

Revista Mexicana de Ciencias Penales

ISSN 0187-0416

Año 5

Número 17

mayo-agosto de 2022

\$100.00

Procuración de justicia



- Las instituciones policiales y la presunción de adolescencia, polos fundamentales de la justicia penal para adolescentes
Eduardo Lozano Tovar
- El acceso a la justicia en México: Entre la legalidad y la justicia por propia mano
Héctor Agustín Laguna Juárez
- El análisis del testimonio desde una concepción racional de la prueba
Jesús García Márquez
- Violencia institucional en México. Elementos para su análisis
Guadalupe Irene Juárez Ortiz



FGR
FISCALÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



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.

Año 5. Número 17. mayo-agosto 2022

ISSN 0187-0416



· I N A C I P E ·

INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

DIRECTORIO

H. JUNTA DE GOBIERNO

Alejandro Gertz Manero

Fiscal General de la República y Presidente de la H. Junta de Gobierno del Instituto Nacional de Ciencias Penales

Juan Ramos López

Fiscal Especializado de Control Competencial

Germán Adolfo Castillo Banuet

Fiscal Especializado de Control Regional

Alfredo Higuera Bernal

Fiscal Especializado en materia de Delincuencia Organizada

Francisco Santiago Sáenz de Cámara Aguirre

Oficial Mayor de la Fiscalía General de República

Luis Rodríguez Manzanera

Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales

Pedro Salazar Ugarte

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

María Elena Álvarez Buylia

Directora General del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología

Arturo Serrano Meneses

Titular del Órgano Interno de Control de la Fiscalía General de la República

Claudia Elena de Buen Unna

Presidenta de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados

INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

Gabriela Alejandra Rosales Hernández

Secretaría General de Extensión

Gerardo Toxky Miranda

Subdirector de Publicaciones

COMITÉ EDITORIAL

Luis de la Barreda Solórzano

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Marta Lamas Encabo

Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Tecnológico Autónomo de México

Gerardo Laveaga

Titular de la Unidad de Transparencia y Políticas Anticorrupción, Secretaría de la Función Pública

Sergio López Ayllón

Centro de Investigación y Docencia Económicas

Elisa Speckman Guerra

Academia Mexicana de Ciencias Penales

Pedro Salazar Ugarte

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Alejandra Silva Carreras

Consejo consultivo del Centro Histórico del Estado de San Luis Potosí

Diseño editorial

Lizeth Violeta Méndez Guadarrama

Daniel Leyte Muñiz

José Antonio Guzmán Maldonado

Editor

Victor Fernando Gálvez García

Correctora de estilo y edición

Irene Bárcenas Jara

REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES, año 5, No. 17, mayo-agosto 2022.

Es una publicación cuatrimestral editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, a través de la Dirección de Publicaciones y Biblioteca. Calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Alcaldía Tlalpan, C. P. 14000, Ciudad de México, México. Tel. 5487 1571; www.inacipe.gob.mx; e-mail: publicaciones@inacipe.gob.mx. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2017-080214584200-102. ISSN: 0187-0416, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de Título y contenido: 17106. Expediente: CCPRI/3/TC/18/21019 otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

Impresa por Lito Roda S.A. de C.V., calle Escondida no. 2, Col. Volcanes, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14640, Ciudad de México. Este número se terminó de imprimir en mayo de 2022 con un tiraje de 500 ejemplares.

Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente reflejan la postura del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

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

Editorial	IX
-----------	----

TENDENCIAS ACTUALES

Raudiel F. Peña Barrios

● <i>El arrebato como modalidad del delito de robo con violencia o intimidación en las personas en Cuba. Análisis desde la teoría del tipo penal</i>	3
--	---

Jesús García Márquez

● <i>El análisis del testimonio desde una concepción racional de la prueba</i>	31
--	----

Juan Abelardo Hernández Franco

● <i>Elementos para aplicar el método del caso en la formación jurisdiccional y de fiscales</i>	53
---	----

CIRCUNSTANCIAS EN LA PROCURACIÓN E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

Eduardo Lozano Tovar

● <i>Las instituciones policiales y la presunción de adolescencia, polos fundamentales de la justicia penal para adolescentes</i>	73
---	----

Héctor Agustín Laguna Juárez

● <i>El acceso a la justicia en México: Entre la legalidad y la justicia por propia mano</i>	97
--	----

Guadalupe Irene Juárez Ortiz

● <i>Violencia institucional en México. Elementos para su análisis</i>	119
--	-----

Moisés Omar Ramírez Torres

● *Prisión preventiva oficiosa (Artículo 19 constitucional segundo párrafo)*

¿Oficiosamente? ¿Debe justificarse? _____ 133

VISIONES PARA EL FUTURO

Salvador Hernández Garduño,

● *Nava Tovar, Alejandro, Populismo punitivo.*

Crítica del discurso penal moderno _____ 163

Desde hace varios años, en México dolorosamente presenciamos todos los días una escalada, tanto en números como en intensidad, de los delitos violentos. Lamentablemente, hasta el momento nuestro sistema de justicia no ha sido capaz de responder de manera adecuada a esta situación. Todavía es la gran mayoría de los casos la que queda impune; todavía no se han logrado generar los mecanismos necesarios para revertir la opinión negativa que la población en general tiene sobre los procesos de impartición de justicia y para asegurar que las personas denunciantes no serán revictimizadas. Más preocupante aún es el hecho de que siguen saliendo a la luz evidencias de autoridades que, por ineficacia o colusión, entorpecen las investigaciones y perjudican el derecho a la justicia de las personas en situación de víctimas. El caso Ayotzinapa ha quedado como el ejemplo más emblemático de este problema; sin embargo, cada día se suman nuevos ejemplos.

Ante esta situación, en la que el sistema de procuración de justicia carece de la fortaleza requerida para ofrecer justicia y respetar a cabalidad la aplicación del Estado de derecho por medio de la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal, fenómenos como los justicieros anónimos —individuos que, ante la ineficacia del sistema deciden tomar la justicia en sus manos— se tornan cada vez más frecuentes y la impunidad se convierte en la regla. Ejemplo de esto es la enorme cifra de impunidad de los delitos de feminicidio, en los que aproximadamente el 95% de los casos no llegan a sentencia.

En este contexto, en este número nos dimos a la tarea de repensar desde diferentes ángulos la siempre compleja tarea de la procuración de justicia, con el deseo de que estos textos aporten argumentos necesarios para la discusión sobre las más idóneas formas de que las autoridades cumplan su obligación de dar certeza jurídica y proteger y no vulnerar los derechos de la población; tareas necesarias que debe llevar a cabo el Estado con el fin de asegurar que existan el bienestar y la gobernabilidad básicas para mantener un Estado democrático de derecho.

TENDENCIAS ACTUALES

EL *ARREBATÓN* COMO MODALIDAD DEL DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS EN CUBA. ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DEL TIPO PENAL

● Raudiel F. Peña Barrios *

* Jurista. Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor (adjunto) de Derecho Constitucional en la Universidad de La Habana. Doctorante en Ciencias Jurídicas. El autor quiere agradecer a los doctores Carlos Alberto Mejías Rodríguez, profesor de la Universidad del Valle de Puebla, México, y Arnel Medina Cuenca, profesor de la Universidad de La Habana, Cuba, por sus aportes a este trabajo.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

● **Robo**

Robbery

● **Violencia**

Violence

● **Intimidación**

Intimidation

● **Elementos normativos**

Normative elements

● **Cuba**

Cuba

- Fecha de recepción: 31 de marzo de 2020
- Fecha de aceptación: 27 de octubre 2020

Resumen: En este artículo se analiza la regulación jurídica y la práctica judicial en Cuba en torno al *arrebato* como especie del delito de robo con violencia o intimidación en las personas (en adelante *el robo*). Se valorarán las especificidades de su regulación en el Código Penal y algunos criterios de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular. A partir de la teoría del tipo penal y sus elementos constitutivos se realizará un estudio de dicha variante delictiva, proponiendo algunas ideas para una interpretación judicial más garantista de esta, dada su similitud con manifestaciones del delito de hurto.

Abstract: This article analyzes the juridical regulation and the judicial practice in Cuba around the *arrebato* like species of the crime of robbery with violence or intimidation in people (onwards, *the robbery*). The specificities of its regulation in the Penal Code and some opinions of the Criminal Chamber of the Popular Supreme Court will be assessed. From the theory of the penal type and their constituent elements a study of this criminal variant will be carried out, proposing some ideas to an interpretation more guarantee-based of this, taking into account their potential similarity with the manifestations of the crime of theft.

SUMARIO:

I. Introducción. Breve acercamiento a la teoría del tipo penal y sus elementos constitutivos. II. Análisis teórico-doctrinal del *arreatón* como modalidad del robo con violencia o intimidación en las personas. III. El delito de robo con violencia o intimidación en las personas en el Código Penal cubano. Especial referencia al *arreatón*. IV. La práctica judicial cubana y el *arreatón*. Observaciones críticas al respecto. V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN. BREVE ACERCAMIENTO A LA TEORÍA DEL TIPO PENAL Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Un primer paso a cumplimentar es la definición de los elementos que desde la teoría del tipo penal permiten identificar la utilidad práctica del tipo, en tanto paradigma en la configuración de las conductas sancionables desde el derecho penal. Y es que ningún texto legal, ni aún los más minuciosos, detallistas y casuísticos, puede llegar al extremo de regular todos los supuestos de la realidad. Por ello, en la sistemática de los códigos penales, como en cualquier otra disposición normativa (Fernández, 2001: 118, 119; Cañizares, s/a: 115), se emplean conceptos o términos cuyo contenido ha de ser interpretado, incluso debiendo acudir el intérprete a la revisión de otras disposiciones normativas (Polaino, 2017: 147). Esta realidad, que muchas veces es cotidiana para los operadores del derecho, requiere del conocimiento de cuestiones de alto contenido iusfilosófico y teórico.

El tipo delictivo no es el hecho punible, sino uno de sus elementos. El hecho punible comprende el supuesto fáctico como soporte real del delito y todos los atributos jurídicos que lo convierten en el presupuesto legal de la aplicación de la pena. En ese ámbito, el tipo se limita al establecimiento conceptual de la figura formal del hecho punible. No debe confundirse el tipo con el artículo, inciso, párrafo, parte o disposición legal que lo contiene. Estos pueden vincular uno o varios tipos a una pena. Desde el punto de vista dogmático, el tipo constituye la característica jurídica del hecho punible que representa la base fáctica alrededor de la cual giran la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad (Núñez, 1999: 139).

El proceso fundamental dentro de la tipicidad respecto de sus elementos descriptivos y normativos, y en especial su eje esencial que es la acción, no

es el de causalidad sino el de atribución. De lo que se trata es de relacionar, desde el bien jurídico, una acción concreta realizada con el modelo de acción prohibida por el tipo penal. Es necesario precisar qué acciones son atribuibles a un tipo, lo que a su vez implica definir la manifestación del ámbito situacional que recoge el tipo legal. La acción no es en sí, sino con sus circunstancias, por lo que no puede subsumirse dentro de cualquier tipo toda acción humana (Bustos, 1989: 168). El valor rector en el ámbito de la tipicidad es el bien jurídico protegido, que resulta la base sobre la cual se construyen las hipótesis delictivas, posibilitándose así la interpretación del tipo penal a partir del bien jurídico, postura dominante aún hoy en la doctrina y la jurisprudencia comparadas (Camaño y Donnagelo, 1998: 11). Por ende, no puede existir un tipo penal sin la pretensión de salvaguardar un bien jurídico, valorando que la acción o conducta constituye el núcleo o los núcleos en la descripción de los tipos penales. Esta descripción puede estar caracterizada por los verbos rectores que identifican la conducta, la cual puede ser de acción, omisión o por comisión por omisión.

Las ideas precedentes guardan especial relación con una de las funciones propias del bien jurídico, que es la de servir de guía de interpretación. Una vez identificado el bien protegido en el delito, la interpretación (teleológica) podrá excluir del tipo respectivo las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien (Mir, 1985: 106). De tal forma, si en un delito de robo lo que se ataca es el patrimonio, directamente, y a la vida e integridad física, de forma indirecta, habría que sopesar en su justa medida la manifestación de todos los elementos del tipo penal, descriptivos y normativos. Solo así puede delimitarse si se ha producido una lesión de los bienes jurídicos protegidos por el tipo, considerando que en el ejemplo comentado se trata de un delito pluriofensivo, aspecto este último sobre el que volveremos más adelante.

En una primera aproximación a la temática de los elementos constitutivos de los tipos penales, Beling planteó que estos eran ajenos al valor, o sea, solo se configuraban con base en elementos descriptivos-objetivos. Los mismos pueden ser identificados con su sola percepción sensorial, por lo que se trata de conceptos o expresiones que no requieren de un ejercicio profundo de análisis (p. ej. motor, mujer, bosque). Su contenido es accesible sin dificultades, al basarse en constataciones reales comprobables con facilidad (Bustos Ramírez, 1989: 168; Quisbert, 2008: 85-87). Max Ernst Mayer fue el primero que identificó la existencia de elementos normativos, siendo los representantes de la escuela neoclásica o técnico-jurídica (Binding,

Manzini, Rocco, entre otros) los que tienen el mérito de notar que en el tipo penal se insertan elementos que no son descriptivos —tal y como sostenían los clásicos—, sino de naturaleza normativa o subjetiva (Garrido, 2003: 20). Empero, es de significar que Mayer seguía partiendo en principio del carácter no valorativo del tipo penal, pues hacía depender su realización como un indicio de la antijuridicidad (Roxin, 1997: 282).

Roxin, al sistematizar con coherencia las conectivas lógicas de los aportes a la teoría del tipo penal de su colega alemán, establece que los elementos del tipo se perciben, por regla general, mediante los sentidos. Esta característica no se manifiesta en los elementos normativos, como puede ser la ajenidad de una cosa, puesto que no pueden captarse por medio de la percepción sensorial. Requieren de valoraciones y estas no pertenecen en esencia al tipo, sino a la antijuridicidad. Por tanto, los elementos normativos son auténticos elementos de la antijuridicidad. Ellos no la denotan, sino que la fundamentan; no son *ratio cognoscendi*, sino *ratio essendi* de la misma. Se trata de aquellos componentes del resultado antijurídico que solo tienen significación determinante de un valor. Estos elementos no solo se asocian con la antijuridicidad, pues sin duda se les computa entre las circunstancias del hecho que todo tipo penal describe. Dado que en estos casos se trata de elementos propios de la antijuridicidad, resultan ser cuerpos extraños dentro del tipo penal neutro en el plano valorativo, por lo que se les designa como elementos impropios del tipo penal. Los elementos normativos apoyan uno de sus extremos en el tipo legal y el otro en la antijuridicidad (Roxin, 1979: 61, 62).

