a un juicio oral, pues el poder del Estado en el nuevo modelo de justicia se sustenta con las evidencias y en la realización de los actos de investigación de urgencia.²

² Se entiende por "Actos de Investigación de urgencia", aquellos medios o técnicas de investigación que deben practicarse en el tiempo inmediato del conocimiento de la noticia criminal, para evitar se pierdan, destruyan o contaminen, por ejemplo, la preservación y procesamiento del lugar de la investigación y sus indicios, la toma de muestras toxicológicas para etanol, la

Dichos actos de investigación deben recolectarse con su respectiva cadena de custodia,³ con la finalidad de acreditar el principio de mismidad probatoria⁴ o inalterabilidad. La relevancia de la realización de los actos de investigación de urgencia estriba en la aplicación de uno los principios universales de la criminalística: “En una investigación criminal el tiempo que pasa es la verdad que huye”⁵ en la que se advierte que según va pasando el tiempo, las huellas se borran, la escena del crimen se modifica, los testigos e investigadores se olvidan, jubilan e incluso fallecen. En definitiva, que el transcurso del tiempo juega en contra del esclarecimiento del hecho. Por ello, en el proceso penal acusatorio se establece en la etapa de investigación, un periodo perentorio de dos a seis meses de investigación complementaria una vez dictado el auto de vinculación a proceso.⁶

La legislación nacional de procedimientos penales de nuestro país es clara al establecer un capítulo especial de

actos de investigación, que deben realizarse siguiendo las reglas jurídicas para la debida integración de la carpeta de investigación, contemplados en los artículos 267 al 303, mismos actos que deben ser realizados por la policía, peritos y excepcionalmente por el Ministerio Público.

En la etapa intermedia los resultados de los actos de investigación serán sometidos a los filtros de pertinencia, relevancia,⁷ legalidad e idoneidad. En el juicio oral se desarrolla la contienda de teorías del caso de las partes procesales, se debate la probabilidad de participación o comisión del acusado en el hecho delictivo, y se desahogan las pruebas recolectadas por la Fiscalía en la etapa de investigación, siendo esta etapa justamente la que define el rumbo del caso, una deficiente recolección de datos de prueba, una irregular incorporación de medios de prueba en la etapa intermedia y una equivocada técnica para desahogar e incorporar las pruebas en el juicio llevarán a la impunidad y a la violación flagrante del derecho a la verdad⁸ que les asiste a las víctimas y a

recolección de video, cámaras de seguridad que se reboinan en un tiempo determinado borrándose la información con posterioridad, entre otros.

³ La cadena de custodia es el Sistema de Control y Registro que siguen los indicios desde que son localizados hasta que la autoridad competente determina que no existe estudio pendiente que realizar sobre los mismos.

⁴ Dicho principio garantiza la identidad e inalterabilidad probatoria en un Juicio Oral, es decir, que el indicio recolectado en la escena del crimen, en la persona del imputado, de la víctima o la fuente principal de recolección es el mismo que el que se presenta en Juicio.

⁵ La cita es del padre de la criminalística moderna Edmond Locard, pionero de esta ciencia.

⁶ Artículo 321 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁷ El concepto de relevancia es especialmente importante como criterio para la selección de los medios de prueba admisibles. La relevancia es un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio.

⁸ El artículo 18 de la Ley General de Víctimas, establece que las víctimas y la sociedad en general tienen el derecho de conocer los hechos constitutivos del delito y de las violaciones a derechos humanos de que fueron objeto, la identidad de los responsables, las circunstancias que hayan propiciado su comisión, así como tener acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

la reparación integral del daño. Por ello, insisto, “el talón de Aquiles” es la etapa de investigación en donde se ponen en marcha las técnicas de investigación ordinarias y extraordinarias que harán vigente este derecho fundamental de las víctimas y de la sociedad.

En este contexto, el legislador federal, en las discusiones de 2008 estableció como tema primordial pasar de la detención de los imputados y luego la investigación a invertir el orden, primero la investigación y luego detener con resultados desprendidos de las técnicas de investigación debidamente desarrollados e integrados en la carpeta de investigación, para poder sustentar en la audiencia inicial una imputación sólida y objetiva que incluso nos lleve en esa misma audiencia a obtener un fallo condenatorio. Dicho resultado se logra cuando el imputado escucha de viva voz y en presencia del juez los resultados de las técnicas de investigación, con datos de prueba que surtan relevancia (Taruffo, 2008: 38) establecidas en los artículos 266 al 303 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las cuales en múltiples carpetas de investigación que se realizan en los estados son inobservadas.

Por ser la etapa de investigación la más importante del sistema penal acusatorio se destaca lo establecido en el artículo 21 constitucional, mismo numeral que contiene la facultad de investigación de la policía y el Ministerio Público, los dos coadyuvan con el mismo estándar investigativo en dicha facultad, pero bajo la conducción y mando del segundo. Asimismo, este

numeral contempla el ejercicio de la acción penal, tanto pública como privada, en el caso de esta última, la ley establecerá los casos en que procede.

En el párrafo noveno, se establece lo que comprende la seguridad pública, la cual es una función a cargo de la Federación, la Ciudad de México, los estados y los municipios, y comprende lo siguiente:

- La prevención del delito.
- La investigación del delito, y
- La persecución para hacerla efectiva.

Así como la sanción de las infracciones administrativas en los términos de la ley, en las respectivas competencias que la Constitución señala.

El párrafo antes citado contempla de igual forma la actuación de las instituciones de seguridad. Se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

El párrafo décimo, por su parte, señala que las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública.

La motivación de la reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal en comento, en el ámbito policial, fue que no existía una investigación profesional del delito y el

alto costo que implicaba tomando en cuenta los deficientes resultados de eficiencia así como que la policía en las detenciones que realizaba la mayoría eran en flagrancia o pocas horas después de la comisión de los ilícitos, por lo que se concluía que, la policía mexicana sabía vigilar, pero no investigar.

Dentro de las atribuciones y obligaciones más importantes de la policía que actúa bajo la dirección del Ministerio Público en el sistema acusatorio, de manera enunciativa se encuentran:

- Preservar el lugar de los hechos y la integridad de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como los instrumentos, objetos o productos del delito (Montiel Sosa, 2012, pp. 161-178);
- Informar a la persona al momento de su detención sobre los derechos que en su favor establece la Constitución;
- Poner a disposición de la autoridad competente a personas y bienes en el caso en que por motivo de sus funciones lleven a cabo una detención o aseguramiento;
- Verificar la información que reciba sobre hechos que puedan ser constitutivos del delito y remitirla al Ministerio Público;
- Recibir denuncias; practicar las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la identidad de los probables responsables;
- Efectuar detenciones conforme a lo dispuesto por el artículo 16 constitucional e inscribirla en el registro correspondiente; entrevistar a las

personas que pudieran aportar datos o elementos para la investigación en caso de flagrancia o por mandato de la Fiscalía;

- Reunir la información que pueda ser útil al Ministerio Público para acreditar el hecho delictivo y la probable participación o comisión del imputado.

En síntesis, el trabajo de la policía en cuanto a la investigación, se define como la etapa procesal en la que la Fiscalía, con su apoyo, busca fortalecer los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o información legalmente obtenida, por lo que, se dice que la investigación comienza desde la noticia criminal y su judicialización comienza con la formulación de imputación y se extiende incluso a la audiencia de juicio oral, toda vez que durante su desarrollo es posible la aparición de elementos probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida no conocidas hasta ese momento, los que de manera excepcional pueden ser aducidos por las partes durante la etapa probatoria del debate, debiéndose fundar y motivar sobre el desconocimiento o la imposibilidad de su existencia previa.

La Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* con fecha 2 de enero de 2009, es reglamentaria del artículo 21 constitucional y tiene por objeto regular la integración, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Seguridad Pública, así como establecer la distribución de

competencias y las bases de coordinación entre la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios en materia de seguridad pública.