El descubrimiento de los elementos normativos del tipo se impuso con rapidez, poniéndose de manifiesto que su número era mucho mayor de lo que en un inicio se había supuesto. La evolución llegó a su punto culminante al probar Erik Wolf que incluso elementos en apariencia descriptivos puros (p. ej. cosa) son normativos en sus ámbitos fronterizos, o sea, requieren una valoración judicial orientada a la antijuridicidad. El tipo penal es, por tanto, una figura normativa en su totalidad, una estructura inseparable donde se entrelazan elementos de valor y del ser (Roxin, 1997: 282).

Los primeros, también denominados normativos *strictu sensu*, pueden conceptualizarse como aquellos que solo pueden ser aprehendidos o comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo, ya sea por una conceptualización socio-cultural (p. ej. buenas costumbres) o de carácter jurídico-valorativo (p. ej. ajenidad) (Bustos, 1989: 106). Se refieren a una realidad sostenida en una norma jurídica o social, y pueden subdividirse

en aquellos referidos a una valoración y los que aluden a un sentido (Mir, 1985: 172). Puede ser una valoración de índole jurídica que implique el juicio sobre la antijuridicidad del hecho. Inclusive, algunos tipos penales contienen elementos que demandan juicios de carácter cultural o científico (p. ej. actos obscenos, hubiere puesto en peligro la vida, abusare de su ciencia o arte) (Núñez, 1999: 142).

La complejidad alrededor de los elementos normativos radica en que tienen una especial significación para los efectos del contenido del dolo, es decir, cómo abarca el aspecto cognoscitivo del dolo estas características. Estos problemas pueden afectar tanto el principio de garantía de la tipicidad como la propia aplicabilidad del tipo legal, aunque es válido acotar que la amplitud de los elementos descriptivos puede producir iguales efectos (Bustos, 1989: 168). Al depender el sentido de los elementos valorativos de su apreciación por el tribunal en cada caso concreto, se ha sostenido que abusar del empleo de esta técnica de tipificación puede traer consigo vulneraciones al principio de seguridad jurídica, teniendo en cuenta la variedad de criterios de los órganos judiciales en cada lugar y momento histórico concreto (Vera, 2007: 4).

Como regla general, un tipo penal se estructura con base en descripciones para individualizar pragmas, pero en ocasiones lo hace mediante remisiones a elementos de carácter valorativo. Sin embargo, cuando en la ley se exige algo con palabras no es posible inventar algo diferente con solo cambiarle el nombre, so pretexto de judicializarlo o normativizarlo, sino que hay una realidad que debe respetarse. De lo contrario, nadie sabe de qué se habla y cada quien se refiere a una cosa diferente, con lo cual la normativización tiende a desconocer los objetos del predicado valorativo, lo que produce una inevitable anarquía conceptual y terminológica. Cuando se exagera el recurso a los elementos normativos se corre el riesgo de debilitar el *nullum crimen sine lege* y de fortalecer la pulsión del poder punitivo, habiéndose sostenido que es una característica del derecho penal autoritario. No obstante, su uso no importa siempre estas consecuencias, ya que existen elementos normativos precisos (p. ej. funcionario público) y descriptivos problemáticos (p. ej. ganado), y otros son empleados para reducir la prohibición que podría surgir de los elementos descriptivos del tipo (Zaffaroni *et al.*, 2002: 661, 462).

La utilización por el legislador de elementos normativos que involucran la consideración de la antijuridicidad del hecho no implica siempre casos de impaciencia del mismo, ni tiene solo el sentido procesal de llamar la

atención del juez sobre la necesidad de examinar de manera cuidadosa la juridicidad del hecho. Como la mención de un elemento de esta especie no es una simple redundancia legislativa, dicho elemento representa una característica estructurante indispensable del hecho típico (Núñez, 1999: 143).

En todo caso, no puede obviarse que, dado el contenido del principio de legalidad, las figuras delictivas —o sea, la definición de los delitos— deben contener todos los elementos que contribuyen a señalar con precisión exhaustiva la conducta penalmente ilícita, de modo que la pregunta acerca de la antijuricidad o culpabilidad solo pueda plantearse de forma negativa, es decir, en el sentido de si se halla o no excluida por alguna de las eximentes previstas en la ley (Quirós, 1987: 54, 55). Esto tiene particular relevancia en el ordenamiento jurídico penal cubano, puesto que la responsabilidad penal se constituye, en primer lugar, con la realización del hecho típico, y de manera excepcional se niega esa responsabilidad. Partiendo de que el concepto de culpabilidad carece de contenido expreso, este se deriva de las eximentes identificadas en el Código Penal (Mejías, 2013: 76).

Más allá de la diferenciación usual entre elementos descriptivos y normativos, en la práctica apenas se presentan circunstancias descriptivas o normativas en puridad. Inclusive, conceptos a primera vista descriptivos, como por ejemplo sustraer, deben interpretarse conforme al fin de protección del correspondiente precepto penal y, por tanto, siguiendo criterios normativos. Además, la mayoría de los conceptos normativos tampoco se presentan como puras valoraciones, sino que tienen un *substrato* descriptivo. Por consiguiente, desde este punto de vista no importa tanto la casi imposible separación de elementos descriptivos y normativos, sino reconocer que la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de ellos, en la que tan pronto predomina un factor como el otro (Roxin, 1997: 306, 307).

En nuestra opinión, esto es fundamental para el adecuado análisis judicial sobre qué tipo penal abarca la acción realizada por el sujeto al que se le imputan las consecuencias jurídicas de la misma, en especial en los casos de *arreatón*. En estos últimos, el órgano juzgador debe analizar o no la manifestación fáctica de al menos uno de dos elementos en puridad normativos (violencia e intimidación), lo cual no siempre es posible hacer con facilidad. Lo que sí debe quedar establecido hasta aquí es que la subsunción de un hecho bajo un tipo penal no es una cuestión solo de percepción de elementos objetivos (los de tipo subjetivo del autor son objetivos para el juez), también es una cuestión de valoración (Bacigalupo, 1999: 81). El

tipo penal no es una simple sumatoria de diferentes elementos objetivos y subjetivos, sino que es una valoraci3n que se expresa a trav3s de los mismos (Hormazabal, 1992: 171).

Aqu3 conviene puntualizar una cuesti3n propia de la teor3a de la pena que, si bien no forma parte del objetivo central de este trabajo, s3 guarda relaci3n con aspectos propios de la teor3a del tipo penal, y es relevante para fundamentar nuestra postura sobre cu3l deber3a ser el rol de los 3rganos judiciales ante hechos de *arrebato*n. La teor3a que mejor se adapta al significado y alcance, que en el 3mbito de la determinaci3n judicial de la pena adquiere la garant3a del derecho penal de acto, es sin duda la que concibe a la culpabilidad solo como l3mite m3ximo de la pena. Esta teor3a, formulada por Roxin y con amplia aceptaci3n en la doctrina latinoamericana y europea, al utilizar el concepto de culpabilidad para preservar al particular del abuso del poder del estado, determinando que la medida de la pena adecuada a la culpabilidad impone un l3mite infranqueable a los fines de prevenci3n especial o general, impide que consideraciones ajenas a la acci3n il3cita y a su reprochabilidad puedan fundar o integrar la respuesta penal del Estado. Esto sin perjuicio de que tales consideraciones s3 pueden servir de base o fundamento para que el Estado disminuya o, incluso, si se previera as3 en ley, deje sin efecto la respuesta penal, pues ning3n principio constitucional impide al Estado autolimitar al m3nimo su intervenci3n penal frente al ciudadano (Magari1os, 1993: 79, 80). Precisamos que con esta 3ltima idea no estamos sugiriendo la despenalizaci3n de las conductas propias de *arrebato*n, bien se consideren hurto o robo, sino que traemos a colaci3n este an3lisis para fundamentar la trascendencia del an3lisis judicial en la definici3n del tipo penal al cual se ajusta una conducta, as3 como la sanc3n a imponer.

II. AN3LISIS TE3RICO-DOCTRINAL DEL ARREBATO

COMO MODALIDAD DEL ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACI3N EN LAS PERSONAS

Habiendo realizado el estudio de las cuestiones a nuestro juicio esenciales de la teor3a del tipo penal, es preciso dilucidar los criterios doctrinales acerca del contenido y alcance de los elementos objetivos y normativos que permiten diferenciar entre s3 a los delitos de hurto y robo con violencia o intimidaci3n en las personas. Como es conocido, el segundo de los injustos

penales mencionados puede entenderse como un hurto cualificado, a partir de la concurrencia en los hechos de circunstancias especiales. Ambas figuras penales tienen en común el carácter mueble del bien, así como la ajenidad del mismo. Los elementos que cualifican al robo son los conceptos de *violencia* e *intimidación*. En la doctrina cubana se ha reconocido al hurto como la figura general de la que se desprenden otras figuras delictivas, razonamiento que compartimos, toda vez que la conformación de sus elementos objetivos y normativos sirven para sustentar otros delitos, diferenciados por elementos de agravación o atenuación que toman como base a los descritos en la mentada figura penal (Goite, 2005: 206). Una posición similar asume Damianovich, para quien el robo es una figura respecto al tipo legal que es el hurto, esquema en el que están definidos los elementos de la acción. La fuerza en las cosas y la violencia en las personas otorgan peculiaridad a la acción descrita, la que, en virtud de tales medios, está reprimida con más severidad que el hurto, pues el robo (ya sea en las cosas o en las personas) es una figura agravada (Damianovich, 2000: 107).

La violencia debe entenderse como el despliegue, por parte del autor o autores del delito de robo, de una energía física humana, animal o mecánica, fluida o química sobre la víctima, que lleva a suprimir o limitar materialmente su libertad de acción y la resistencia que pudiera oponer al apoderamiento. Todo ello aunque no se afecte la integridad personal del sujeto agredido. La doctrina española ha sostenido que la violencia que se necesita para el robo es la que consiste en un acometimiento físico agresivo, aplicado de manera directa sobre (en) las personas. La propia caracterización legal implica que la violencia debe ser directa, pues el *nommen iuris* del tipo penal supone que esta debe aplicarse sobre las personas (Vives, 1993: 834). Otro requisito de la violencia es que debe ser efectiva, esto es, desplegada en contra de la persona, por lo que no puede ser presumida. No basta el propósito ni el intento de desplegarla, también debe ser idónea, es decir, eficaz con relación a la persona sobre quien se ejerce. Para identificar este particular es indispensable comparar la situación personal del agredido y del agresor (Donna, 2001: 113–117). Por ejemplo, cuando el acto del tirón produce el apoderamiento de un bolso o el simple tirón aprovechándose del descuido de la víctima, siempre debe constituir un delito de hurto (Muñoz, 1996: 340).

A día de hoy, aún se discute la calificación que debe darse a los casos en los que la fuerza se aplica sobre la cosa para arrebatarla al sujeto pasivo (p. ej. de un tirón se arrebata una cartera que la víctima lleva colgada al

hombro, o se le quita la gorra o el sombrero a una persona sentada). En estos supuestos se valora si debe considerarse robo o hurto. Estas situaciones fácticas son las que han dado lugar al vocablo que hemos denominado *arreatón*, considerando que se le denomina como tal en la academia cubana (Goite, 2005: 217) y sin desconocer que en otros contextos se le nombra diferente, verbigracia, *rapña* en Argentina (Soler, 1992: 180).

Como se expuso con anterioridad, valorar la manifestación o no de la violencia en situaciones específicas conlleva el análisis objetivo del contexto personal en que se encuentran el agredido y el agresor, por lo que es necesario tener en cuenta las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurren los hechos, como por ejemplo el entorno, las condiciones del lugar, ocasión y momento del suceso, así como las características personales de los sujetos: edades, constitución física, entre otros. Creus (1997) sostiene que la violencia, en tanto despliegue físico, puede estar destinada a vencer una resistencia en actual ejecución (para hacerla cesar) o para evitar que la persona sobre la que recae pueda, eventualmente, ponerla en ejecución cuando todavía no lo ha hecho (violencia ablativa). También se manifiesta cuando el agente ejerce violencia sobre quien está incapacitado para desplegar resistencia (p. ej. violencia sobre un paralítico). La resistencia que hay que vencer puede ser real, presunta o imaginada como posible por el agente, de ahí que la energía desplegada por el autor no requiere una intensidad particular, sino que basta su relación con el apoderamiento, cualquiera que sea aquella, así como tampoco es requisito imprescindible un contacto físico del cuerpo del sujeto activo con el de la víctima (Creus, 1997: 421; Núñez, 2008: 239; Dálessio, 2004: 403).

Por otra parte, se ha entendido que se trata siempre de un delito de robo aunque no se verifique un gran despliegue de fuerza en el autor. Para que exista violencia basta que se venza por la fuerza una resistencia normal, sea o no predispuesta, aunque, en realidad, ni siquiera se toque o amenace a la víctima (Soler, 1992: 179). En contrario, se ha señalado que no puede establecerse un criterio general apriorístico, opinión que compartimos, y podrá ser una cosa u otra según las características de cada supuesto (González, 1997: 617). Esta última idea nos permite sostener que la fijación de reglas generales, formuladas con base en cierto grado de relatividad y para nada absolutas, que guíen el análisis judicial de hechos delictivos de *arreatón*, pueden operar como un mecanismo efectivo para evitar vulneraciones al principio de legalidad.

Al respecto, cabe resaltar que la jurisprudencia española ha sostenido que el hecho de arreatar o arrancar una cosa que otro tenga puesta o asida en sus manos de un tirón o tirando de ella siempre supone, por leve que el tirón sea, el empleo de violencia en las personas. Para apoderarse de algo que se encuentra sujeto o agarrado en la persona contra quien la acción se dirige, el autor de forma violenta vence el obstáculo físico de sujeción que impide que la cosa se desprenda del individuo que la porta (Vives, 1993: 834).

Este razonamiento ha sido criticado porque implica castigar como robos violentos conductas en las que no cabe apreciar una auténtica *vis in corpore* y que ni desde el punto de vista social ni jurídico tienen la gravedad que se les atribuye. No sería correcto entender que los casos de sustracción mediante tirón fueran, sin más, hurtos; pero de entre ellos hay que reservarse la calificación de robo para los que impliquen el empleo de una auténtica violencia personal (Vives, 1993: 835). Somos de la opinión de que podría tratarse de un robo cuando la víctima pone énfasis en su resistencia y el agente se obstina en vencerla. También debe existir una exuberancia en el despliegue de la violencia o intimidación necesarias, que ha de recaer sobre la persona o ser distinta de la requerida para el traslado del objeto.

Debe tratarse, por tanto, de una violencia real, actual y susceptible de causar un daño en los bienes jurídicos fundamentales de la víctima. Se requiere de una cierta entidad de violencia para que el agente pueda reducir al sujeto pasivo y se apodere del bien mueble. En tal virtud, el mero arreato de un objeto constituye un delito de hurto, salvo que el agente hubiese propinado, por ejemplo, un puñetazo a víctima. De aquí que, a pesar de las dificultades prácticas, debe distinguirse entre una conducta de pura destreza del agente para apoderarse del bien de aquella que manifiesta un signo visible de violencia física (Peña, 2019: 51).

Si la violencia supone el empleo efectivo de fuerza física, entonces ocurre cuando se aplica energía física de forma directa sobre la víctima (p. ej. se le golpea, se le ata, se le amordaza, se le sujeta, se le hiere, se le da muerte por un medio vulnerante). De igual forma, se manifiesta con el empleo de un medio (p. ej. un animal, una trampa, que produzca los mismos efectos, o de una energía lesionadora que no la alcanza, p. ej., disparo que yerra el blanco). Cualquier interpretación más amplia del concepto en cuestión, sobre todo en sede judicial, queda fuera de la conducta descrita por el tipo. Aplicar más allá de ese margen la figura del robo violento implica una analogía *in mala partem*, por demás prohibida en virtud del principio de legalidad en sede penal (Vives, 1993: 835). Recuérdese que en virtud de este

elemento axiológico debe reducirse el libre arbitrio del tribunal penal en la fijación de las penas, mediante la designación, lo más exacto posible (taxatividad), de los presupuestos de su intervención a través de marcos penales relativamente estrictos y de marcos penales amplios en casos que lo ameritan por su gravedad (Quirós, 1987: 54). La intervención judicial en sentido contrario conlleva un ejercicio valorativo del tribunal, basado más en razones de política criminal que en aspectos técnico-jurídicos.

El otro elemento normativo del tipo penal, la intimidación (*vis compulsiva* o *vis psíquica*), describe el comportamiento de quien inspira a otro u otros el temor racional y fundado a sufrir en su persona o bienes, o en los de otros, un mal inminente, explícito, grave, posible, ilícito y dependiente de la voluntad del que infunde ese temor, y capaz de amilanar o amedrentar a una persona de mediana entereza o, al menos, al destinatario del mal anunciado, sea aquel más o menos medroso y pusilánime. Se manifiesta intimidación no solo cuando median actos o expresiones de amenazas, sino cuando se ejecuta el hecho con medios o en circunstancias capaces de producir temor, o sea, deben valorarse las circunstancias de lugar, condición de las personas, situación peculiar en que se produce el hecho y hasta el sentido lógico de las palabras que se expresan (Grillo, 1982: 318). Para que sea apreciable la intimidación es preciso que el sujeto pasivo se haya visto afectado por el anuncio del mal, concretando una presión psicológica que restringe su libertad, neutralizando la eventual oposición y obligándole a soportar el resultado típico que se pretende. Esto implicaría entregar la cosa o permitir el apoderamiento de la misma (Donna, 2001: 121 y 122).

Se exteriorizará la intimidación cuando se cree en la víctima el temor de un daño físico inmediato, para sí o para otra persona presente, sea que la amenaza se haga de manera explícita o que se desprenda, sin que medie duda alguna, de las circunstancias (p. ej. poner el revólver al pecho). La razón de ser de esta calificante radica en el debilitamiento de la defensa privada que tanto la violencia como la intimidación suponen, así como en la situación de lesión o peligro para otro bien jurídico (la vida, la integridad corporal o la salud de la víctima). Esto justifica la más elevada penalidad del robo en comparación con el hurto, ya que la víctima se encuentra imposibilitada para resistir, sea por el efecto directo de la energía física desplegada, o sea por la reacción de temor que en ella provoca la amenaza directa e inmediata (Etcheberry, 1997: 335).

Por tanto, la intimidación debe cumplir con cinco requisitos esenciales:

- Debe provenir de una amenaza seria y real de ocasionar a otro un mal inmediato en su integridad física, consistente en el anuncio de un inminente ataque grave a bienes relevantes como la vida o la integridad personal como modo de obtener la apropiación.
- Debe existir una intimidación, pues una amenaza que no existe con base en criterios objetivos, por ejemplo, dicha en broma o solo imaginada por la víctima, debe considerarse impune.
- Debe ser grave, esto es, referirse a un mal que importe un ataque a la vida, salud o integridad del amenazado o de otra persona relacionada que se encuentre presente (y al alcance del agente comisario del delito) o una privación de libertad superior al tiempo de la que importa la amenaza.
- Debe ser verosímil, en el sentido de que, aunque no sea verdadero, el mal amenazado parezca posible de realizarse a ojos del ofendido, conforme a un juicio *ex ante* de un tercero puesto en la concreta situación fáctica de que se trate (p. ej., se amenaza con un arma de fuego o fantasía que a ojos de la víctima es indistinguible de una verdadera).
- Debe ser concreta, en el sentido de que la ejecución del mal amenazado aparece en sus propios términos como inmediata o inminente (Matus y Ramírez, 2018: 310, 311).

Todo lo expuesto hasta aquí encuentra apoyatura teórica en un aspecto que la práctica judicial no debe olvidar, a saber, el carácter pluriofensivo del delito de robo. Con esta figura penal se protegen bienes jurídicos de naturaleza heterogénea, como la propiedad-poseción, la libertad, la integridad física o la vida, opinión que se comparte. Se trata de un delito complejo, es decir, integrado por varias acciones que, al mismo tiempo, pueden constituir diferentes delitos, con independencia de que luego se castiguen por separado conforme a las reglas concursales o de que sean absorbidos en la propia penalidad del robo por su inherencia al mismo y su escasa gravedad autónoma (Muñoz, 1996: 338; Salinas, 2018: 1237). Dentro de la doctrina española, Mir Puig lo reconoce como ejemplo de un delito de pluralidad de actos, puesto que describe varias acciones a realizar: el apoderamiento y la violencia o intimidación (Mir, 1985:167).

A manera de conclusión parcial, afirmaremos que se requiere un análisis exhaustivo de cada hecho delictivo en particular para poder valorar

como constitutivos de un delito de robo situaciones f3cticas de *arrebato*n. Acorde con varios de los criterios doctrinales expuestos, no deben asumirse valoraciones apriorísticas, sino que se requiere de un análisis objetivo y profundo de los sucesos para realizar una correcta interpretaci3n judicial de los elementos normativos centrales, a saber, los conceptos de violencia e intimidaci3n del delito de robo, en tanto son lo que permiten su diferenciaci3n del hurto. Asumir est3ndares rígidoss en este sentido podríaa suponer potenciales vulneraciones al principio de legalidad en sede penal.

III. EL DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS EN EL CÓDIGO PENAL CUBANO. ESPECIAL REFERENCIA AL ARREBATO

Un primer aspecto que debe valorarse es que al momento de entrar en vigor el Código Penal en 1987, disposici3n normativa aúnn vigente, se asumi3 la figura del *arrebato*n como un delito de hurto, previsto y sancionado en el artículo 322 inciso d). Las modificaciones introducidas en el citado código con la Ley N°87 de 1999 convirtieron a esta modalidad delictiva en robo, elevando de forma significativa el marco sancionador abstracto de la figura (Goite, 2005: 127). Esto significa que la *praxis* legislativa cubana consider3 en un inicio al *arrebato*n como hurto, por lo que el cambio que motiv3 su valoraci3n como robo estuvo fundado en razones de políticacriminal y no con problemas de tipicidad.

Las causas del endurecimiento de las penas a partir de la vigencia de la Ley N°87 de 1999 se asociaron al incremento de algunas modalidades de la actividad delictiva, así como al surgimiento de nuevas formas de comisi3n de delitos incompatibles con los principios éticoss de la sociedad cubana, por lo que resultaba necesaria una respuesta adecuada y enérgicac. Por lo tanto, se agravaron las sanciones de los delitos contra los derechos patrimoniales, y se elevaron de manera significativa las penas previstas para las figuras agravadas de mayor peligrosidad social, como el robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia o intimidaci3n en las personas (Medina, 2014: 9, 42).

Otro elemento importante a resaltar es que en el Código Penal cubano de 1979, antecedente directo del adoptado en 1987, el *arrebato*n, en tanto modalidad delictiva del robo, solo se configuraba por la sustracci3n de una cosa mueble de ajena pertenencia si inmediatamente despu3s de cometido

el hecho se empleaba violencia o amenaza de violencia sobre una persona para retener la cosa sustraída o para lograr la impunidad del acto (artículo 386.2). Es decir, no formaba parte del tipo penal comentado, ni tampoco del hurto, el arrebatamiento de la cosa de las manos o de encima de la persona del perjudicado, conducta ilícita introducida por primera vez en el Código Penal de 1987, en el sentido que ya hemos expuesto (Grillo, 1982: 295, 316).

Al analizar la regulación del robo en el Código Penal de 1979, Grillo Longoria, citando a Manzini, plantea que el término *violencia* ha generado polémica en la doctrina, porque el legislador le ha asignado un significado impropio a partir de una mala traducción. El término *vis* significa fuerza, energía física, y no precisamente fuerza excesiva. En la ley, queriendo distinguir los delitos fraudulentos de los no fraudulentos, se le ha dado el nombre de violencia también a aquella energía física mínima que es necesaria para tomar una cosa, concepto, como se desprende, arbitrario y no justificado por alguna razón seria de sistematización jurídica (Grillo, 1982: 318).

Dentro de la sistemática actual del Código Penal cubano, el delito de robo con violencia o intimidación en las personas se encuentra tipificado en el artículo 327. En el segundo apartado del mismo, se recoge la figura del *arreatón*, que describe como acción típica la sustracción de una cosa mueble de ajena pertenencia si, inmediatamente después de cometido el hecho, se emplea violencia o amenaza de inminente violencia sobre una persona para retener la cosa sustraída o para lograr la impunidad del acto (artículo 327.1.2 inciso a)). De igual forma, comprende el arrebatamiento de la cosa de las manos o de encima de la persona del perjudicado (artículo 327.1.2 inciso b) (Rivero y Bertot, 2013: 313, 314).

Las cuestiones problémicas asociadas al *arreatón* no han sido de los temas más estudiados por la doctrina penalista cubana contemporánea, lo cual no significa que su tratamiento no haya sido polémico. Si el bien es llevado consigo por la víctima y a esta se le causa al menos un mínimo daño, o la persona es objeto de una agresión de cierta intensidad, el hecho delictivo puede constituir robo. Empero, si consiste solo en tirar del bien sin otras consecuencias, entonces se manifiesta un hurto, pues es menester ser consecuentes con la concepción de que la violencia del robo debe tener cierta intensidad para ser considerada como tal (Goite, 2005: 217), por lo que la violencia o la amenaza de inminente manifestación de esta no deben medirse por la cantidad, sino por su eficacia e idoneidad.

López Soria establece como característica general del robo que se trata de una modalidad delictiva matizada por la sustracción de una cosa mueble de ajena pertenencia, pero empleando violencia o intimidación en las personas. En consecuencia, lo cataloga como un delito pluriofensivo porque no solo puede afectar el patrimonio del sujeto pasivo, sino que también puede afectar su vida e integridad corporal, e incluso el derecho a la libertad. La violencia es uno de los elementos significativos de esta figura, pues como tal lo distingue de otras formas de sustracción. Esta significa un acometimiento físico agresivo e intenso aplicado directamente sobre la persona que recibe la acción. Por su parte, la intimidación es el efecto psicológico de la acción del comisario sobre la víctima, que es suficiente para doblegar su voluntad y obligarlo de esa forma a entregar el bien objeto de la sustracción (López, 2011: 110).

Dicha autora, en consonancia con Goite Pierre, considera que, si el bien sustraído es llevado consigo por la víctima y a esta se le causa daño por mínimo que sea, o la persona es objeto de una agresión de cierta intensidad, se puede constituir en robo con violencia o intimidación en las personas. No obstante, si consiste solo en tirar del bien sin otras consecuencias, debe valorarse tal acción como parte del hurto. Este criterio vuelve a tomar como punto de partida que la violencia del robo debe tener cierta intensidad para imputar al sujeto activo la realización de la conducta descrita en este ilícito penal (López Soria, 2011: 111).

Los argumentos expuestos por estas autoras no solo están en armonía con lo más avanzado de la doctrina, sino que nos permiten sostener el criterio de lo imprescindible que resulta la adecuada interpretación judicial de los tipos penales en torno a los cuales gira la potencial imputación de hechos de *arreatón*. En estos casos, la sobrevaloración de aspectos propios de la política criminal en detrimento del principio de tipicidad podría generar interpretaciones *in mala parte*, que no se ajustarían a las normas de optimización (Alexy, 1993: 84) que operan como límites del *ius puniendi* del Estado.

IV. LA PRÁCTICA JUDICIAL CUBANA Y EL *ARREATÓN*. OBSERVACIONES CRÍTICAS AL RESPECTO

Un análisis sobre cualquier fenómeno social, político o económico con trascendencia jurídica no puede obviar la realidad que le circunda, en especial la que se relaciona con la interpretación que los operadores del derecho —en particular los jueces— realizan de los preceptos jurídicos. Es por ello que resulta importante el examen de la *praxis* judicial cubana en torno al *arreatón*. Algunas de las sentencias que se han estudiado no se relacionan con hechos asociados a las conductas que hemos identificado con este término; pero han sido tomadas en cuenta por los criterios judiciales que contienen sobre algunos de los elementos normativos del delito de robo.

En la Sentencia N°901 de 27 de febrero de 2006 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, que resuelve un recurso de casación por infracción de ley impuesto por la defensa del acusado, dicho órgano jurisdiccional razonó que en la realización de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas no puede separarse la acción que provocó las lesiones de la acción de sustraer de los bienes de la víctima. Cuando la violencia o intimidación se realiza en el marco de la ejecución típica, es decir, cuando sucede antes, durante o después de la aprehensión de la cosa, acompañando a esta, convierte a la sustracción en el robo (Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, 2006: 26–28). En otra sentencia de la propia sala, la N°2412 de 20 de septiembre de 2012, se indica que la unión intimidante en el robo con violencia e intimidación en las personas no exige efecto intimidatorio como constitutivo del tipo. Con tal tipicidad se pretende cubrir sobre bases objetivas el riesgo que representa la acción del infractor para la vida y la integridad corporal de la persona que resulte víctima, de manera que la evaluación se relaciona más con la capacidad de dañosidad del medio utilizado para la sustracción que con el efecto subjetivo producido en la víctima (Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, 2012: 68–71).