Por lo que respecta a las implicaciones de la regulación de la actividad policial de este primer ordenamiento jurídico señalado, esto es, la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, el artículo 41 especifica las obligaciones de las instituciones policiales entre las que destacan:

- a) Registrar el Informe Policial Homologado los datos de las actividades e investigaciones que realice, esta obligación es con la finalidad de que todos los miembros de la policía en todos sus niveles estén comunicados y exista una base de datos que permita identificar de manera eficaz a personas, órdenes e información.
- b) Remitir a la instancia que corresponda la información recopilada, en el cumplimiento de sus misiones o en el desempeño de sus actividades, para su análisis y registro. Asimismo, entregar la información que le sea solicitada por otras instituciones de seguridad pública, en los términos de las leyes correspondientes.
- c) Apoyar a las autoridades que así se lo soliciten en la investigación y persecución de delitos, puesto que todas las policías tienen obligación de coadyuvar con las investigaciones de los hechos delictivos.
- d) Ejecutar los mandamientos judiciales y ministeriales, que es una obligación que se venía realizando.

II. OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Corresponde a las policías la facultad de investigación al igual que al Ministerio Público, es por ello que el objeto de la investigación policial será llegar en coordinación con el fiscal y servicios periciales como trinomio investigador a conocer dentro del sistema acusatorio al autor del hecho delictivo y el hecho delictivo en sí mismo.

La investigación es propia del órgano policial que comprende un cúmulo de actividades de inteligencia, vigilancia, prevención, técnicas criminalísticas y científicas las cuales sirven de base al órgano jurisdiccional para sostener la acusación formulada por la fiscalía. Para lo cual se requiere, crear y fortalecer a las policías científicas, utilizando como disciplina fundamental auxiliar del derecho penal, a la criminalística,⁹ entendida como el conjunto de teorías que se refieren al esclarecimiento de los casos criminales. Por tanto, entendemos por técnica policial los procedimientos y recursos que aporta la ciencia policial y que son aplicados para llevar a buen término una investigación. La técnica policial se ocupa principalmente de los indicios probatorios, aplicando los métodos científicos existentes para descubrir y demostrar fehacientemente una determinada realidad (De Antón y Barberá, *et al.* 2010, p. 28).

⁹ Término acuñado en 1869 por el francés Edmond Locard, en su *Tratado de Criminalística*.

El profesor Carlos Rougmagnac opinaba que la Policía Científica, llamada también Policía Técnica, es la que mediante el estudio práctico de los criminales y del crimen, y de la aplicación de métodos científicos de investigación, da la posibilidad de descubrir a los autores de los crímenes y de los delitos (Montiel Sosa, 2012, p. 33). Hasta hoy en México se cuentan con claros ejemplos de este tipo de Policía Científica en las Divisiones Científicas, de Inteligencia, Antidrogas de la Policía Federal, así como ejemplos de Policía Técnica en Yucatán con la creación de la Unidad Especializada en la Escena del Crimen¹⁰ (UEEC) dependiente de la Secretaría de Seguridad Pública de dicha entidad conformada por policías, así también la Unidad Especializada en Investigación Criminal (UEIC) adscrita a la Dirección de Seguridad Pública de Tijuana quienes son policías y participan en la investigación del delito preservando la escena del crimen, procesando indicios, así como entrevistando a testigos, entre otras actividades de investigación criminal.

Existen diversos objetivos de la investigación policial en el sistema penal acusatorio:

- a) Recolectar información sobre el material probatorio;
- b) Recabar información sobre el modus operandi;
- c) Eslabonamiento de personas, escenarios y objetos;

- d) Declaraciones creíbles, e
- e) Identificar el criminal proflig o perfil criminológico del delincuente

III. ACTUACIÓN DE LA POLICÍA EN EL LUGAR DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación policial, en sus inicios, después de recibida la noticia criminal, considerada ésta como el escenario más relevante para el esclarecimiento de los mismos, debe comprender al llegar al lugar de los hechos, lo que a continuación se cita textualmente:

- 1) El establecer si se ha cometido un delito, detener al autor si es posible, y determinar el tipo de delito por categoría, y específica clasificación, debiendo requisitar el Acta de Aviso de Hechos Probablemente Delictivos;
- 2) En caso de testigos presenciales asegurar una descripción del autor, así como de los hechos ocurridos y demás información relevante, en este caso se deberá registrar el dicho en el Acta de Entrevista a Testigos;
- 3) Proteger el escenario sea de los hechos o del hallazgo e identificar el tipo de escenario atendiendo al contacto entre víctima y agresor (escenario primario, intermedio y/o secundario, según sea el caso) para estos efectos se deberá llenar el Acta de Control de Escena del Hecho, buscando y recolectando indicios que puedan servir de evidencias; marcar éstas para su identificación

¹⁰Unidad de Policía creada mediante decreto 183/2014, publicado en el Diario Oficial del Estado de Yucatán, el 15 de mayo del año 2014.

y conservación; mantener la integridad de la evidencia desde el momento en que se encuentra, hasta aquél en el que se requiere su exhibición en el proceso, lo que significa un debido procesamiento de evidencias requisitando el Acta de Cadena y Eslabones de Custodia;

- 4) Localizar e investigar a los testigos tales como direcciones y otros datos necesarios para futuros contactos, determinar la manera en que se cometió el crimen.
- 5) Identificar el *criminal profiling* o perfil criminológico y el *modus operandi*. La técnica de identificación del perfil criminológico fue creada por el FBI y su unidad de ciencias del comportamiento como una herramienta para ayudar en las investigaciones. Básicamente consiste en una técnica para describir el comportamiento y características (físicas, psicológicas, geográficas, sociales), probables del autor desconocido. El *profiler* (perfilador) debe analizar varios elementos del crimen, entre ellos el análisis de la escena del crimen. En la mayoría de las ocasiones únicamente se identifica el *modus operandi*, pero este se encuentra en constante evolución por lo que no será lo único que la policía técnica y la científica deban investigar, sino también el perfil criminológico del autor del hecho delictivo, toda vez que el modo de operar del delincuente no nos identifica al sujeto sino la manera en que cometió el ilícito, en cambio el *criminal profiling* nos va indicando la pista de

las condiciones y comportamiento interno del autor que va dejando su huella única en cada escenario criminal.

El objeto de la investigación policial pues, es de suma importancia porque de ello depende el éxito del sistema penal acusatorio y juicio oral en su primera etapa denominada “preliminar o de investigación”, en consecuencia, toda investigación del delito debe estar en manos de una policía que goce de elementos técnicos y científicos que le permitan comprobar los hechos ilícitos y la probable participación o comisión de un delito, privilegiando el procesamiento de material probatorio consistente en la fijación, señalamiento, levantamiento, embalaje y traslado (*Enciclopedia de Criminalística*, 2010) al Ministerio Público.

La investigación criminal realizada por la policía bajo la dirección del Ministerio Público de acuerdo al citado artículo 21 de la Carta Magna, se considera como el instrumento técnico que tiene por objeto descubrir los hechos necesarios y suficientes para poder perseguir los delitos y sus autores con eficacia y conforme a la ley. Su elemento fundamental es la información, que ha de responder a un proceso lógico con sus fases de recopilación, ordenación, clasificación, sistematización, discriminación y conclusiones de lo investigado, siendo el responsable directo de esto, el Ministerio Público y quienes lo auxilian en esta función que es la policía ministerial científica y/o investigadora y servicios periciales.

De acuerdo con la literatura internacional en materia policial, a la policía le corresponden las siguientes funciones:

- a) Proteger los derechos y libertades de los ciudadanos.
- b) Mantener la seguridad ciudadana.
- c) Prevenir e investigar los delitos.
- d) Descubrir y asegurar a los delincuentes.
- e) Recoger e intervenir los objetos, instrumentos y pruebas relacionadas con los delitos.
- f) Velar por el cumplimiento de las leyes y normas dadas por las autoridades administrativas y judiciales (De Antón y Barberá, *et al.* 2010: 25).

De lo anterior, se desprende que la criminalística requiere el conocimiento y aplicación de métodos científicos a la investigación del delito y de esto se trata, precisamente, el trabajo de la policía científica. En un principio la investigación se concretaba en la pesquisa, que no pasó de ser una reflexión especulativa, en virtud del contacto con los medios criminales, los investigadores afinaron sus técnicas en la persecución del delincuente.

Al contrario de la policía empírica que tiene como norma la habilidad (arte) y la investigación individual, la policía científica aplica con método racional a la investigación policial, los conocimientos proporcionados por la antropología, biología, química, física, psicología, Medicina legal, entre otras ramas. Como ciencia, la policía científica, en general, se basa en la aportación de datos —evidencias— ajustándolos

metódicamente en sistemas, de manera que tengan sentido y sean coherentes con la verdad histórica del delito investigado, mediante un proceso de acumulación de antecedentes y su ordenamiento simultáneos, no separadamente. Es la acumulación de datos ordenadamente, un recurso para elucidar las incógnitas o para apoyar o rechazar una idea vinculada a un hecho delictivo (29).