Una apreciación más cercana a los criterios doctrinales defendidos sobre cómo diferenciar el hurto del *arreatón* se expone en la Sentencia N°156 de 24 de enero de 2013. En virtud de lo dispuesto en la misma, la existencia de la violencia o la intimidación constituye el elemento diferenciador típico entre el delito de robo con violencia o intimidación en las personas y el hurto; de tal suerte que, si el comisor logra apoderarse del bien que la víctima lleva consigo empleando la destreza y la habilidad como medios comisivos,

resulta evidente que el il3cito que se integra es el de hurto. De tal suerte, la diferencia entre este il3cito y el hurto se encuentra solo en el elemento material, porque adem1s de la desposesi3n de la cosa mueble la norma exige el empleo de la violencia, del miedo o la amenaza.

As3, se escinde este elemento en dos momentos: el empleo de la violencia y el despojo de la cosa misma, ligados entre ambos por un necesario nexo causal en el que el primero constituye el medio id3neo para obtener o asegurar la posesi3n del bien. Es, por tanto, la violencia o la intimidaci3n esencial a la estructura del delito mismo, de modo tal que la ausencia de esos elementos hace surgir el hurto y, a la inversa, su presencia determina el robo. Por eso cuando la desposesi3n del bien, en este caso de los espejuelos sobre la cabeza de la perjudicada, resulta en virtud de la habilidad empleada por el comisor y el agente pasivo no se percata de ese acto, o se da cuenta despu3s, como se narra en el hecho, el delito que se integra es el que contempla el art3culo 324 apartado 1 del C3digo Penal, conocido por hurto de condiciones propicias, tal y como calific3 la sala de instancia, de manera que no puede tener 3xito el 3nico motivo del recurso establecido (juez ponente: Mar3a C. Bertot Yero) (Tribunal Supremo Popular de la Rep3blica de Cuba, 2013: 92, 93).

Sin embargo, en la sentencia N3160 de 24 de enero de 2013 del propio 3rgano juzgador, se establece la necesidad de inmediatez entre robo y violencia. As3, se inserta este concepto en la fase de consumaci3n del desarrollo del delito de robo con violencia o intimidaci3n en las personas, como manifestaci3n violenta de una actividad orientada a retener la cosa sustra3da. El tribunal valor3 que las acciones de los acusados dirigidas a preservar los bienes sustra3dos mediante el enfrentamiento con sus leg3timos propietarios, antes de que se hubiera alcanzado el agotamiento del delito, as3 como las realizadas con anterioridad a dicho enfrentamiento, se hallan enteramente cubiertas por el dolo de los acusados. De tal manera, todos estos actos constituyen manifestaci3n violenta de una actividad orientada a retener la cosa sustra3da y a lograr la impunidad del acto, y sus secuelas acompa1an consecuentemente al ataque patrimonial, las que ocurrieron con la inmediatez que prev3 el inciso a) del apartado 2 del Art3culo 327 del C3digo Penal (juez ponente: H3ctor F. Fern1ndez Sosa) (Tribunal Supremo Popular de la Rep3blica de Cuba, 2013: 93–95).

Acerca de las condiciones que debe reunir la violencia para que se tipifique el delito de robo puede citarse la Sentencia N31300 de 6 de julio de 2015, en la que se indica que para la integraci3n del mismo se exige, como

requisito esencial, el empleo de violencia para conseguir o asegurar la sustracción del bien ajeno. La integración de este ilícito exige, como requisito esencial, el empleo de violencia como medio para conseguir o asegurar la sustracción del bien ajeno. A diferencia del hurto, la utilización de la violencia es el medio del que se vale el comisor para vencer la resistencia del propietario o poseedor del bien con vista a evitar que lo sustraigan en contra de su voluntad, y esta energía física debe tener, además, determinada intensidad (juez ponente: María C. Bertot Yero) (Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, 2015: 71–73).

En estos criterios de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular no se percibe uniformidad en cuanto a la valoración de hechos que pudieran ser calificados, en dependencia de las circunstancias, constitutivos de delito de hurto o de robo. En algunos casos se reconoce la posibilidad fáctica de que se produzca la desposesión de los bienes llevados consigo por la víctima, a partir de la mera destreza o habilidad con que opere el sujeto activo del hecho delictivo, es decir, sin que se manifieste la *vis in corpore* o la *vis psíquica*.

Una herramienta efectiva para homogenizar la valoración judicial en torno a hechos delictivos de *arreatón* es el ejercicio de la facultad constitucional otorgada al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) de la República de Cuba. Conforme a lo establecido en el artículo 148 párrafo 2 de la Constitución de 2019, el mencionado órgano puede, sobre la base de la experiencia del sistema de tribunales, impartir instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley (Constitución de la República de Cuba, 2019). Esta prerrogativa, que tiene un antecedente en el artículo 121 de la Constitución de 1976 (reformada en 1978, 1992 y 2002) (Constitución de la República de Cuba, 2003), se encuentra desarrollada en los artículos 15 y 19.1 inciso ch) de la Ley N°82 de los Tribunales Populares. Cabe precisar que para el cabal cumplimiento de esta facultad el CGTSP puede solicitar informe a los presidentes de las salas del Tribunal Supremo Popular; a los presidentes de los tribunales provinciales y municipales populares —en este caso relativos a la práctica judicial de sus respectivos tribunales—, así como convocar a los presidentes de las salas del Tribunal Supremo Popular y a los presidentes de los tribunales provinciales y municipales populares (artículo 19. 2 de la Ley N°82).

De esta forma, el máximo órgano de gobierno del sistema de tribunales de Cuba podría viabilizar una *praxis* judicial que permita la valoración

racional y objetiva de la concurrencia o no de los elementos normativos que convierten al hurto en robo. Los beneficios de tal acci3n se apreciarían en sede del principio de legalidad, el cual tiene entre sus componentes esenciales la tipicidad de los hechos constitutivos de delito y el ajuste de estos con la necesaria taxatividad de los tipos penales. Conforme con Zaffaroni, el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa supone la prohibici3n absoluta de la analogía *in malam partem*, así como también se expresa en un plano interpretativo: dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalizaci3n o uno más limitado o restrictivo. Las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalizaci3n (Zaffaroni *et al.*, 2002: 116–119).

Por otra parte, tal acci3n redundaría en una interpretaci3n judicial más cercana a la condici3n de delito pluriofensivo del robo, valorando además la relaci3n de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal con aquellos que tienen respaldo constitucional. En la interpretaci3n de los tipos penales deben observarse las previsiones constitucionales para identificar cuáles son los bienes jurídicos de interés penal, de conformidad con los requerimientos del Estado y la sociedad. Hormazabal, a pesar de que discrepa de lo que llama *teorías constitucionalistas del bien jurídico*, reconoce que la Constitución aparece como un texto rico en cuanto continente de necesidades y de orientaci3n para el establecimiento de los bienes jurídicos, pero desde el concepto más amplio y general de la necesidad humana (Hormazabal, 1992: 139, 140). Bacigalupo, por su parte, resulta categórico al afirmar que hay que extraer del precepto constitucional la obligaci3n de aplicar el tipo penal solo en la forma en que el legislador lo ha querido en realidad (empíricamente). La garantía constitucional debe primar sobre los métodos de interpretaci3n, porque estos son solo un medio para llevar a cabo la garantía y no para dar contenido al principio de legalidad (Bacigalupo, 1999: 92).

En la Constitución cubana de 2019, se reconocen a la propiedad y la vida como derechos fundamentales. Según lo preceptuado en el artículo 58 todas las personas tienen derecho al disfrute de los bienes de su propiedad, por lo que el Estado garantiza su uso, disfrute y libre disposici3n, de conformidad con lo establecido en la ley. Además, en el artículo 46 se reconocen como derechos de todas las personas la vida y la integridad física (Constituci3n de la República de Cuba, 2019). Si con la tipificaci3n del delito de robo se protegen en el ámbito penal al menos dos bienes jurídicos

con trascendencia constitucional —a saber, la propiedad y la vida—, entendiendo que todo daño a la integridad física de una persona supone, al menos potencialmente y por mínimo que este sea, un menoscabo a su vida, la intervención del CGTSP serviría para lograr una valoración judicial más garantista respecto a los elementos normativos del tipo penal, considerando la existencia o no de un daño real y efectivo a ambos bienes.

Esto último tributaría a una interpretación jurisdiccional más racional y ajustada al principio de legalidad, que tomaría en cuenta los postulados doctrinales más avanzados respecto a la determinación judicial de la pena. En el Código Penal cubano, al igual que en buena parte de las legislaciones penales de América Latina y Europa, se establecen sanciones relativamente determinadas, es decir, se fijan la especie de la pena y el máximo y mínimo de la duración o cuantía, entre los cuales el juzgador selecciona según su prudente arbitrio (Quirós, 1987: 64, 65). De ahí que el establecimiento de parámetros que operen como guías para la interpretación judicial es una medida precautoria de la extralimitación en la que el tribunal pudiera incurrir al momento de valorar la manifestación o no en los hechos de aquellos elementos normativos que cualifican al delito de robo.

Ziffer plantea que la cuestión capital de la medición de la pena no es otra cosa que el hecho punible mismo, con las categorías que le son propias (desvalor de acción, desvalor de resultado, imputación, posibilidad de evitación del quebrantamiento de la norma, etcétera). Pero mientras que para la teoría de la imputación lo que importa es si estas categorías están dadas o no, en el campo de la medición de la pena lo que interesa es la dimensión concreta de estas categorías; por lo cual es inevitable tomar en cuenta numerosos factores y situaciones que, si bien de manera regular no llevan a descartar la categoría respectiva, sí prescriben su caracterización particular. El parámetro para la comparación estará dado por aquellas condiciones que están presupuestas de manera tácita en un tipo penal como punto de partida para la medición de la pena. Este criterio refuerza el argumento que enfatiza en una interpretación garantista de los elementos normativos que permiten delimitar con racionalidad, la concurrencia de la violencia o la intimidación en hechos de *arreatón* para definir si se ajustan al de hurto o al de robo.

V. CONCLUSIONES

De lo planteado hasta este punto, podemos asumir que el aspecto distintivo del tipo penal, y sobre todo en su vínculo con el criterio judicial acerca de la figura penal a la que se ajustan los hechos y la pena a imponer al sujeto activo, se resume en torno a la valoración de los elementos constitutivos de aquel, tanto los objetivos como los normativos. En este sentido, resulta necesario que los órganos judiciales realicen un adecuado análisis de los segundos y su manifestación concreta en los hechos delictivos que conozcan. Para el caso del *arreatón* y su enmarcación como un delito de hurto o robo, resulta crucial establecer la manifestación en cada situación fáctica de la violencia o la intimidación, sabiendo además que en el caso del segundo de estos ilícitos penales se tratan de un delito pluriofensivo.

Sobre esta última cuestión, es oportuno subrayar que tanto el hurto como el robo protegen, de manera directa, al patrimonio como bien jurídico. No obstante, y como ya se ha venido planteando, en casos donde se manifieste un robo violento o intimidante también se estarían vulnerando otros bienes jurídicos como la vida o la integridad corporal. De tal forma, con este ilícito penal se procura una protección jurídico-penal más amplia que con el hurto, por lo que su marco sancionador es más amplio. Aunque se trate de un delito pluriofensivo, establecer la correlación entre los hechos y los elementos que integran cualquier tipo penal es un proceso que se realiza con base en el principio de subsunción, por el cual se sancionará la conducta infractora valorando el mayor interés fundamental que se busca proteger.

En este sentido, los hechos relevantes se extraen de los que componen el suceso a analizar. Luego se examina si estos satisfacen los requisitos previstos de un delito. Finalmente, de acuerdo con la subsunción realizada, viene en consideración la consecuencia jurídica (Wessels *et al.*, 2018: 12). Este proceso es un ejercicio hermenéutico que consiste en analizar el supuesto de la realidad y comprobar si es subsumible en un tipo legal de delito (Polaino, 2017: 145), argumento que refuerza la necesidad de realizar adecuadas interpretaciones, en particular en sede judicial, de los elementos normativos que configuran las figuras penales. Si aplicamos este análisis al *arreatón*, nos percataremos lo necesario que es interpretar a cabalidad los conceptos *violencia* e *intimidación*, a los efectos de realizar una cabal subsunción de la conducta respecto esta modalidad delictiva.

En Cuba, la regulación jurídica y práctica judicial en torno al *arreatón* no ha sido uniforme. Si en un inicio fue considerado como modalidad del hurto, a partir de mediados de los años noventa del pasado siglo se le enmarcó como una conducta típica del delito de robo. Esto supuso un agraviamiento del marco sancionador abstracto motivado más por razones de política criminal que por una modificación legislativa basada en la revaloración teórica o jurisprudencial de los elementos normativos que singularizan la conducta de robo. Tal orden de cosas ha impuesto una práctica judicial en torno al *arreatón*, basada en su consideración como un delito de robo casi que de forma mecánica, sin valorar que pueden darse situaciones fácticas en las que no se manifiesten la violencia o la intimidación sobre el sujeto pasivo. De tal manera, se ha ido consolidando una visión desde la judicatura que, como regla general, no toma en cuenta los criterios doctrinales más avanzados sobre los fines y funciones del bien jurídico, de la teoría del tipo penal y sus elementos constitutivos, así como el alcance y contenido de los conceptos violencia e intimidación, en tanto elementos normativos del robo.

De la misma forma, se estaría obviando el aspecto nuclear del concepto de delito previsto en el artículo 8.1 del Código Penal cubano, que es la noción de peligrosidad social. En virtud de este precepto, se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por la ley bajo conminación de una sanción penal. En el apartado segundo del propio artículo se indica que no se considera delito la acción u omisión que, aun reuniendo los elementos que lo constituyen, carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor. Esta última idea adquiere especial relevancia en lo que hemos venido explicando, puesto que coloca entre los aspectos a estudiar por los tribunales la entidad de las consecuencias del actuar del sujeto activo. Siendo esto así, no deberían asumirse posturas apriorísticas respecto al *arreatón* que excluyan la posibilidad de que pueda ser valorado como un delito de hurto, teniendo en cuenta las circunstancias en las que se desarrollan los hechos. Además, de conformidad con lo dispuesto en la Instrucción N°115 del 20 de junio de 1984 emitida por el CGTSP, para considerar que el hecho carece de peligrosidad social es preciso que, entre otros requerimientos, el hecho en sí no haya producido alarma o repudio y sus efectos no resulten dañosos o peligrosos en particular. Si bien es cierto que esta instrucción contempla aspectos procesales y se enfoca en distinguir cuándo un hecho de tipicidad delictiva carece de peligrosidad social, los dos argumentos que hemos

resaltado de su contenido sirven para fundamentar lo importante del an3lisis casuístico por los tribunales (Rivero y Bertot, 2013: 10 y 11).