IV. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS

De acuerdo a las líneas anteriores de este trabajo se infirió la relevancia de la etapa de investigación en el sistema penal acusatorio, y se dijo también la importancia de la investigación técnica y científica del delito, una completa y objetiva integración de la carpeta de investigación producirá el éxito en cualquier mecanismo alternativo, anticipado o juicio oral, pero todo ello depende de la aplicación correcta de las técnicas de investigación, las cuales se dividen para su estudio en ordinarias y extraordinarias, encubiertas o especiales, lo que significa que la investigación empírica o por suposiciones es inaplicable en la carpeta de investigación. Por el contrario, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece un catálogo de actos de investigación en los artículos 266 al 303, mismos que cuentan con reglas jurídicas específicas para su realización por parte de la policía y peritos, en algunos actos

de investigación que son los menores requiere la participación del Ministerio Público o Fiscal.

El sistema penal acusatorio marca una nueva era de investigación técnica y científica del delito, transitando de la investigación subjetiva, por empirismo o meras suposiciones, a una investigación sólida y objetiva que sólo se puede lograr a través de la aplicación de técnicas de investigación debidamente delimitadas en su estructura jurídica (procedibilidad), procedimiento y resultados, para ello se define, primero, la palabra técnica como aquel conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte.¹¹ Ahora bien, por método se entiende el procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla (Bernal Arévalo, 2011: 255). Finalmente, el método científico es el conjunto de pasos ordenados, generalmente aceptados por la mayoría, con los cuales se llega a una observación rigurosa y se prueban hipótesis sobre los fenómenos percibidos, buscando en última instancia conformar un sistema de teorías y leyes en un campo determinado de la ciencia (257).

Por técnica ordinaria se entiende la aplicación de procedimientos y recursos en la investigación que no requieren un control judicial previo para su realización, en este rubro se encuentra la inspección del lugar de los hechos, objetos, instrumentos o productos del delito (*cf.*, art. 267 CNPP), la inspección

de personas (*cf.*, art. 268 CNPP), la revisión corporal (*cf.*, art. 269 CNPP) (salvo que se niegue a proporcionar la muestra), el levantamiento e identificación de cadáveres (*cf.*, art. 271 CNPP), los peritajes (*cf.*, art. 272 CNPP), la aportación de comunicaciones entre particulares (*cf.*, art. 276 CNPP), reconocimiento de personas en fila (*cf.*, art. 277 CNPP), por fotografía (*cf.*, art. 279 CNPP), reconocimiento de objetos y de todo cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial (*cf.*, art. 280-281 CNPP).

Por técnicas extraordinarias, especiales, vigiladas o encubiertas, se debe entender la aplicación de procedimientos y recursos en la investigación que requieren un control judicial previo para su realización y/o control judicial posterior a su práctica. Se dice que son extraordinarias porque requieren cierto sigilo y requisitos para su autorización, y son utilizadas en delitos complejos en los que las técnicas de investigación ordinarias o de rutina son insuficientes para acreditar o probar una proposición fáctica como configuración de la teoría del caso de la Fiscalía, al respecto la Convención de Viena de 1988 preocupada por el tráfico generalizado de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en el hemisferio recomienda las “técnicas de investigación vigilada”, entre las que destacan:

- a) Vigilancia pasiva.
- b) Vigilancia de cosas.
- c) Infiltración de “Agente Provocador”.
- d) Agente encubierto (agente secreto y agente informante).

¹¹ Concepto obtenido del *Diccionario de la Real Academia Española (DRAE)*.

- e) Entregas vigiladas (directas y de tránsito).

Dichas técnicas de investigación vigiladas o encubiertas son utilizadas en el plano hemisférico o internacional para contrarrestar el tráfico de drogas, armas, espionaje, corrupción, terrorismo, lavado de dinero, entre otras conductas. En el plano nacional, específicamente en nuestro país, dichas técnicas extraordinarias o encubiertas se encontraban contempladas en el artículo 180 bis del abrogado Código Federal de Procedimientos Penales que establece la figura del agente infiltrado y de las compras controladas de droga. Por lo que respecta al Código Nacional de Procedimientos Penales, entre estas técnicas especiales se encuentran: el cauteo, la intervención de comunicaciones privadas en sus diferentes modalidades (tiempo real, de cualquier sistema de comunicación redes sociales, correo electrónico, etc., y en su modalidad de extracción de información), finalmente se encuentran en este rubro las técnicas de localización geográfica en tiempo real y la solicitud de entrega de datos conservados.

Ahora bien, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en los artículos 266 al 303, establece los actos y técnicas de investigación tanto ordinarios como extraordinarios o especiales, los cuales puede efectuarlos la policía y peritos en la integración de las carpetas, de los que se desprenden las técnicas ordinarias y extraordinarias de investigación, de igual forma, el citado Código establece en los artículos 251, 252 y 292,

respectivamente, las técnicas de investigación que no requieren control judicial, las técnicas de investigación que sí requieren del control judicial y de las técnicas de investigación que de forma inicial no es necesario solicitar el control judicial pero sí con posterioridad acudir al órgano jurisdiccional para justificar el motivo de su ejecución.

En tratándose de las técnicas especiales y novedosas que establecen los artículos 291 y 303 del Código Nacional de Procedimientos Penales relativas a la intervención de comunicaciones privadas, la localización geográfica en tiempo real y la entrega de datos conservados, en estrecha armonía con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el código adjetivo penal nacional, otorga la facultad exclusiva al titular de la Procuraduría General de la República o al funcionario a quien se delegue la facultad, y al titular de las Procuradurías y Fiscalías de los Estados, para ser el responsable de solicitar a los Jueces de Control Especializados que conforman el Centro Nacional de Justicia Especializado en Control de Técnicas de Investigación, Arraigo e Intervención de Comunicaciones¹², la intervención de comunicaciones privadas en sus diferentes modalidades:

1. Tiempo real (escucha telefónica entre dos o más líneas);

¹² Dicho Centro Nacional de Justicia Especializado en Control de Técnicas de Investigación, Arraigo e Intervención de Comunicaciones fue creado mediante Acuerdo General 3/2017 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, entrando en vigor el 16 de mayo del año 2017.

2. Extracción de información (teléfonos, computadoras, sistemas de almacenamiento USB, procesadores, CPU, y cualquier dispositivo de almacenamiento de información relacionada con un hecho criminal);
3. Intervención de cualquier sistema de comunicación (redes sociales como Whats app, Telegram, Facebook, Twitter, correos electrónicos, entre otras).

También, el citado código adjetivo nacional, establece las técnicas de investigación consistentes en localización geográfica en tiempo real y entrega de datos conservados, que a diferencia de las técnicas de investigación enunciadas a línea supra, éstas podrán ser solicitadas ante el órgano jurisdiccional competente por el Procurador o por el servidor público en quien se delegue la facultad.

Por su parte, el Poder Judicial de la Federación, mediante Acuerdo General 03/2017, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, creó el Centro Nacional de Justicia Especializado en Control de Técnicas de Investigación, Arraigo e Intervención de Comunicaciones, con la finalidad de que conozca y regule entre otras, las técnicas de investigación previstas en los artículos 291 y 303 del Código Nacional de Procedimientos Penales que realice el titular del Ministerio Público o el servidor público en quien se delegue dicha facultad.

Es importante hacer mención que no siempre en los delitos encontraremos pruebas de realización directa donde se tenga forma de comprobar o acreditar

directamente que se cometió un ilícito, pues también hay delitos cometidos de oculta realización, y es en este tipo de delitos donde principalmente el policía debe desarrollar sus habilidades y conocimientos científicos a través o por conducto de las reglas de operación y protocolos de actuación de investigación ordinarias y extraordinarias que permitan establecer la participación del imputado en un hecho considerado por la Ley como delito y se cuente con las pruebas científicas que lo relacionen de forma directa con el delito y su forma de intervención en el mismo.

V. ACTAS QUE INTEGRAN LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN Y CARPETA ADMINISTRATIVA

Es importante hacer referencia a las actas que integran la carpeta de investigación en su etapa de investigación inicial.

La denominada carpeta de investigación dentro del sistema penal acusatorio, trae aparejada la transformación de su integración, no existen diligencias con exigencias formales, ahora se integrará con diversas actas que contendrán datos de prueba e información, indicios y evidencias que recabe la policía y la Fiscalía con ayuda científica de los peritos.

El estándar probatorio para la policía y el Ministerio Público indudablemente es mínimo en la etapa de investigación inicial, lo que equivale a sostener que la carpeta de investigación se integrará con datos de prueba

y elementos como lo señala el texto del artículo 19 primer párrafo constitucional, pues los sistemas acusatorios plantean al juicio oral como eje central del proceso en el cual sólo constituirán pruebas las desahogadas en aquél, esto se encuentra establecido en el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción III. No es una reproducción de lo vertido durante la fase de investigación.

Por ello, lo importante es distinguir entre actos de investigación llevados a cabo durante el desarrollo de la fase de investigación preliminar por el Ministerio Público ante el juez de control.

La carpeta de investigación se integra por las siguientes actas, principalmente:

- a) Acta de aviso de hechos probablemente delictivos.
- b) Acta de denuncia o querrela verbal.
- c) Acta de entrevista a testigos.
- d) Acta de inspección de lugar y levantamiento de cadáver.
- e) Acta de control de escena del hecho.
- f) Acta de lectura de derechos.
- g) Acta de Cadena y Eslabones de custodia de evidencia.
- h) Informes periciales.
- i) Informes policiales.

A manera de ilustración se anexan tres cuadros ilustrativos y una pirámide a especie de mapas mentales, con los cuales se pueden identificar las técnicas de investigación ordinarias y extraordinarias, referidas a línea *supra*, logrando ubicar el fundamento jurídico, el nombre de la técnica, los requisitos de procedencia de la técnica de investigación, el formato que se utiliza para cada una

de las técnicas y el funcionario de la triología investigadora que lo realiza.

Cuadro 1: “Técnicas y medios de investigación”.

Cuadro 2: “Técnicas de investigación acorde al control judicial”.

Cuadro 3: “Técnicas de investigación ordinarias y extraordinarias”.

Cuadro 4: “Pirámide fundamentos de las unidades de policía”.

Cuadro 1. Técnicas y medios de investigación

ART.	TÉCNICA	PROCEDENCIA	FORMATO	FUNCIONARIO
267	Inspección de lugares y objetos.	Cuando se esté realizando una investigación de un delito y cuando se considere necesario.	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de Inspección. • Cadena de Custodia. • Informe Técnico Policial del procesamiento del lugar e indicios. 	Policía y/o peritos.
268	Inspección de personas.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Flagrancia. 2. Cuando se presume que oculta algún indicio relacionado con el delito. 3. Cuando se presume que oculta algo que pudiera poner en riesgo a la sociedad. 	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de inspección de persona. • Cadena de Custodia. • Registro de detención. • Lectura de derechos. 	Policía.
269 y 270 (en caso de negativa)	<ul style="list-style-type: none"> • Revisión corporal. • Registros personales. • Exploración corporal o física. • Intervenciones quirúrgicas y/o extracciones. 	Cuando se requiera para cotejo con los indicios encontrados durante la investigación.	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de revisión corporal. • Acta de consentimiento informado. • Cadena de Custodia. 	Policía y/o perito.

ART.	TÉCNICA	PROCEDENCIA	FORMATO	FUNCIONARIO
271	Levantamiento, inspección e identificación de un cadáver.	Muerte no natural o patológica.	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de inspección del lugar y levantamiento del cadáver. • Cadena de Custodia y eslabones de custodia. • Acta de identificación del cadáver (documentos oficiales, entrevista a familiares y testigos, señas particulares, pruebas científicas). 	Policía y/o peritos.
272, 273, 274 (peritaje irreproducible), 275 (peritajes especiales)	Peritajes	Para el esclarecimiento de los hechos criminales en la especialidad que se requiera.	<ul style="list-style-type: none"> • Informe pericial conforme a la especialidad corresponda. • Cadena de Custodia. 	Perito, policía facultada y/o policía científica.
276	Aportación de comunicación entre particulares.	Cuando un particular que participó en la comunicación, aporte voluntariamente la misma.	<ul style="list-style-type: none"> • Cadena de Custodia. • Informe de extracción y análisis de información. • Informe de cotejo de voces. 	Perito y/o policía.
277 y 278	Reconocimiento de personas.	Para el esclarecimiento y confirmación de la participación o cotejo de un sujeto en un hecho criminal.	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de reconocimiento de persona. 	Ministerio Público.

ART.	TÉCNICA	PROCEDENCIA	FORMATO	FUNCIONARIO
279	Reconocimiento por fotografía.	Para el esclarecimiento y confirmación de la participación o cotejo de un sujeto en un hecho criminal cuando NO esté presente.	<ul style="list-style-type: none"> Acta de identificación por fotografía. 	Ministerio Público.
280	Reconocimiento de objetos.	Para el esclarecimiento y confirmación de la participación o cotejo de un objeto en un hecho criminal.	<ul style="list-style-type: none"> Acta de reconocimiento de objeto. 	Ministerio Público y/o policía (de preferencia).
281	Reconocimiento de todos lo que pueda ser de percepción sensorial.	Para el esclarecimiento y confirmación de la participación en un hecho criminal.	<ul style="list-style-type: none"> Acta de reconocimiento de lo que pueda ser de percepción sensorial (voz, olor, sonidos). 	Policía y/o peritos.
282, 283, 284, 285, 286, 287, 288 y 289	Inspección de lugar cerrado (cateo).	Para el esclarecimiento y confirmación de la participación en un hecho criminal.	<ul style="list-style-type: none"> Diligencia o Acta de cateo (autorización judicial). 	Ministerio Público y policía.
290	Ingreso de una autoridad a un lugar sin orden judicial.	<ul style="list-style-type: none"> Cuando hay un peligro real, actual que ponga en riesgo la vida, la integridad o la libertad. Con consentimiento del dueño. 	<ul style="list-style-type: none"> Formato de entrevista al dueño o interesado (anexar los títulos de propiedad). Acta de ingreso al lugar sin orden judicial. 	Policía.

ART.	TÉCNICA	PROCEDENCIA	FORMATO	FUNCIONARIO
291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301 y 302	Intervención de comunicaciones privadas. (*Técnica de Investigación de Especial).	Cuando se considere necesario, se podrá intervenir cualquier comunicación privada para esclarecer un hecho criminal.	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de resultados de la intervención de la comunicación privada. • Informe técnico, científico del análisis y extracción. 	<p>Ministerio Público.</p> <p>Policía y peritos en la extracción y análisis en la intervención de la comunicación privada. (La solista el Procurador General de la República o en el funcionario en quien delegue esa función y, los titulares de las procuradurías y fiscalías generales de los estados).</p> <p>Acuerdo General 3/2017, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, mediante el que se creó el Centro Nacional de Justicia Especializado en Control de Técnicas de Investigación, Arraigo e Intervención de Comunicaciones.</p>

ART.	TÉCNICA	PROCEDENCIA	FORMATO	FUNCIONARIO
303	Localización geográfica en tiempo real.	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando un equipo de comunicación móvil asociado a una línea se encuentre relacionado con un hecho criminal. • Encubierta. 	<ul style="list-style-type: none"> • Informe de la localización geográfica en tiempo real. 	<p>Policía investigadora, Perito. (autoriza el procurador o en quien se delegue esa facultad)</p> <p>Acuerdo General 3/2017, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, mediante el que se creó el Centro Nacional de Justicia Especializado en Control de Técnicas de Investigación, Arraigo e Intervención de Comunicaciones.</p>
132 Fracc. III y V	Aseguramiento de personas y bienes.	Cuando las personas y los bienes estén relacionados con un hecho criminal.	<ul style="list-style-type: none"> • Registro de detención. • Lectura de derechos. • Aseguramiento de personas. • Aseguramiento de bienes. • Cadena de Custodia. • IPH. 	Policía/ Ministerio Público.