Las consideraciones expuestas nos llevan a adoptar una postura que se sostiene en asumir *a priori* los hechos de *arrebato*n como hurto, reservando su calificaci3n como robo solo para casos excepcionales en que se produzcan lesiones a los bienes jur3dicos protegidos por este 3ltimo tipo penal. Sostenemos que, de conformidad con varios de los criterios doctrinales expuestos, para establecer la calificaci3n del *arrebato*n como robo es necesaria cierta entidad de la violencia o la intimidaci3n, la cual debe estar dirigida a enfrentar la resistencia del sujeto pasivo, distinguiéndose as3 entre una conducta de pura destreza del agente para apoderarse del bien y aquella que manifiesta un signo visible de acometimiento f3sico o psicol3gico sobre la v3ctima. En tal sentido, la intervenci3n del CGTSP en la tem3tica, haciendo uso de su prerrogativa constitucional en materia de interpretaci3n jurisdiccional, la estimamos como un factor de importancia para dotar de mayor coherencia la *praxis* judicial respecto al *arrebato*n. Con ello se evitar3an excesos en la valoraci3n de los hechos y se tributar3a a la protecci3n de las reglas impl3citas en el principio de legalidad en sede penal. Otra posibilidad es incluir al *arrebato*n como una modalidad del hurto en el pr3ximo C3digo Penal, cuya aprobaci3n est3 anunciada para julio de 2021 (Acuerdo IX-49, 2020), previendo que su valoraci3n como robo depender3 de que se manifiesten la violencia o la intimidaci3n, en los t3rminos que hemos defendido en este trabajo.

No se est3 sugiriendo que el 3rgano de gobierno del sistema de tribunales cubanos asuma una postura radical que suponga entender al *arrebato*n como hurto o robo en todos los casos. Tomando como punto de partida la figura penal que menor penalidad supone para el agente comisor del delito, y que al mismo tiempo permite que este sea sancionado y el hecho no quede impune, se establecer3a un criterio de valoraci3n que entendemos justo para estos casos. Estamos planteando como necesaria la definici3n de reglas que orienten y al mismo tiempo ampl3en la capacidad de los tribunales, para definir cu3ndo la conducta del actor se ajusta m3s a un tipo penal que a otro, sopesando de forma adecuada elementos t3cnico-jur3dicos y otros de pol3tica criminal, as3 como evitando laceraciones al sustrato axiol3gico del derecho penal.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales de derecho penal*. Argentina: Hammurabi.
- Buompadre, J. (s/a). *Derecho penal. Parte especial*, tomo II. Argentina: Mario A. Viera Editor.
- Bustos Ramírez, J. (1989). *Manual de derecho penal. Parte general*, 3^{ra} edición aumentada, corregida y puesta del día. España: Ariel.
- Camaño, D. y Donnagelo, P. (1998). “Hacia un concepto más humano de la culpabilidad”. En A. Medina Cuenca y M. Goite Pierre, *Selección de lecturas de derecho penal general*, tomo I. Cuba: Universidad de La Habana.
- Cañizares, F. (s/a). *Teoría del Estado*. Cuba: Editora Universitaria.
- Creus, C. (1997). *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, 3^{ra} edición actualizada y ampliada. Argentina: Astrea.
- Dálessio, A. (director) (2004). *Código Penal: comentado y anotado: Parte especial*. Argentina: La Ley.
- Damianovich de Cerredo, L. (2000). *Delitos contra la propiedad*, 3^{ra} edición actualizada. Argentina: Editorial Universidad.
- Donna, E. (2001). *Derecho penal. Parte especial*, tomo II-B. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores S.A.
- Etcheberry, A. (1997). *Derecho penal. Parte especial*, tomo III, 3^{ra} edición revisada y actualizada. Chile: Editorial Jurídica.
- Fernández Bulté, J. (2001). *Teoría del Estado y del derecho*, segunda Parte (Teoría del Derecho). Cuba: Editorial Félix Varela.
- Garrido Montt, M. (2003). *Derecho penal. Parte general*, tomo II, *Nociones fundamentales de la Teoría del Delito*, 3^{ra} edición actualizada. Chile: Editorial Jurídica.
- Goite, M. (2005). “Delitos contra los derechos patrimoniales”. En Colectivo de Autores *Derecho penal especial*, tomo II. Cuba: Editorial Félix Varela.
- González Rus, J. (1997). “Delitos contra el Patrimonio”. En M. Cobo del Rosal *et al. Curso de derecho penal español. Parte especial*, tomo II. España: Marcial Pons.
- Grillo Longoria, J. (1982). *Los delitos en especie*, tomo II. Cuba: Ciencias Sociales, La Habana.
- Hormazabal, H. (1992). *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Chile: Editorial Jurídica Conosur.

- López Soria, J. (2011). *Código Penal cubano*. Cuba: Ediciones ONBC.
- Magariños, M. (1993). “Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena”. En C. Roxin *et al.*, *Determinación judicial de la pena*, prólogo de Julio B.J. Maier. Argentina: Editores del Puerto.
- Matus Acuña, J. y Ramírez Guzmán, M. (2018). *Manual de derecho penal chileno. Parte especial*, 2^{da} edición, corregida, reformulada y actualizada. España: Tirant lo Blanch.
- Medina Cuenca, A. (coordinador) (2014). *Comentarios a las Leyes penales cubanas*. Cuba: Ed. UNIJURIS.
- Mejías Rodríguez, C. (2013). *Delitos asociados a la contratación económica*. Cuba: Ediciones ONBC.
- Mir Puig, S. (1985). *Derecho penal. Parte general (fundamentos y teoría del delito)*, 2^{da} edición. España: Promociones Publicaciones Universitarias.
- Muñoz Conde, F. (1996). *Derecho penal. Parte especial*, 11^{na} edición revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. España: Tirant lo Blanch.
- Núñez, C. (1999). *Manual de derecho penal. Parte general*, 4^{ta} edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González. Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Núñez, R. (2008). *Manual de derecho penal. Parte especial*, 3^{ra} edición actualizada por Víctor Félix Reinaldi. Argentina: Lerner Editora S.R.L.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2019). *Manual de derecho penal. Parte especial*, tomo II. Perú: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Polaino Navarrete, M. (2017). *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Tomo I, 3^{ra} edición corregida y actualizada. España: Tecnos.
- Quirós Pérez, R. (1987). *Introducción a la teoría del derecho penal*. Cuba: Ciencias Sociales.
- Quisbert, Ermo (2008). *Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes*. Perú: Centro de Estudios de Derecho.
- Rivero García, D. y Bertot Yero, M. (2013). *Código penal de la República de Cuba (anotado con las disposiciones del CGTSP)*. Cuba: Ediciones ONBC.
- Roxin, C. (1979). *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo (Universidad de Madrid). Argentina: Ediciones Depalma.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general, fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (trad.). España: Editorial Civitas.

- Salinas Siccha, R. (2018). *Derecho penal. Parte especial*, volumen 2. Perú: Editorial Iustitia S.A.C.
- Soler, S. (1992). *Derecho penal argentino IV*. Argentina: Tipográfica Editora.
- Tribunal Supremo de la República de Cuba (2006). *Boletín del Tribunal Supremo Popular*. Cuba.
- Tribunal Supremo de la República de Cuba (2012). *Boletín del Tribunal Supremo Popular*. Cuba.
- Tribunal Supremo de la República de Cuba (2013). *Boletín del Tribunal Supremo Popular*. Cuba.
- Tribunal Supremo de la República de Cuba (2015). *Boletín del Tribunal Supremo Popular*. Cuba.
- Vera Toste, Y. (director y coordinador) (2007). *Apuntes introductorios a la asignatura Derecho Penal Parte Especial*, 2^{da} edición. Cuba: Editorial Félix Varela.
- Vives Antón, T. et al. (1993). *Derecho penal. Parte especial*. España: Tirant lo Blanch.
- Wessels, Johannes et al. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*, 46^a edición. Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Zaffaroni, E. et al. (2002). *Derecho penal. Parte general*, segunda edición. Argentina: Ediar.
- Ziffer, P. (1993). “Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena”. En C. Roxin et al., *Determinación judicial de la pena*, prólogo de Julio B.J. Maier. Argentina: Editores del Puerto.

LEGISLACIÓN

- Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976. Publicada en la *Gaceta Oficial Ordinaria N°3, de 31 de enero de 2003*.
- Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 2019. Publicada en la *Gaceta Oficial Extraordinaria N°5, de 10 de abril de 2019*.
- Ley N°82 de los Tribunales Populares. Publicada en la *Gaceta Oficial Ordinaria de la República de Cuba, de 2 de febrero de 1998*.
- Acuerdo IX-49 de la Asamblea Nacional del Poder Popular. Publicado en la *Gaceta Oficial Ordinaria N°2, de 13 de enero de 2020*.

EL ANÁLISIS DEL TESTIMONIO DESDE UNA CONCEPCIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

◉ Jesús García Márquez*

* Director de Litigación de la Fiscalía General del Estado de
Aguascalientes

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

● **Testimonio**

Testimony

● **Memoria**

Memory

● **Percepción**

Perception

● **Recuerdos**

Memories

- Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2020
- Fecha de aceptación: 22 de febrero de 2021

Resumen: En la gran mayoría de los juicios la prueba testifical es la que más se presenta. Sin embargo, saber valorarla de manera razonada a fin de evitar el error judicial o disminuirlo es una tarea obligatoria para todo interviniente procesal. Es por esto que en el presente artículo se abordarán desde una concepción racionalista de la prueba los diversos puntos y parámetros ya estudiados, establecidos y aceptados por la psicología del testimonio, a efecto de encontrar una valoración objetiva y razonada que permita, sobre todo, reducir el error judicial cuando se tomen decisiones basadas en los parámetros objetivos respecto de qué grado de fiabilidad le puede ser atribuible a un testimonio a partir de haber realizado un análisis racional.

Abstract: In the vast majority of trials, the witness evidence is the one that is most presented. However, knowing how to assess it in a reasoned way in order to avoid or reduce judicial mistake is a mandatory task for all procedural intervening parties. So at present, this article will address the various points and parameters already studied, established and accepted by the testimony psychology from a rationalist conception of the evidence, in order to find an objective and reasoned assessment that allows, above all, to reduce judicial error when decisions are made based on objective parameters regarding how much degree of reliability can be attributed to a testimony after having carried out a rational analysis.

SUMARIO

I. Introducción. II. El uso de la psicología del testimonio. III. Percepción y memoria, elementos clave en la formación del testimonio. IV. Aspectos que influyen en la percepción de los hechos. V. Correspondencia del recuerdo con la realidad. VI. Las deformaciones del recuerdo. VII. Análisis del testimonio. VIII. Conclusiones. IX. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la creación de los procesos de juzgamiento y a lo largo de la historia hasta nuestros días siempre ha existido la necesidad de saber cómo determinar si una persona dice la verdad o miente, ya sea el acusado, la víctima o los testigos, pues tal conocimiento resulta necesario para poder dar solución de una manera *justa* y razonada a la controversia jurídica.

Al mencionar “justa y razonada”, nos referimos a que la motivación que se haga para justificar cuando una hipótesis ha sido considerada por el juzgador como probada se encuentre vigorosamente justificada a efecto de que permita a las partes conocer el análisis y los puntos tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional para llegar a dicha determinación; incluso, que tal motivación pueda ser examinada claramente por un tribunal superior (alzada) y este pueda revisar las inferencias que llevaron al juzgador a determinar su grado de alcance y eficacia probatoria al haber presenciado de manera directa el desahogo de los testimonios.

Sin embargo, aun así persiste la incógnita: ¿qué se debe tomar en cuenta para saber si un testigo miente o dice la verdad y a partir de ahí poder realizar una motivación clara, exhaustiva y debidamente justificada? Es precisamente esa eterna interrogante la que ha llevado al ser humano a adentrarse en toda clase de estudios e investigaciones encaminados a saber de una manera fiable y objetiva cuándo un testigo está mintiendo o está diciendo la verdad. No obstante, los resultados de dichos estudios, según los avances científicos, han arrojado que aún no es posible saber con certeza cuándo una persona está falseando o diciendo la verdad, es decir, todavía no se cuenta con un método cien por ciento efectivo que nos lleve a determinar dicha situación; pero lo que sí se ha podido establecer de manera precisa es que la mentira tiene relación con la intención.

Al respecto, Giuliana Mazzoni (2019) señala que “el ser humano pone en funcionamiento la intencionalidad, la planificación, la representación mental compleja de los sucesos y todas estas variables intervienen también cuando miente” (p. 36), mientras que Margarita Diges (2016) afirma que “la mentira es esencialmente una cuestión de intención (de engañar) y las intenciones son mentales” (p. 22). Es decir, el examinador siempre debe tener presentes los posibles motivos traducidos generalmente en beneficios que pudiera tener el testigo para mentir en su declaración, o bien, tener en consideración cualquier tipo de perjuicio o situación de riesgo (amenazas) que pueda recibir el testigo en caso de que emita su testimonio de manera “natural”, tal como recuerda que percibió el suceso. Es necesario tomar esto en cuenta pues nadie miente por casualidad, y un testigo que va a mentir cambiando o inventando su testimonio, o incluso retractándose del mismo una vez que lo ha emitido en etapas tempranas del proceso, lo va a hacer de manera ineludible por un motivo, independientemente si lo es para ganar algo, para perjudicar o beneficiar al acusado o a la víctima o simplemente para evitar un daño personal.

Por ello, en el presente trabajo nos abocaremos al estudio del testimonio desde una concepción racionalista de la prueba y analizaremos desde la óptica de la psicología del testimonio los principales factores y aspectos que intervienen en las declaraciones de los testigos, para así tener bases objetivas y poder valorar el testimonio de una manera aceptada por la ciencia y acorde con el sistema de valoración racional de la prueba, exponiendo todos los resultados y parámetros que han derivado de las investigaciones al respecto: desde cómo se origina el testimonio hasta los procesos mentales que intervienen cuando los testigos narran lo que creen haber visto u oído.