ART.	TÉCNICA	PROCEDENCIA	FORMATO	FUNCIONARIO
132 Fracc. VII y IX	Preservación y procesamiento del lugar de investigación.	Cuando sea un lugar sujeto a investigación por un hecho criminal	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de protección del lugar de investigación. • Formato de preservación del lugar del hecho. • FTLI. • CC. • Informe técnico policial del procesamiento de indicios del lugar de investigación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Primer respondiente. • Unidades de Policía facultada o con capacidades para procesar indicios. • Peritos.
132 Fracc. X	Entrevista.	Cuando una persona pueda aportar algún dato o elemento para la investigación.	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de entrevista a testigo • Acta de entrevista a imputado con fines de identificación. 	Policía.

Cuadro 2. "Técnicas de Investigación acorde al Control Judicial"

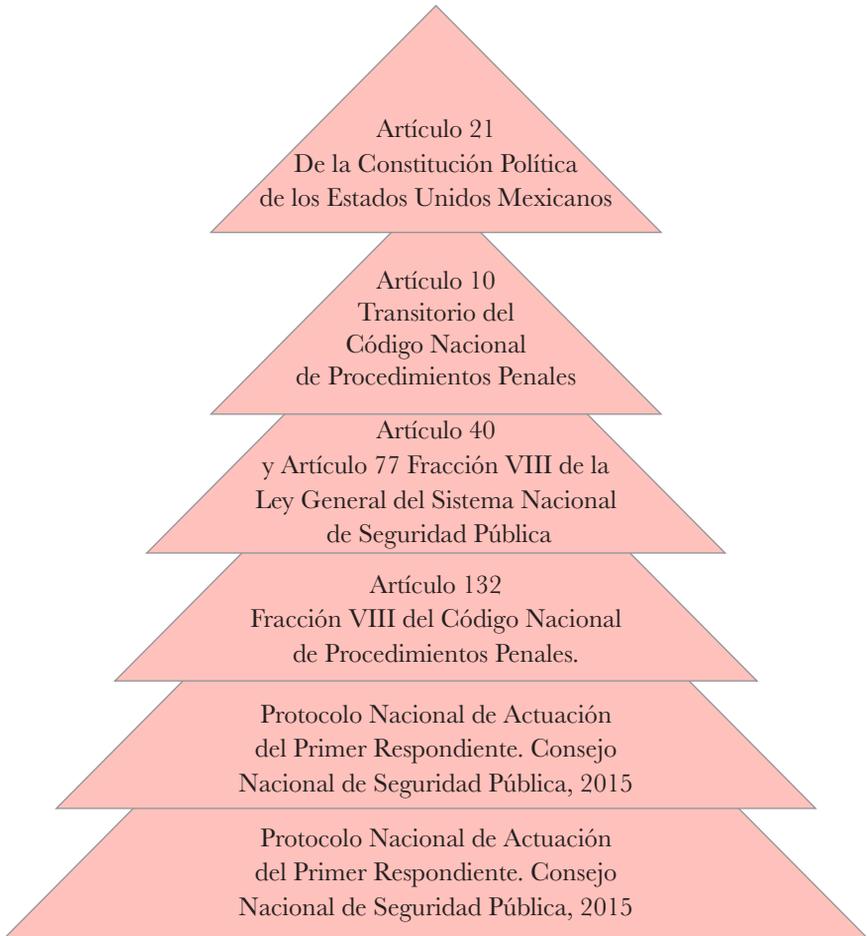
Las que NO Requieren Control Judicial	SI requieren Control Judicial	Control Judicial POSTERIOR
Art. 251 CNPP	Art. 252 CNPP	Art. 290 Fracción II CNPP
Inspección del lugar del hecho o del hallazgo	Exhumación de cadáveres	Ingreso de una autoridad a lugar sin autorización judicial (Se realiza con consentimiento de quien se encuentre facultado para otorgarlo. La autoridad que practique el ingreso deberá informarlo dentro de los cinco días siguientes, ante el Órgano jurisdiccional. A dicha audiencia deberá asistir la persona que otorgó su consentimiento a efectos de ratificarla).
Inspección de lugar distinto al de los hechos o del hallazgo	Órdenes de cateo	Art. 303, párrafo sexto CNPP
Inspección de personas	Intervención de comunicaciones privadas y correspondencia	Excepcionalmente, cuando esté en peligro la integridad física o la vida de una persona o se encuentre en riesgo el objeto del delito, así como en hechos relacionados con la privación ilegal de la libertad, secuestro, extorsión o delincuencia organizada, el Procurador, o el servidor público en quien se delegue la facultad, bajo su más estricta responsabilidad, ordenará directamente la localización geográfica en tiempo real o la entrega de los datos conservados a los concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos, quienes deberán atenderla de inmediato y con la suficiencia necesaria. A partir de que se haya cumplimentado el requerimiento, el Ministerio Público deberá informar al Juez de control competente por cualquier medio que garantice su autenticidad, dentro

Las que NO Requieren Control Judicial	SI requieren Control Judicial	Control Judicial POSTERIOR
		del plazo de cuarenta y ocho horas, a efecto de que ratifique parcial o totalmente de manera inmediata la subsistencia de la medida, sin perjuicio de que el Ministerio Público continúe con su actuación.
Revisión corporal	Toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma	
Inspección de vehículos	Reconocimiento o examen físico de una persona cuando aquélla se niegue a ser examinada	
Levantamiento e identificación de cadáver	Las que señalen las leyes	
Aportación de comunicaciones entre particulares		
Reconocimiento de personas		
Entrega vigilada y operaciones encubiertas		
Entrevista a testigos		
Demás que no requieran control judicial		

Cuadro 3. “Técnicas de Investigación Ordinarias y Extraordinarias”

ORDINARIAS	EXTRAORDINARIAS
Inspección de Lugares y Objetos	Cateo
Inspección de personas	Intervención de Comunicaciones Privadas
Revisión Corporal	Localización Geográfica en tiempo real
Levantamiento, inspección e identificación de un cadáver	Agente Infiltrado
Peritajes	Agente Informante
Aportación de comunicaciones entre particulares	Vigilancia Activa/Pasiva
Reconocimiento de Personas	Entrega Vigilada (directa/tránsito)
Reconocimiento por fotografías	
Reconocimiento de objetos	
Ingreso de una autoridad a un lugar sin orden judicial	
Aseguramiento de personas y bienes	
Preservación y procesamiento del lugar de investigación	

Cuadro 4. "Pirámide Fundamentos de las Unidades de Policía"



VI. FUENTES DE CONSULTA

Bernal Arévalo, B. (2011). *Técnicas de Investigación Criminal en el Sistema Acusatorio*. 3a ed. Bogotá: Jurídicas Andrés Morales.

De Antón y Barberá, F. *et. al.* (2010). *Policía Científica*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Montiel Sosa, J. (2012). *Criminalística I*. 2a ed. México: Limusa.

Enciclopedia Criminalística, Criminología e Investigación. (2010). Bogotá: Sigma.

VISIONES PARA
EL FUTURO

TORTURA POLÍTICAMENTE CORRECTA

○ Luis de la Barreda Solórzano*

*Coordinador del Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México. Fue el primer Visitador General Penitenciario de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el primer Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (hoy Ciudad de México).

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Tortura**

Torture

○ **Derechos humanos**

Human rights

○ **Delito**

Crime

○ **Punibilidad**

Punishability

Resumen. Recién ha entrado en vigor la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. El Dr. Luis de la Barreda se congratula. Mas no deja de advertir deficiencias en dicha ley que califica de “absurdas”. Una en particular le parece aborrecible: el no calificar como “grave” el dolor o sufrimiento que es propio de la práctica de la tortura, puede dar lugar a abusos en contra de autoridades que cumplen con su deber. En este breve texto bautiza un fenómeno al que, desgraciadamente, nos hemos acostumbrado gracias a las “buenas conciencias”: el racismo biempensante.

Abstract. The Mexican Law about torture has just been publish. These is an important progress for Mexico in the defense of human rights but this law has several problems that the author of this article classifies as nonsense. That is because these law doesn't classifies as a serious misconduct the pain and suffering on the torture. That error can consent several abuses against the authorities.

La Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes ha entrado en vigor. Desde luego, es plausible que un abuso de poder tan grave sea objeto de una ley general, cuyas pautas estarán obligados a seguir todas las legislaturas del país. Sin embargo, la ley padece deficiencias absurdas que abren la puerta a mayúsculas injusticias. Señalaré aquí dos de ellas —no las únicas—, creo que las más escandalosas.

I.

Se prevén varios supuestos de tortura. Uno de ellos —el que se refiere a la forma más antigua y usual de ese delito— está definido como la conducta del servidor público que con cualquier finalidad “cause dolor o sufrimiento físico o psíquico a una persona”.

En esa definición se omite calificar como grave el dolor o sufrimiento que debe caracterizar a la tortura. Es decir, incluso el dolor levisimo causado injustificadamente por un servidor público configura el delito de tortura. Es inimaginable un absurdo mayor.

El motivo de esta sinrazón es que académicos, ong’s y funcionarios internacionales de derechos humanos instaron a los legisladores a eliminar la palabra *graves* porque ésta no aparece en la definición de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, soslayando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encargada de interpretar y aplicar la

Convención, en todos los casos de que ha conocido sobre el particular solo ha considerado que hay tortura si el dolor o sufrimiento generado por el servidor público es de intensidad considerable. El mismo criterio ha seguido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No solo la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo han procedido con tal criterio: no se encontrará en parte alguna del mundo una sentencia condenatoria por tortura en la que el juzgador o los juzgadores no hayan estimado que fue grave el dolor ocasionado. De otro modo estaríamos ante condenas demenciales.

La figura delictiva en los términos en que ha quedado definida en la ley general da lugar a absurdos e injusticias terribles: la causación del dolor o sufrimiento más leve, como un apretón no muy fuerte con la mano, un ligero pellizco o unas palabras de reproche (pues el dolor o sufrimiento también puede ser psíquico) del policía que detiene legalmente a un presunto delincuente, constituiría tortura.

Ese policía, por haber oprimido ligeramente el brazo del detenido, haberlo pellizcado de la misma forma o haberle reprochado verbalmente su conducta, se haría acreedor a una punibilidad ¡de 10 a 20 años de prisión!, casi como si le hubiera causado de manera intencional la muerte, pues al homicidio simple doloso se le asigna en el Código Penal Federal una sanción de 12 a 24 años de cárcel. Repito: no se puede imaginar mayor absurdo.

De acuerdo, el policía no debe apretar innecesariamente el brazo ni

pellizcar ni recriminar al detenido, pero sería disparatado y una monstruosidad injusta que por alguno de esos comportamientos se le condenara como culpable del delito de tortura.

Para evitar tal monumental desatino debió incluirse el calificativo *grave* como lo hacen todos los instrumentos internacionales salvo la mencionada Convención Interamericana. Desde luego, lo incluye la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU, cuya definición de tortura fue adoptada expresamente por el Protocolo de Estambul, que es la guía internacional para examinar a las personas que se presume han sido torturadas.

Sería en extremo irrazonable e inícuo que al servidor público que causara a una persona un dolor o sufrimiento leve se le considerara autor del mismo delito que al que infligiera a la víctima un dolor o sufrimiento insoportable. La punibilidad aplicable es de 10 a 20 años de prisión. ¡El juez tendría que aplicar un mínimo de 10 años de cárcel al servidor público que infligiera un ligero dolor o sufrimiento a alguien!

Un policía que fuera condenado a 10, 15 o 20 años de prisión por oprimir sin demasiada fuerza el brazo del detenido, por pellizcarlo tenuemente o por dirigirle una frase desaprobatoria estaría siendo víctima de una kafkiana injusticia. Se estaría violando en su perjuicio el principio de proporcionalidad entre la magnitud del delito y la pena aplicable. Se estarían violando de manera por demás grave sus derechos humanos. Se le estaría arruinando la vida

por una conducta que no amerita en justicia esa penalidad desmesurada. Y también los policías —parecen ignorarlo u olvidarlo los funcionarios internacionales, las ong's, los legisladores y aun los ombudsman— son titulares de derechos humanos.

En su *Tratado de los delitos y de las penas*, publicado por primera vez en Milán en 1764, y cuya lectura debiera ser obligatoria para todo legislador en materia penal, el Marqués de Beccaria escribió que la severidad de las penas debe corresponder a la gravedad del delito no solo por una consideración de justicia sino porque: “Si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor cuando hallen en él unida mayor ventaja”.

II.

Existe cierto racismo que no es condenado por los organismos protectores de derechos humanos ni por los activistas y académicos que simpatizan con estos derechos. Por el contrario, ese racismo es impulsado y promovido por tales organismos, activistas y académicos. Es un racismo biempensante, grato a las buenas conciencias, está motivado por el afán de redimir la culpa histórica de las ofensas infligidas a ciertos grupos étnicos.

Ese racismo está presente en la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El

artículo 27 aumenta en una mitad la punibilidad, ya de por sí excesiva —10 a 20 años de prisión—, cuando la motivación para cometer el delito sea “la condición de persona migrante o afrodescendiente, la pertenencia a un pueblo o comunidad indígena de la víctima, o cualquier otro (sic) equiparable”.

Pensemos por un momento que se hubiese establecido en la ley, como supuesto para el aumento de la penalidad, la motivación de que la víctima fuera eurodescendiente o caucásica. La protesta se extendería al mundo entero. La ley no agrava la pena si el agraviado es asiodescendiente (¿está bien dicho?), judío torturado por un nazi, creyente torturado por su creencia, ateo torturado por un fanático religioso, hombre o mujer torturado por una pareja celosa de las miradas que atrae, un Cuasimodo torturado por su fealdad física o una mujer bellísima torturada por su belleza.

El agravamiento de la punibilidad se justifica cuando, además del bien jurídico tutelado en la figura delictiva básica, se lesiona otro bien jurídico, o cuando la conducta del sujeto activo del delito es de una crueldad extrema. Es correcto que se agrave la punibilidad cuando, por ejemplo, la víctima sea una niña, un niño, un adolescente o una mujer embarazada, pues se afecta el desarrollo psicoemocional del infante, el muchacho o el feto; cuando se trate de una persona con discapacidad o un anciano, pues una y otro se encuentran en condiciones de gran vulnerabilidad. En todos esos casos, además, la tortura sería inferida con crueldad extrema.

No hay justificación, en cambio, cuando lo que se toma en cuenta para el aumento de la pena es la discriminación y el abuso que han sufrido ciertos grupos, pues debe observarse el principio de igualdad de todos ante la ley. Tan reprochable es torturar a un migrante, un afrodescendiente o un indígena que no se encuentren en los supuestos enumerados en el párrafo anterior como torturar a cualquier otra persona, con independencia de su condición migratoria, su ascendencia o su origen étnico. No es función de la ley penal tomar desquite de agravios históricos.

En todos los casos de tortura, sin excepción, la víctima se halla en un estado de absoluta indefensión. Sin esa indefensión total no hay tortura. Esto es precisamente lo que le confiere al delito su gravedad, su calidad aborrecible: la vulnerabilidad ilimitada del agraviado, sea cual fuere su origen nacional o étnico, su calidad migratoria o cualquier otra particularidad.

Dentro del amplísimo intervalo de punibilidad que fija la ley, el juez, en la sentencia condenatoria, debe elegir un punto específico de acuerdo con el grado de culpabilidad —reprochabilidad— del torturador en el caso que se está juzgando. Esa reprochabilidad no puede depender de la condición étnica o migratoria de la víctima sino principalmente de la intensidad que haya alcanzado el sufrimiento que se le ha inferido.

Por otra parte, resulta excesivo que se aumente hasta con una mitad la punición. De por sí la punibilidad básica es excesiva: el declarado culpable del

delito de tortura puede ser condenado a una pena mucho mayor que el declarado culpable de un homicidio doloso (recordemos: a este delito el Código Penal Federal asigna una punibilidad de 12 a 24 años de prisión). Aumentar la punición hasta una mitad más en caso de que se presente una agravante podría dar lugar a que un condenado por el delito de tortura pasara en la cárcel ¡30 años! Y como ya apunté, la ley considera tortura la causación del más in-significante dolor o sufrimiento.

III. TELÓN

No obstante la insensatez de las disposiciones aquí comentadas, fue vigorosa la defensa que de ellas hicieron —exitosamente— organismos protectores de derechos humanos, funcionarios internacionales y activistas. Goethe nos recordó que se ha dicho muy certeramente: “Quien quiera engañar a los hombres deberá, ante todo, hacer plausible lo absurdo”.