II. EL USO DE LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO

Primero, vamos a conocer de dónde surge la necesidad de apoyarse en el uso de la psicología del testimonio como una herramienta objetiva y aprobada por la comunidad científica para valorar la prueba testifical, es decir, ¿por qué en un proceso penal se exige que se valore de manera racional la prueba?

La respuesta la encontramos cuando tenemos en cuenta que contamos con un sistema racional de valoración de la prueba, tasado o de íntima convicción, ya que este es el único sistema de valoración que exige una base

motivacional sólida, el cual es sumamente compatible con la concepción racionalista de la prueba que radica en un modelo crítico de las motivaciones y justificaciones que utiliza el juzgador al valorar la prueba, que exige que:

... el recurso del método de la corroboración y refutación de hipótesis forme parte de la valoración de la prueba; la defensa de una versión débil o limitada del principio de inmediatez, una fuerte exigencia de motivación de la decisión sobre los hechos y la defensa de un sistema de recursos que ofrezca un campo amplio para el control de la decisión y su revisión en instancias superiores. (Ferrer, 2017: 2)

Por lo tanto, en un sistema de valoración racional naturalmente se va a requerir que las determinaciones judiciales se encuentren motivadas con argumentos suficientes, detallados y acordes con los tópicos de la sana crítica, las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y el conocimiento científico. Esto implica que los jueces, al valorar un testimonio y decidir sobre su grado de credibilidad, tendrán que sustentar en qué parámetros —desde luego objetivos— se basaron para llegar a tal determinación y así poder asumir que su valoración (razonamiento) resulta racional e incluso que sus inferencias y deducciones puedan ser fácilmente revisadas, verificadas y contraladas por un tribunal de alzada, siendo necesario tomar como sustento argumentativo bases y parámetros objetivos que puedan ser confrontables y de cierta manera medibles, establecidos y aceptados por la ciencia.

Tal es el caso de la psicología experimental, que engloba a la disciplina de la psicología del testimonio, la cual se centra principalmente en analizar el propio contenido de las declaraciones, estudiando las bases y factores objetivos que influyen en la creación, el almacenamiento y la evocación del testimonio y dejando de lado las falsas creencias que hasta hoy en día no han sido aceptadas plenamente por la ciencia. Dentro de estas creencias encontramos el basarse en la conducta no verbal o en cuestiones intuitivas (como la experiencia del juzgador valorando testimonios) o incluso dejarse llevar por los *sesgos de veracidad o de mendacidad*, los cuales parten de la tendencia de juzgar las declaraciones como verdaderas o falsas según se trate del tipo de persona que emite su testimonio, indicadores que son muy subjetivos, variables, incontrolables, poco fiables y, sobre todo, poco medibles, situación contraria a lo que nos marca la psicología del testimonio, pues esta se define como:

La disciplina que representa la aplicación de la investigación psicológica al ámbito del testimonio y, respecto a la investigación psicológica más general, examina en particular los procesos *perceptivos* atencionales de *memoria* que forman parte de la codificación de un suceso también encargado de emoción; los procesos *perceptivos* y de *memoria* que intervinen en la aplicación del culpable, y de la idoneidad de los procedimientos adoptados para este fin; la mentira intencional: las capacidades de la persona que miente y la identificación de la mentira; los procesos de toma de decisiones implicados a la hora de establecer la credibilidad de un testimonio y la culpabilidad de un individuo; el efecto de los interrogatorios (entrevistas de investigación) sobre el *recuerdo* y la declaración; la *sugestionabilidad* y otras características individuales y su papel en el *recuerdo* y en el testimonio; el examen de la veracidad del testimonio; las cuestiones relativas a la valoración de la capacidad para testificar y de la credibilidad de la declaración del testigo. (Mazzoni, 2019: 18)

Como se observa en esa definición, se hace referencia de manera reiterada y evidente a dos aspectos fundamentales en la formación del testimonio: la percepción y la memoria, pues con la percepción inicia todo el proceso de creación del testimonio, en tanto que en la memoria es donde permanecerá almacenada la información previamente percibida. Tales aspectos han sido ampliamente estudiados y contrastados por la ciencia de la psicología del testimonio, que en la actualidad es la más adecuada y objetiva para el estudio del testimonio.

III. PERCEPCIÓN Y MEMORIA, ELEMENTOS CLAVE EN LA FORMACIÓN DEL TESTIMONIO

Para tener la posibilidad de adentrarnos al campo de la valoración objetiva y razonada del testimonio, necesariamente debemos tener claro que el testimonio natural —ese que está libre del propósito de inventar— se encuentra íntimamente relacionado con los procesos de la percepción y de la memoria, de tal suerte que no puede existir testimonio si no existe la memoria. En este sentido, no nos referimos a la percepción, porque claro está que cualquier persona puede inventar sin problema alguno un hecho aun cuando no lo haya percibido; pero lo que no puede ocurrir es que se pueda emitir un testimonio sin hacer uso de la memoria, aunque este haya sido inventado, ya que cualquier experiencia o información recibida va a quedar almacenada en la memoria (Coon, 2009).

Como ejemplo de lo anterior se tiene el uso del lenguaje. Los significados de las palabras o el simple hecho de que sepamos quiénes somos se dan gracias a la existencia de la memoria, ya que es donde registramos todo el

conocimiento adquirido desde que nacemos hasta que morimos, como si fuera una especie de biblioteca que podemos consultar cuando necesitamos recordar cierto tipo de información. Es por ello que la memoria forma parte esencial del testimonio, porque este trata de lo que un testigo cree que recuerda que percibió de un hecho en específico, el cual sucedió en un momento y lugar determinados, resultando necesario entonces definir lo que es el testimonio: “un testimonio o una declaración es un relato de *memoria* que un testigo realiza sobre unos hechos previamente presenciados” (Manzanero, 2017: 17). Dicho en otras palabras, el testimonio es la información que la persona previamente cree haber percibido, guardó en su memoria y recuerda para posteriormente expresarla, pero ¿cómo es que la información llega a la memoria?

Sin duda, la información llega por medio de los sentidos, específicamente a través de la *percepción*, la cual es definida por Antonio Manzanero (2017) como “el proceso mediante el cual dotamos de significado a las sensaciones” (p. 32), acotando que la percepción funciona a través de ellas, ya que nuestros sentidos no pueden apreciar aquello que no les genera una sensación.¹ Es decir, lo primero que tiene que ocurrir para que la información sea apreciada por los sentidos es que esta (visual, auditiva, sensorial, olfativa) genere una estimulación que va a ocasionar que nuestro cerebro conciba una sensación que, para fines prácticos, vamos a definir como la información que nuestro cerebro capta del mundo exterior, la cual tiene que ser percibida para entrar a nuestra mente. En otras palabras, la información es dotada de significado, interpretada, comprendida y codificada.

Podemos dar el siguiente ejemplo. Si estamos viendo una pelota, ese simple ejercicio de estarla observando es la sensación, y la percepción es la interpretación que se le da a dicha pelota, esto es, que a dicho objeto se le codifica como pelota, que sirve para jugar, que es de color blanca, que es similar a la que salió en el partido de fútbol, etcétera. Una vez que fue percibida, pasará a ser depositada en la memoria, lugar donde permanecerá almacenada hasta que con el paso del tiempo y dependiendo del impacto o la importancia que le haya generado al testigo —así como del repaso constante que le dé o no a la misma— se va a ir desvaneciendo y olvidando.

Por lo anterior, es dable establecer que la percepción y la memoria son dos elementos fundamentales para la existencia y formación del testimonio, ya que para que este se haya generado el testigo tuvo que haber percibido

¹ Sensación: “Respuesta inmediata del cerebro causada por excitación de un órgano sensorial” (Coon, 2009: G-17).

el hecho para posteriormente evocar lo que crea haber presenciado, haciendo uso de su memoria al recordar lo que percibió del hecho.

IV. ASPECTOS QUE INFLUYEN EN LA PERCEPCIÓN DE LOS HECHOS

Ahora, ¿les ha pasado que cuando están con los amigos platicando sobre una película o sobre lo que aconteció en una fiesta algunos hablan de situaciones o detalles que no recuerdan haber presenciado? Esto se debe a múltiples factores que interfieren en el proceso de la percepción, tales como el grado de atención, la duración del suceso, las condiciones de apreciabilidad (luminosidad, la distancia y posición del testigo), el realce de los detalles, la familiaridad con el hecho, la frecuencia, la presencia de violencia en el hecho, entre otros. Como es de notar, existen muchos aspectos que dificultan la calidad y claridad de la apreciación de un evento delictivo, razón por la cual la percepción de la realidad difícilmente será perfecta. Es por ello que la capacidad real de percepción de los testigos siempre debe someterse a un escrutinio minucioso.

A. GRADO DE ATENCIÓN

El grado de atención es de los aspectos más importantes que influyen en el proceso de la percepción que dependen cien por ciento del testigo, dado que la atención es un recurso limitado que implica dirigir y concentrar los sentidos (la vista y el oído principalmente) en algún objeto o situación específica del hecho que se está presenciando, lo que trae como consecuencia que los demás objetos y circunstancias que están fuera de nuestra atención o de ese *foco atencional* las captaremos con una menor intensidad, “resultando bastante probable que no se recuerden o se recuerden mal, en el momento en el que el testigo emita su testimonio” (Mazzoni, 2019: 51). Es decir que muchas de las veces, cuando sucede un evento delictivo, las personas que se encuentran alrededor no están enfocando su atención hacia donde esta ocurriendo, pues lo normal es que no sepan que se va a suscitar un delito, puesto que ninguna persona trabaja como “testigo profesional”, poniendo su atención a lo que está sucediendo a su alrededor para ver si ocurre un delito, de manera que el conocimiento de los hechos para un testigo se produce por casualidad, repentinamente. Además:

... la vista también reduce lo que observamos. Como el resto de los sentidos, opera como un sistema reductor de información; es decir, selecciona, analiza y filtra hasta que solo quedan los detalles importantes. De modo análogo, cada uno de los sentidos sistemáticamente "condensa" flujos de información en una corriente de datos útiles. (Coon, 2009: 173)

Esto significa que en un primer momento ningún ser humano es capaz de captar todos los detalles ni las circunstancias que forman y acontecen en un hecho, y cuando el testigo logre poner su atención al mismo inevitablemente se enfocará en cierto tipo de detalles u objetos.

Por ejemplo, en un homicidio la atención se pudiera centrar en la herida de la víctima, en su sangre o en el arma, pero el testigo no ha logrado captar de manera completa todos los detalles ni las circunstancias que rodean al hecho. Inclusive, se puede dar el caso de que al testigo le llame más la atención el reloj que traía puesto la víctima o el dibujo de su playera y que por ello pierda de vista otros detalles; incluso, se debe considerar que —amén de que no esté pendiente de lo que pasa alrededor— pueda estar haciendo alguna otra actividad que demande atención, como estar despachando en una tienda, escuchando música, platicando con alguien más, etcétera, lo cual demerita la calidad de lo percibido.

Estas posibilidades deberán ser tomadas en cuenta al analizar, sobre todo, los testimonios de los *testigos presenciales* que aduzcan haber apreciado el hecho completo; afirmación que, aunque pareciera increíble para el ojo humano, denota que es imposible captar al mismo tiempo toda la información que forma parte de un evento, lo que tiene como consecuencia lógica que se escapen detalles. Este tipo de fenómeno fue llamado *ceguera por falta de atención* por el psicólogo estadounidense Ulric Gustav Neisser.

B. DURACIÓN DEL SUCESO

Al igual que el grado de atención, el tiempo en el que sucede el hecho es de los factores del suceso que más influyen en la percepción, aun cuando no depende del testigo en sí, sino de la propia naturaleza del evento. Sin embargo, la duración del suceso y el grado de atención están íntimamente relacionados, lo cual atiende a una cuestión bastante lógica, pues recordemos que el testigo va a comenzar a percibir la información a partir de que enfoque su atención en el hecho, y entre menos tiempo dure el mismo menos oportunidad tendrá el testigo de percibir de forma completa el

acontecimiento. Es decir, para cuando el testigo logre poner su atención en el hecho, únicamente va a percibir una parte del evento delictivo, en la gran mayoría la parte final.

Por ejemplo, en un hecho de tránsito el ruido que produciría el impacto de los vehículos sería lo que atraería la atención de las personas, quienes comenzarían a percibir a partir de que el choque ya ha sucedido, sin que hayan tenido oportunidad de poner atención en cuál carro se estrelló contra cuál o cómo fue que se originó el choque. De igual manera, en un homicidio a mano armada el sonido que producirían los disparos sería lo que llamaría la atención de las personas, que alcanzarían a percibir solo a la persona asesinada, y con suerte también a los culpables corriendo.

Aunado a este tipo de hechos que suceden de forma rápida, y no dan mucho tiempo de apreciar su realización a menos de que se esté prestando atención al lugar donde vayan a ocurrir, también se dan hechos cuya consumación es un poco más prolongada. Por ejemplo, en una pelea que termina en homicidio, la lógica nos indicaría que durante el suceso los gritos y los ruidos que los golpes generaron llamaría la atención de las personas cercanas al lugar, quienes una vez puesta su atención en la pelea podrían comenzar a ver al imputado y a la víctima sosteniendo una disputa y, a partir de ahí, apreciar los momentos en que el acusado saca un arma y mata a la víctima.

A partir de los ejemplos ya expuestos se puede notar la importancia de analizar cuidadosamente el tipo de suceso en cuanto a su duración (corta, mediana o larga) para verificar la oportunidad real de percepción que pudo haber tenido el testigo.

C. CONDICIONES DE APRECIABILIDAD DEL SUJETO

Con respecto a este punto, se engloban diversas situaciones a considerar para determinar de manera razonada la calidad de la información que el testigo aduce haber percibido, como la distancia que guardaba en relación con el lugar en donde aconteció el evento, puesto que es de todos conocido que entre más distantes nos encontremos de un lugar menos claridad tendremos para apreciar el hecho, incluso de poder ver algunos detalles importantes, como pudieran ser los rostros de los intervinientes, los casquillos tirados en el piso, las características específicas del arma, entre otras.

Además de la distancia, conocer la posición que guardaba el testigo en relación con el hecho es de vital importancia. Puede ser el caso de que el testigo se encuentre a escasos tres metros de distancia de donde hubiere aconteciendo el hecho, pero que se encontrara totalmente de espaldas o de lado —por estar platicando con alguien más—. En ese caso, sin duda alguna, aunque se encuentre cerca del hecho su posición le impediría conocerlo visualmente, ya que el ángulo visual del ojo humano sin realizar movimientos de cabeza es de aproximadamente 130 grados vertical y aproximadamente 91 grados en horizontal. Peor aún, si el suceso fue un robo que aconteció de manera rápida, prácticamente ya no tendríamos oportunidad de ver el hecho a pesar de encontrarnos relativamente cerca, todo debido a una posición desfavorable con respecto a donde sucedió el hecho.

Ahora bien, hablemos de un persona que se encuentra cerca del hecho y además tiene una posición de frente a este, pero ya es de noche y la luminosidad es muy pobre. Esta situación afectaría la calidad y cantidad de lo que podamos percibir debido a que:

... las células encargadas de la percepción del color (conos) no se activan en condiciones de oscuridad, de manera que la información sobre colores percibidos en condiciones de oscuridad no resulta fiable, así mismo [*sic*] los cambios de iluminación son perjudiciales para la percepción de detalles ya que al sistema visual le lleva un tiempo el adaptarse a esos cambios y durante ese periodo de adaptación la percepción resulta realmente pobre. (Pérez, 2017: 17)

Es así que las condiciones de poca luminosidad son circunstancias importantes que influyen en la correcta percepción del hecho, sobre todo cuando se trata de identificar o diferenciar colores.

D. REALCE DE LOS DETALLES

Sin duda alguna no todos los detalles de un hecho van a llamar nuestra atención de la misma manera, inclusive existen detalles u objetos que llaman nuestra atención involuntariamente. Tal es el caso del tan mencionado y estudiado *efecto del foco en el arma* o en inglés *weapon effect* (Manzanero, 2017; Mazzoni, 2019; Diges, 2017). Si bien es cierto ocurre con mayor frecuencia en las víctimas, no es menos cierto que también sucede con los testigos que presencian el hecho jurídicamente relevante. El fenómeno consiste en que de manera involuntaria (o automáticamente) la atención se va a

concentrar en las armas (pistolas, cuchillos, fierros, palos) que se utilicen en un evento delictivo, lo que trae como consecuencia natural que los demás detalles que rodean la escena queden fuera del enfoque y se aprecien de una manera poco eficaz, tanto que incluso no lleguen siquiera a registrarse lo suficientemente en la memoria como para ser recordados con posterioridad. Otro detalle que, por lo general, atraería la atención de manera automática sería algún tatuaje en la cara del imputado o alguna cicatriz o verruga prominente.

E. FAMILIARIDAD CON EL HECHO

Esta circunstancia se refiere a que entre más conocimiento y experiencia tenga el testigo respecto de los objetos y características que ocurran en el suceso este le va a resultar más entendible, y por ende la manera de captar y procesar la información le va a ser más fácil, ya que entre más información tenga de ciertas actividades o cosas, más completa y rápida se vuelve la capacidad de atención, pudiendo procesar así mayor cantidad de detalles, a diferencia de si apreciara un hecho que le resultara poco familiar.

A manera de ejemplo, si le dicen a un mecánico y a un carnicero que observen por unos minutos el motor de un vehículo, esto traería como consecuencia que el mecánico aprecie mucho más detalles que el carnicero, aun cuando ambos estén viendo el mismo objeto en el mismo tiempo, pero con una sola variable: la familiaridad y el conocimiento de lo que observan. En este sentido, es como la frase de que nadie puede ver lo que no conoce, debido a la experiencia y los conocimientos previos que tenga el testigo en relación con el hecho que haya percibido.

F. FRECUENCIA

Sin duda, uno de los factores que más pueden ayudar a que los sucesos se mantengan frescos en la memoria es la frecuencia, pues entre más veces presenciemos un hecho más lo estaremos reafirmando en nuestra memoria y, por ende, habrá menos riesgo de que la información se vaya olvidando. Sin embargo, existe una gran posibilidad de que al evocar el testimonio este se encuentre con múltiples errores “provocados por la interferencia entre las distintas ocasiones en que se presenció el delito, incorporándose

información de unas a otras” (Manzanero, 2017: 113). Por lo general, este tipo de circunstancias las vamos a encontrar en delitos continuados, tales como los de violencia familiar, en donde la víctima sufre agresiones reiteradas por parte de la misma persona (el agresor).

G. VIOLENCIA

Esta variable es uno de los factores del testigo a considerar y por lo general se da en las víctimas, sobre todo en las que sufren hechos violentos que producen un alto impacto mental que puede afectar el adecuado almacenamiento de la información en la memoria (Pérez, 2017), además de ocasionar estrés, lo que dificulta que la percepción se lleve a cabo de manera adecuada ya que, por una parte, puede ocurrir que la atención se concentre en el arma o en el objeto que puede dañar (efecto del foco en el arma), atendiendo a una cuestión natural de supervivencia, por lo que resulta poco viable que la víctima vaya a recordar factores externos o fuera del foco atencional del arma en los que no puso atención.

Y por otro lado, según el grado de estrés que haya experimentado la víctima, le puede traer como consecuencia un estado anímico que le imposibilitara percibir la información de manera clara, pues existe un alto grado de probabilidad de que una persona que haya vivido violencia sufra de estrés, y este, a su vez, produzca un efecto de bloqueo en los procesos perceptivos:

Clifford y Scott explican este efecto indicando que el sujeto experimenta mayor estrés cuanto mayor violencia implica el suceso, y el estrés afecta negativamente a los procesos cognitivos como la atención, la percepción y la memoria. La falta de recursos atencionales que genera el estrés dificulta el procesamiento en profundidad de la información. (Manzanero y Álvarez, 2017: 194)

V. CORRESPONDENCIA DEL RECUERDO CON LA REALIDAD

Como ya lo explicamos anteriormente, el testimonio es el relato de memoria que el testigo recuerda y evoca, pero la pregunta aquí es: ¿qué tanto se corresponde con la realidad esa información que el testigo recuerda? Para dar contestación, vamos a recapitular un poco lo abordado en el tema anterior, específicamente en la parte de la atención humana, en donde

mencionamos que es imposible que un ser humano capte, en un solo instante a través de las sensaciones generadas en sus sentidos —principalmente en el de la vista—, todos los detalles y objetos que conforman un suceso, por la sencilla razón —que inclusive no controlamos— de que “la vista también reduce lo que observamos. Como el resto de los sentidos, opera como un sistema reductor de información; es decir, selecciona, analiza y filtra información hasta que sólo quedan los detalles importantes” (Coon, 2009: 173).

Lo anterior acontece de manera similar en nuestra memoria: toda la información que percibimos (lo que implica dotar de significado a la información que ya no viene completa porque pasó por un proceso de discriminación y selectividad natural realizada por nuestros sentidos) y que llega a nuestra memoria la vamos a modificar de una manera diferente y particular a las demás personas, ya que es sometida a juicios internos de valor de acuerdo con los conocimientos con los que cuenta cada persona según su edad, intereses, conocimientos, prejuicios, expectativas, estereotipos y emociones. A estos puntos la doctrina los ha denominado *factores del testigo*, e influyen de manera categórica para que la memoria humana se encuentre en una constante reelaboración y, por ende, modificación de la información que mantiene almacenada, arrojando como resultado una especie de mezcla de información percibida con información manipulada por los factores ya mencionados:

Dar una interpretación a aquello que se presencia es un mecanismo que se activa automáticamente, aunque no seamos conscientes de lo que está sucediendo y sin que exista tampoco conciencia alguna del hecho que, de una manera u otra, estamos interpretando. La interpretación de los acontecimientos juega un papel primordial para modificar el contenido inmerso en la memoria. En consecuencia, incluso el contenido del recuerdo y su relato posterior, en el momento que quiera recuperarse de la memoria, resultará modificado respecto al suceso original. (Mazzoni, 2010: 44)

De lo anterior, tenemos que la información que logra llegar a ser almacenada en la memoria de ninguna manera es exactamente igual a lo que se percibió, y lo que se percibió tampoco logra ser igual a lo observado. De modo que el testimonio no es una versión “pura” o “natural” de la realidad, sino que esta ya pasó por un proceso de codificación e interpretación de la información percibida, la cual fue almacenada en la memoria y a la hora de traerla al consciente para manifestarla ya no es una versión “original”, sino una versión modificada por los conocimientos y prejuicios

propios de cada persona. Esto no implica que el testimonio varíe en su totalidad de lo acontecido en la realidad, es decir, un testimonio no va a ser una copia exacta de la realidad, pero tampoco va a ser algo ajeno, pues en su gran mayoría se corresponderá con la realidad en la sustancia del hecho, sobre todo en los detalles simbólicos a los que más le prestó atención el testigo.

Ahora bien, ¿qué es lo que pasa con el recuerdo? Primero, tenemos que entender que el recuerdo es la capacidad de reproducir, con un mínimo de señales externas, la información almacenada en la memoria (Coon, 2009). Esto quiere decir que para que pueda existir el recuerdo necesariamente debe existir información almacenada en la memoria, ya que no se puede recordar algo que no esté previamente almacenado en ella, lo que nos indica que cuando hacemos uso del recuerdo, hacemos uso de información que ya lleva tiempo guardada en la memoria. En este sentido, justamente el paso del tiempo es uno de los factores del suceso que contribuyen a la pérdida y modificación de la información guardada en la memoria:

A medida que pasa el tiempo, el recuerdo es más redondo, y más coherente, se van perdiendo los detalles menos consistentes con el esquema general e incluso se pueden añadir datos que encajan en la idea general, pero que no fueron percibidos, de manera que simplemente el paso del tiempo ya supone una fuente de degradación y contaminación del testimonio. (Diges, 2016: 23)

De lo anterior podemos contestar a las preguntas antes planteadas respecto de que los recuerdos tampoco se van a corresponder completamente con la realidad, pues tal afirmación ya ha sido abordada y experimentada:

[por] los psicólogos que estudian la memoria quienes han mostrado empíricamente que el recuerdo que se tiene de un suceso no es un réplica exacta de lo sucedido ya que la memoria no es en absoluto una grabación fiel de los sucesos, sino más bien una reconstrucción a partir de esquemas y categorías previas. (Diges, 2016: 23)

De ello podemos concluir que la información sobre la realidad de un hecho que fue percibido y almacenado en la memoria de un ser humano pasa por tres momentos naturales e involuntarios de modificación o alteración. El primer momento es cuando se pone atención al evento, pues los órganos sensoriales, de manera automática, solo se enfocan en ciertas partes y características del hecho, destacando que desde ese instante el suceso ya no es observado de manera completa.

El segundo momento tiene que ver con todo lo que implica el proceso de la percepción pues, como ya se mencionó, para que la información pueda ser susceptible de ser percibida necesariamente tiene que ser interpretada, y al ser interpretada se modifica según las creencias, los estereotipos y los esquemas mentales con los que cuente cada persona, de acuerdo con lo que en psicología del testimonio conocemos como factores del testigo (edad, sexo, género, raza, cultura, instrucción escolar, expectativas, violencia, ansiedad, estereotipos, salud de los órganos sensoriales). Es decir, hasta este segundo momento tenemos no solo una parte de la información del hecho, sino que esta además ya fue modificada (al ser percibida) para ser almacenada en nuestra memoria y posteriormente pasar al último momento de alteración, el cual comprende todo lo que ocurre con la información desde el momento en que se encuentra guardada en la memoria hasta que es recordada y evocada, aspecto que desarrollaremos en el siguiente apartado.

VI. LAS DEFORMACIONES DEL RECUERDO

Como ya expusimos, el recuerdo es una información modificada del hecho originalmente apreciado, sin embargo, esa información que ya no se corresponde al cien por ciento con la realidad aún puede seguir sufriendo modificaciones por diversos factores, como pudieran ser el paso del tiempo, la sugestión, el efecto de información engañosa, entre otros. Estos factores muchas veces suceden sin que las personas se den cuenta —es decir, de manera inconsciente—, lo que trae como consecuencia que la información almacenada en la memoria sea modificada e incluso creada (inventada) total o parcialmente sin que se sea consciente de ello. Tal como lo refiere Mazzone (2010): “un individuo puede aparentemente recordar que ha vivido un suceso que en realidad no ha sucedido nunca” (p. 106), por lo que resulta de vital importancia para el análisis del testimonio conocer las diversas causas que influyen en la deformación del recuerdo.

A. EL PASO DEL TIEMPO

Considerado como uno de los factores del proceso que más influyen en el deterioro de los recuerdos, se refiere al lapso de tiempo que ha transcurrido entre el momento en el que el testigo tiene conocimiento del hecho criminal (ya sea por referencia de otros o por haberlo apreciado directamente a través de los sentidos) hasta el momento en el que vierte de manera formal su testimonio ante una autoridad (ministerial o judicial). Este factor cobra relevancia debido a que “el paso del tiempo es uno de los elementos clave en la fase de retención: cuanto mayor es el periodo de retención mayor será el deterioro de las huellas de memoria” (Manzanero, 2017: 38).

Asimismo, el psicólogo alemán Hermann Ebbinghaus (1885) explicó este fenómeno mediante la curva del olvido, con la que sustentó que entre más pase el tiempo de haber percibido un hecho hasta su evocación menos posibilidades habría de que la persona recordara ese hecho de manera completa o exacta, pues se atribuye que el paso del tiempo va ocasionando que la información almacenada en la memoria se vaya deteriorando, si bien no en su totalidad, sí en cierta proporción, sobre todo en los detalles periféricos o de contexto.

B. LA SUGESTIÓN

En términos generales, la sugestión no es otra cosa más que la influencia externa que se realiza al recuerdo en relación con algún hecho percibido, ya sea por medio de afirmaciones o por preguntas. Este tipo de información sugerida comúnmente es información diferente a la almacenada en nuestra memoria y muchas de las veces es información falsa que nunca sucedió en la realidad, lo que tiene como consecuencia que, si el testigo no está cien por ciento seguro de la información que recuerda y tiene comunicación con algún amigo que le comience a dar su opinión o con algún policía que le realice preguntas sugestivas que vayan acompañadas de cierta coerción o presión, esa información contenida en las preguntas o en las opiniones pueden influir o combinarse con el recuerdo “original”. Así lo refirió Giuliana (2010): “El fenómeno por el que la sugerencia de informaciones lleva, de una u otra manera, a modificar el recuerdo de un evento vivido, ha sido denominado *post-event misinformation effect*, es decir, el efecto de una información engañosa ofrecida post-suceso” (p. 75), lo que necesariamente nos lleva a indagar sobre el “efecto de información engañosa”.