*Villa Coyoacán, Ciudad de México.
Otoño de 2017*

EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN BAJA CALIFORNIA SUR

● Erasmo Palemón Alamilla Villeda*

* Procurador General de Justicia en Baja California Sur.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Sistema Penal Acusatorio**

Accusatory criminal system

○ **Partidos judiciales**

Judicial parties

○ **Centro de Justicia**

Justice center

○ **Código Nacional de Procedimientos Penales**

National Code of Criminal Procedures

Resumen. En este artículo se explica cómo el estado de Baja California Sur logró la implementación del nuevo sistema penal a pesar de las vicisitudes enfrentadas a lo largo del proceso.

Abstract. This article explains how the state of Baja California Sur achieved the implementation of the new criminal system despite the difficulties that they have experimented in the process.

SUMARIO:

I. El sistema penal en BCS. II. Éxitos y retos. III. Las lecciones aprendidas. IV. Fuentes de consulta.

I. EL SISTEMA PENAL EN BAJA CALIFORNIA SUR

Sudcalifornia tiene cinco municipios que, para efectos de demarcación en impartición de justicia, se denominan partidos judiciales y son identificables con el mismo nombre:

Comondú	La Paz
Loreto	Los Cabos
Mulegé	

El sistema penal acusatorio cobró vigencia en los partidos judiciales, en distinto momento y bajo el siguiente orden:

Comondú	1 de julio de 2015
La Paz	1 de enero de 2016
Loreto, Los Cabos y Mulegé	17 de junio de 2016

En la implementación del sistema penal acusatorio, Baja California Sur enfrentó las vicisitudes propias de un cambio paradigmático que no termina de comprenderse en la ciudadanía, como acontece en todas las entidades federativas; superar un cambio de sistema de impartición de justicia que duró cien años, no es fácil. Además de la problemática de adaptar todos los recursos

humanos y materiales y, en especial, contar con lo indispensable para “echar a andar” con lo estrictamente indispensable representó un reto mayúsculo para el titular del Ejecutivo de BCS, en tanto asumió la responsabilidad como tal. En menos de cuatro meses debía contar con instalaciones del Centro de Justicia en la capital del estado, y no se veía por dónde pudiese estar concluida la obra ... y se logró. BCS inició en el lugar 31, a nivel nacional, en el avance de la puesta en marcha, del sistema con el augurio de que quizá no iniciaríamos en los tiempos establecidos.

Es relevante aludir al sistema que hemos dejado atrás. Si bien ahora todo gira en torno al nuevo sistema de justicia, estimamos responsable despedir “por la puerta de enfrente” a la forma de procurar justicia que por años fue utilizada.

A los operadores de esta nueva forma de procurar e impartir justicia nos corresponderá explicar al ciudadano en qué estriba el paso que constituye ese cambio, así lo cité desde el año 2010 (Alamilla Villeda, 2010, p. 388). En tanto, cobraba fuerza la Reforma de Seguridad y Justicia 2008-2016, la polémica alcanzaba niveles altos y para los profesores constituía una obligación adentrarnos en el nuevo esquema de enseñanza para nuestros alumnos:

de ahí que me pronuncio por realizar un análisis de ese tipo, en aras de conocer pros y contras de ambas estructuras procesales con sus alcances y con lo que representan para *el ciudadano de a pie*, el que no entiende de corrientes de pensamiento, el que no sabe del proceso o del juicio oral, el que reclama, porque merece justicia.

Al iniciar esta administración gubernamental, con el compromiso de concluir el inicio y la consolidación del sistema penal acusatorio, fue posible contabilizar 32,249 expedientes de averiguación previa en trámite en toda la entidad, al 31 de diciembre de 2015. Mientras se puso en vigencia el nuevo sistema, y a pesar de la confusión respecto de la forma de iniciar las carpetas de investigación, iniciamos otras 5,084 y de ese gran total de 37,333 expedientes, a la fecha de elaboración de estas líneas, tenemos en trámite solo 829 expedientes; estas cifras nos dicen que hemos atendido a los denunciantes o querellantes y dimos destino legal a 98.04 % de asuntos. No descansaremos hasta que todos estén resueltos.

Las víctimas u ofendidos de asuntos previos a la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales merecen la misma atención que los del nuevo sistema. El reto es que al concluir 2017, es decir, a un año y seis meses de que entró en vigor el nuevo sistema en toda la geografía de Sudcalifornia, el sistema tradicional esté concluido en la metodología de investigación; no entendemos la consolidación de un nuevo sistema de justicia penal si en el anterior dejamos asuntos en el “olvido”. Sin duda el Poder Judicial del estado deberá hacer un esfuerzo mayúsculo para concluir todos los procesos penales en sus instancias y en los supuestos de interposición de juicios de garantías, con las consecuencias de sus alcances.

Después de acotar lo relativo al sistema tradicional, estimamos útil aludir a tres aspectos que son, en nuestro

concepto, relevantes para la mejor comprensión del tema; lo anterior ya que al asumir la responsabilidad que mucho me distingue realicé un ejercicio con mis compañeros agentes del Ministerio Público y en un periodo de tres meses les expuse la visión, con los antecedentes que visualicé con relación a ese cambio en la forma de procurar e impartir justicia. Así, en sesiones de lunes a viernes en La Paz y los sábados en Los Cabos les expuse:

- Una breve referencia a los historiales de los sistemas de justicia penal, pues me convencí que no es lo mismo el sistema acusatorio clásico que el sistema acusatorio moderno, que no en todos los supuestos del Código Nacional de Procedimientos Penales estamos ante la presencia de un sistema acusatorio adversarial, solo en el procedimiento abreviado y en los criterios de oportunidad (SCJN, 2013).
- Además de la importancia de la teoría del delito, que impacta hasta en la necesidad de contar con un Código Penal Nacional (Alamilla Villela, 2016) ya que en México no hay armonía entre la Constitución de la República y la ley sustantiva de la materia, solo con el Código Nacional de Procedimientos Penales, con lo que ello implica.
- La evolución legislativa del proceso penal a partir de la Carta Magna de 1917, para conocer el devenir procesal en la estructura que apareció

hace un siglo, la Reforma 93-99 que no podemos perder de vista a fin de superar las vicisitudes de esos tiempos ahora que por fin estamos colmando la necesidad de actualizarnos en materia procesal penal, el esfuerzo de los estados que iniciaron con el sistema actual, el Código Modelo de la CONATrib, la Iniciativa con Proyecto de Decreto del Código Federal de Procedimientos Penales de 2011, para así llegar al Código Nacional, del que elaboramos su explicación en un solo plano, como lo expuse en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.¹

Así, en forma especial, con la preparación que recibió el personal de la Procuraduría General de Justicia de Baja California Sur, por las instituciones que se involucraron en su capacitación bajo la coordinación de la otrora Secretaría Técnica para la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal y los muy modestos comentarios que refiero en el párrafo próximo anterior, caminamos en el día a día y tenemos ya lecciones aprendidas, pues la mejor teoría no cobra vigencia en tanto no se realiza en la práctica.

Faltan muchos caminos por recorrer y bien podemos afirmar que si el sistema que se abandona muestra deficiencias a cien años de su implementación,²

¹ En un evento que se realizó el 9 de julio de 2014 y que es base de explicación de mi obra que aparece en la cita próxima anterior.

² De esa manera nos enteramos que en un proceso penal que se sigue por la comisión de un delito contra la salud, se dictó sentencia después de veintiocho años; asunto en el que tuve el privilegio de actuar como agente del

en esta nueva forma de procurar e impartir justicia, a tres años seis meses de que cobró vigencia el Código Nacional, habrán de realizarse algunos ajustes. Lo importante es convencernos de lo que ahora representa el principio de inmediación, la garantía de la defensa técnica, comprender que el proceso para las partes es en igualdad de circunstancias, lo que es también un reto para los agentes del Ministerio Público, entre otras muchas cosas.

II. ÉXITOS Y RETOS

Nos complace compartirles el éxito más grande que representa para la sociedad de Sudcalifornia por la puesta en marcha del nuevo sistema, y lo es la justicia alternativa que vino a resolver una problemática para la víctima o el ofendido quien al materializarse esa satisfacción de reparación siente el beneficio de la entrada en vigor del sistema acusatorio-adversarial; así, para el particular y la sociedad en su conjunto y el estado, en vista de que no se tramitarán un sinnúmero de procesos penales representa la mejor opción de atención para el denunciante o querellante como lo representamos en el cuadro 1.

Ministerio Público Federal en mi ingreso a la Procuraduría General de la República en el año de 1989. Además, con pena escuchamos a un padre reclamar que a diez años del secuestro y asesinato de su hija, no se dicta sentencia aún, esto por citar solo dos casos de la infinidad de temas que acontecen en el día a día; luego entonces, superar esas complejidades procesales es un reto en el nuevo sistema y razón de más para establecer que el anterior modelo ya está superado.

Cuadro 1. Reparación y carpetas de investigación

Partido judicial	Monto de reparación	Número de carpetas
Comondú	\$ 729,374.94	121
La Paz	\$ 4'626,970.35	372
Loreto	\$ 296,174.53	33
Los Cabos	\$ 4'596,783.24	279
Mulegé	\$ 688,690.26	160
	\$ 10'937,993.32	965

Además de que otras 1704 carpetas de investigación se resolvieron en tres diversas modalidades.

Plan de restitución de especie	Disculpa pública o privada	Compromiso de no repetición de la conducta
--------------------------------	----------------------------	--

Con la siguiente numeralia por partido judicial:

Comondú	375
La Paz	361
Loreto	17
Los Cabos	917
Mulegé	34

Para hacer un total 2669 asuntos que, en el anterior sistema procedimental el único destino era el Juzgado de Primera Instancia. En su inmensa mayoría se iniciaba un camino tortuoso en el que las víctimas u ofendidos sufrían un desgaste y, sin obtener reparación alguna, terminaban por enfadarse y

lamentar lo penoso del sistema penal y despotricaban en contra del juez, del agente del Ministerio Público y hasta de sus abogados; ese era el escenario del México de todos los días en la materia procesal penal.

Lo anterior no quiere decir que solo hayamos sido capaces de transitar por los caminos de la justicia alternativa; desde luego que no, a mis compañeros les obsequiaron ya un número considerable de órdenes de aprehensión, la aplicación de medidas cautelares, su revocación en tanto no se cumplen, autos de vinculación a proceso, hay procedimientos abreviados y sentencias condenatorias. En 2016 dentro del incipiente inicio de las actividades de procuración de justicia en el sistema acusatorio, de 15 fallos de los tribunales de enjuiciamiento, 13 fueron sentencias condenatorias, para un 86.67 % de efectividad.

Lo anterior se ha llevado a cabo con un alto grado de complejidad para todos y cada uno de los que integramos la institución de procuración de justicia. En el ámbito de nuestra responsabilidad y con los obstáculos propios de

todo comienzo, reconocemos que también hay traspies que superamos con sencillez, para no perder el sentido de protección, trato amable y cordial a las víctimas y ofendidos, para quienes trabajamos, como respuesta del estado a la comisión del delito.

El nuevo procedimiento penal se rige por sus propias figuras jurídicas, que ya en nuestro trabajo *La Secuencia del Procedimiento Penal en el Código Nacional* desglosamos. Así, debemos seguir trabajando en la armonización entre operadores, en forma especial, con los famosos “criterios” de los jueces que a base de realizar diversos “conversatorios”, de aceptar nuestras fallas y optimizar nuestros aciertos. De esta manera nos ha sido posible caminar en el devenir de la etapa de transición y seguiremos en esa sintonía con la idea de avanzar y consolidar lo que hace escasos veinticuatro meses se veía muy lejano.

III. LAS LECCIONES APRENDIDAS

En cuanto a trámites procesales y sus consecuencias, Sudcalifornia no pretende establecer un parangón con ninguna otra entidad federativa, menos con las que conocen del tema desde antes de la Reforma de Seguridad y Justicia de 2008, pues en tanto aquí comenzamos a acudir a nuestras primeras audiencias, en otros lugares ya venían de vuelta con muchos logros en la mano; en tanto nosotros contábamos por miles nuestros expedientes de averiguación previa, ellos ya tenían

el trámite en sus carpetas de investigación y el sistema tradicional ya no estaba en su escenario. Y lo expresamos en líneas precedentes: es indispensable incrementar las lecciones aprendidas y nosotros en eso estamos.

En fecha reciente apareció una publicación muy respetable en la que nos colocaron en el último lugar en la implementación del proceso penal acusatorio. No compartimos ese punto de vista porque, como reza la frase *no podemos medir igual a los desiguales*, pues a Baja California Sur le correspondió poner en marcha su nuevo modelo procesal en el último tramo de la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia 2008-2016; si bien es una entidad federativa con 764,000 habitantes, los que procuramos justicia actuamos en forma proporcional a la población que la integra; de ahí que, para ceñirnos a la métrica que se ha vuelto común y para el reto que enfrentamos y deberemos consolidar, contamos con:

18 Agentes del Ministerio Público	12 peritos	32 Agentes de Investigación
POR CADA CIEN MIL HABITANTES		

Los que procuramos justicia en BCS sentimos el privilegio de tener la relación más atenta y cordial con los operadores del sistema procesal acusatorio en la entidad, y el respaldo de instituciones nacionales y del extranjero para avanzar en la consolidación de un sistema que nos sitúe dentro de un plano armónico a nivel nacional y que a México le

permitirá colocarse en el lugar que le corresponde en el plano internacional.

IV. FUENTES DE CONSULTA

- Alamilla Villeja, E. P. (2010). *Interpretación a la transición del proceso penal en México 2000-2016*. México: ALMA.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). *Del sistema inquisitorio al moderno sistema acusatorio en México*. México: SCJN.

Cómo publicar en

REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES

REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES, editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) en Ciudad de México, publica artículos que son el resultado de investigaciones científicas originales sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio, incluidos aquellos pertenecientes a la parte general y a la parte especial del Derecho penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas cuyo objetivo es difundir y propiciar la reflexión, el estudio y el análisis del trabajo desarrollado por autores reconocidos en los ámbitos nacional e internacional.



ENVÍO ELECTRÓNICO

Los trabajos deben entregarse en formato Microsoft Word, en letra Times New Roman de 12 puntos, con interlineado de 1.5, en hoja tamaño carta, con márgenes superior e inferior de 2.5 cm, y derecho e izquierdo de 3 cm, a la dirección: publicaciones@inacipe.gob.mx



ESPECIFICACIONES

Los documentos deberán ser colaboraciones originales que no hayan sido publicadas en ningún otro medio. Asimismo, incluirán, en su primera página, título, índice, resumen analítico (de 100 palabras aproximadamente) y 4 palabras clave; en relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, adscripción institucional y correo electrónico. El texto deberá ser como mínimo de 10 cuartillas y no debe rebasar las 25, tomando en cuenta las características del formato señaladas en el punto anterior. Esta cantidad, en casos extraordinarios, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen correspondiente o del acuerdo entre el autor y el Comité Editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apegarse a las normas ISO 690:2010, consultables en <http://goo.gl/DuRX4x>



CALENDARIO

La fecha límite para la recepción de las colaboraciones será de dos meses antes de la temporalidad de la publicación, por lo tanto, al ser *Revista Mexicana de Ciencias Penales* una revista trimestral, la cual comprende los periodos de enero a marzo, de abril a junio, de julio a septiembre y de octubre a diciembre, los trabajos se recibirán en noviembre, para el primer número anual, en febrero, para el segundo, en mayo, para el tercero y en agosto para el último número del año.



PROCESO DE DICTAMINACIÓN

Los trabajos se someterán a la evaluación del Comité Editorial siguiendo el sistema doble ciego. Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus colaboraciones mediante el resultado del dictamen, el cual puede ser "publicable", "no publicable" o "publicable con observaciones". Dicha información se hará llegar a los autores un mes antes de la periodicidad de la revista, esto es, en diciembre, para el primer número anual; en marzo, para el segundo; en junio, para el tercero y en septiembre, para el último número del año. La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del correspondiente número de la publicación.



DERECHOS

Es condición indispensable para la revista que el autor o autores cedan en exclusiva los derechos de reproducción. Si acaso surgieran peticiones del autor o de terceros para la reproducción o traducción completa o parcial de los artículos en otros medios o publicaciones, será competencia del Comité Editorial la autorización de dicha solicitud. En este sentido, se deberá indicar que la obra ha sido publicada previamente en el correspondiente número de la revista.



DOMICILIO POSTAL

Los artículos podrán ser entregados, de igual modo, en respaldo impreso y en archivo electrónico (en un disco) a la siguiente dirección postal: calle Magisterio Nacional número 113, colonia Tlalpan Centro, Delegación Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México.