C. EFECTO DE INFORMACIÓN ENGAÑOSA

Primero vamos a definir a la información engañosa como cualquier tipo de detalle que guarda cierta similitud o relación con el evento percibido, pero que resulta ser diverso o falso a la información “original” almacenada en la memoria, de manera que cuando es presentado o sugerido al testigo a este no le resulta fácilmente identificable y puede rechazar dicha información. Como lo referimos en el punto anterior, la sugestión es una manera de introducir información engañosa a la memoria de los testigos, ya se directa o indirectamente a través de pláticas, preguntas, afirmaciones, imágenes o videos.

La consecuencia que puede generar la introducción de información engañosa es la modificación de la información guardada en la memoria. Esta modificación puede llevarse a cabo rellenando las lagunas o espacios mentales del recuerdo original con información engañosa o también a través de la creación de falsos recuerdos o de ilusiones. Como lo refieren Roediger y Mcdemort (1995), el *efecto de memoria ilusoria* es un fenómeno que sucede cuando una persona refiere recordar alguna palabra que no se le dijo o que no venía en la lista que leyó, pero que, dada la relación que guardan esas palabras entre sí y de acuerdo a sus esquemas mentales y estereotipos, interpreta automáticamente que venía en la lista o que la escuchó.

VII. ANÁLISIS DEL TESTIMONIO

La valoración del testimonio desde una concepción racional no se limita únicamente al uso del conocimiento científico —en el presente caso, la disciplina de la psicología del testimonio—, sino que además requiere complementar su análisis apoyándose de otros parámetros objetivos, como el análisis de su coherencia,² tal y como lo refirió Nieva (2017):

La coherencia de la declaración consiste en la ausencia de contradicciones en el relato del declarante, de manera que todo aquello que haya dicho no contraste entre sí, es decir, que no haya partes de la declaración que sean completamente incompatibles con otras.

² Coherencia: “Se limita a precisar compatibilidad, conectividad lógica o, señaladamente, no contradicción...” (Pérez Bermejo, 2006: 127).

Definitivamente para poder revisar la coherencia en el testimonio requerimos de algo más que el sentido común, sobre todo al identificar aquello que creemos que es contradictorio, es decir, el hecho de que a nivel personal alguna afirmación nos parezca contradictoria, no significa que realmente lo sea. (p. 18)

Afortunadamente, la Sala Penal del Tribunal Supremo Español emitió la sentencia STS 2673/2019 (2019), al resolver el recurso de casación 10085/2019, interpuesto por la defensa en contra de la sentencia condenatoria, en donde —en lo que nos interesa— estableció tres criterios orientadores para analizar si un testimonio puede resultar creíble:

- La comprobación de la credibilidad subjetiva. Exige el análisis de las características físicas y psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad, instrucción escolar, etc.), lo que en psicología del testimonio se conoce como *factores del testigo*, que se refieren a si lo que refiere el testigo se corresponde con la forma en que pudo percibir el hecho, recordarlo y posteriormente evocarlo.

De igual manera, en este parámetro se analiza la existencia de móviles que pudieran llevar al testigo a mentir, como la venganza, el resentimiento, la enemistad o algún beneficio personal en el resultado del fallo.

- El análisis de la credibilidad objetiva. Se analiza la lógica del relato; su congruencia; la secuencia cronológica ordenada; la ausencia de contradicciones, de situaciones fantasiosas y de exageraciones y enunciados que no encuentren una explicación sencilla de cómo fue que sucedieron los hechos (coherencia interna), y el suplementario apoyo en datos objetivos de corroboración periférica o en otros medios de prueba (coherencia externa).
- Persistencia en la incriminación. La cual a su vez abarca los siguientes puntos a considerar:

1. Ausencia de modificaciones esenciales sucesivas en el relato.
2. Concreción en la declaración, sin ambigüedades, vaguedades o generalidades.
3. Ausencia de contradicciones entre las diversas entrevistas rendidas durante el proceso: que persista una conexión lógica entre ellas.

VIII. CONCLUSIONES

Primera. La concepción racionalista de la prueba nos exige realizar una valoración lo suficientemente clara y precisa que permita a los justiciables y a las partes procesales comprender por qué se dio o no valor probatorio a un testimonio, evitando motivaciones ambiguas o poco claras que dejen a los justiciables y a las partes con dudas sobre qué fue exactamente lo que motivó al órgano jurisdiccional a demeritar o no a la prueba testifical. Para tal efecto resulta indispensable apoyarse en parámetros y bases objetivas, los cuales son proporcionados por la psicología del testimonio, las máximas de la experiencia, la reglas de la lógica, el conocimiento científico y la corroboración con otros medios de prueba (documentales, periciales, materiales, testificales, etc.), realizando así un análisis completo del contenido de los testimonios en el que se aduzca qué parámetros de análisis del testimonios, de acuerdo al conocimiento científico (psicología del testimonio), se encuentran presentes en cada una de las testificales desahogadas y si estos son acordes a las reglas de la lógica, mencionando a cuáles reglas de la lógica y máximas de la experiencia. Esto quiere decir que se debe analizar su coherencia interna y externa y no solamente limitarse a mencionar de manera muy general que, de acuerdo con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, resultó creíble por encontrarlo libre de contradicciones.

Segunda. El hecho de que existan contradicciones o discrepancias en los testimonios de los testigos es algo normal, siempre y cuando estas recaigan sobre el contexto o circunstancias periféricas o incluso a algunas cuestiones de estimación de distancia, velocidad o tiempo. Estas circunstancias son las que más fallan, pues debemos tener en cuenta que el testimonio no es solo una declaración respecto a lo que el testigo recuerda que percibió, sino que lo que recuerda es una experiencia de lo percibido. Así, el hecho de que existan pequeñas contradicciones no significa que el testimonio es falso ya que, como se abordó en el presente artículo, se debe analizar una serie de parámetros aplicables a cada testigo y al caso en particular para poder establecer de manera objetiva y justificada por qué un testimonio resulta contradictorio.

Tercera. Como se puntualizó en el presente artículo, hasta hoy en día no se puede saber de manera certera si un testigo está mintiendo o diciendo la verdad; sin embargo, sí se pueden tener indicios de ello analizando los

posibles intereses con los que cuente el testigo para mentir, lo cual de ninguna manera es razón suficiente para considerar que está mintiendo bajo el único argumento, por ejemplo, de que es familiar o amigo del acusado, ya que ningún testigo es imparcial. Al final de cuentas, todos los testigos van a reforzar una hipótesis en la que creen, independientemente del interés personal que tengan, y lo más efectivo para poder evidenciar y verse materializada la veracidad de un testimonio hasta hoy en día sigue siendo la corroboración con otras pruebas, como la científica, documental o material.

Cuarta. Atendiendo a lo susceptible que es la memoria de ser modificada, sobre todo mediante la formulación de preguntas o comentarios sugestivos, se recomienda que al tomar las entrevistas a los testigos primero se deje que se expresen de manera narrativa y al último realizar preguntas para aclarar o ampliar en algún punto, desde luego utilizando preguntas abiertas.

IX. FUENTES DE CONSULTA

- Barrios González, B. (2017). *Teoría de la sana crítica. Interpretación, valoración y argumentación de la prueba*. México: Ubijus.
- Carofiglio, G. (2010). *El arte de la duda*. España: Marcial Pons.
- Coon, D. (2009). *Psicología*, décima edición. México: Cengage Learning.
- De Paula Ramos, V. (2019). *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*. España: Marcial Pons.
- Diges, M. (2016). *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos: Estudios de psicología forense*. España: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2017). “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia, intermediación e inferencias probatorias”. En *Revus*. Recuperado de: <http://journals.openedition.org/revus/4016>
Doi: 10.4000/revus.401 [fecha de consulta 18 de agosto de 2020, a las 17:00 horas]
- González Lagier, D., Accatino, D., Gascón Abellán, M., Aguilera, E., Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán, J., Castillo Alva, J. L., Igartua Salvatierra, J., Fernández López, M., Miranda Estrampes, M. y Vázquez Rojas, C. (2018). *Hechos y razonamiento probatorio*. México: CEJL.
- Manzanero, A. L. (2015). *La memoria humana. Aportaciones desde la neurociencia cognitiva*. España: Pirámide.

Manzanero, A. L. (2017). *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. España: Pirámide.

Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Italia: Trotta.

Mazzoni, G. (2019). *Psicología del testimonio*. Italia: Trotta.

Nieva Fenoll, J. (2017). *La valoración de la prueba en el proceso penal*. México: MaGister.

Pérez-Mata, N. y Diges, M. (2017). *La prueba testimonial*. México: Centro de Estudios Carbonell.

Roediger, H. y McDermott, K. (1995). "Creating False Memories: Remembering Words Not Presented in Lists". *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 21, pp. 803-814. doi: 10.1037//0278-7393.21.4.803.

Rua, G. (2014). *Contraexamen de testigos*. Argentina: Didot.

Pérez Bermejo, J.J. (2006). *Coherencia y sistema jurídico*. España: Marcial Pons

Sentencia STS 2673/2019, de fecha 24 de julio de 2019, España. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/603635899daf18a230bf29a864dc4877dcd58f5cb79c7920> [Fecha de consulta 18 de agosto de 2020, a las 17:12 hrs]

ELEMENTOS PARA APLICAR EL MÉTODO DEL CASO EN LA FORMACIÓN JURISDICCIONAL Y DE FISCALES

◉ Juan Abelardo Hernández Franco *

* Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

● **Modelos argumentativos**

Argumentative models

● **Análisis de caso**

Case analysis

● **Principios jurisdiccionales**

Jurisdictional principles

● **Habilidades cognitivas**

Cognitive skills

● **Resolución jurisdiccional y fiscal**

Jurisdictional and fiscal resolution

- Fecha de recepción: 7 de julio de 2020
- Fecha de aceptación: 7 de diciembre 2020

Resumen: El presente artículo remite a las habilidades cognitivas para el correcto análisis de caso a través del correcto razonamiento circunstancial con el uso de los principios jurisdiccionales aplicados junto a modelos argumentativos, no solo por la enunciación y lectura textual, que lleven a la comprensión global y con ello a la resolución de problemas.

Abstract: This article refers to the cognitive abilities for the correct analysis of the case through the correct circumstantial reasoning through the use of the jurisdictional principles applied together with argumentative models, not only for the enunciation and textual reading that lead to the global understanding and with it to problem solving.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Jerome Frank: Repensar el método del caso. III. Formación y capacitación profesional a partir de la experiencia. IV. Razonamiento de circunstancias y microfísicas. V. Prácticas judiciales a modo de clínicas como complemento del método del caso. VI. Cómo preparar un caso incluyendo el marco de reglas y principios jurisdiccionales. VII. Conclusión. VIII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

La formación y la capacitación tradicional de los saberes jurídicos, sean jurisdiccionales o de cualquier otro tipo, se ha caracterizado por ser dirigidas exclusivamente a la verbalización como *saber*. Dificilmente, han considerado el desarrollo de habilidades y destrezas de orden cognitivo del *saber hacer* y *saber ser*. Entender la ciencia jurídica y las normas no es igual a comprender cómo saber hacer lo que hace un juzgador o cómo ser un juzgador. El verbalismo educativo y los manuales se han convertido en verdaderos obstáculos para el desarrollo de hábitos creadores cognitivos.

En este contexto, la capacitación judicial debe dirigirse al fortalecimiento de aptitudes mentales más que a la adquisición de conocimientos. Estudiar no solo ideas, sino acontecimientos. Comprender que, a pesar de la existencia de una coherencia lógico-formal en los enunciados, puede ser que su congruencia no sea pertinente. Es importante ejercitarse para desarrollar la capacidad de análisis, comparación y síntesis. Ello se logra mediante el diálogo, la crítica y la disciplina de observar y escuchar con atención.

Hace más de 50 años se contempló que la nueva educación consistiría en capacitar a las personas para que se pudieran enfrentar a situaciones futuras, desconocidas para todos.¹ Por esta razón se debe formar a las personas en el desarrollo de sus capacidades de adaptación. Esto, para que puedan buscar en sí mismas nuevas soluciones a nuevos problemas en nuevas situaciones.²

¹ Un buen ejemplo es el caso que se vivió en el 2020 a nivel mundial. Nunca en la historia de la humanidad se había registrado una pandemia con las características del covid-19 ni se tenían protocolos de actuación para situaciones de este tipo.

² Véase la entrevista con Gastón Mialaret en Fabra, Mialaret y Kister (1975).

Los actuales modelos psicopedagógicos muestran evidentemente que el aprendizaje significativo parte de la manipulación, la experimentación, la invención y el descubrimiento por parte de los individuos. El aprendizaje solo se adquiere con la experiencia dirigida por el o la docente, quien, más que informar, solo debe de presentar los elementos y los datos de un problema para estimular y motivar la búsqueda de la información. José Pallach (1975) menciona que:

El maestro no es quien informa, sino el que estimula y motiva para la búsqueda de la información, el que ayuda al hallazgo, contribuye a su crítica y facilita la reflexión personal del alumno para la integración de la información recibida. (p. 125)

El método del caso es una innovación educativa del siglo xx y ha evolucionado notablemente en las dos primeras décadas del siglo xxi. Su origen se encuentra en el seno de la escuela de derecho, aunque se ha extendido principalmente a las escuelas de medicina y a las de administración y negocios.

No hay un solo método del caso. La elaboración de un caso depende del área de conocimiento que se quiera aprender y de las habilidades y competencias que se quieran desarrollar. El presente cuaderno de trabajo tiene por objeto mostrar cómo elaborar algunos casos para el desarrollo de ciertas habilidades jurisdiccionales, determinadas competencias específicas, así como su modo de evaluación.

II. JEROME FRANK: REPENSAR EL MÉTODO DEL CASO

En junio de 1933 apareció publicado en la *University of Pennsylvania Law Review* un importante artículo del juez y filósofo Jerome Frank, integrante del realismo jurídico norteamericano. En él, Frank esgrimió una dura crítica sobre el *método del caso* desarrollado en la escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Método que, por cierto, se había extendido prácticamente a todas las universidades de los Estados Unidos de Norteamérica con mucho éxito.

Frank (1993) afirma que la metodología original propuesta por su iniciador —Christopher Columbus Langdell— consistía en armar casos de estudio dirigidos al aprendizaje de opiniones judiciales, con la idea de que tales criterios se constituían como principios legales del sistema jurídico.

Tales *principios* a los que se refiere Frank son el conjunto de compilaciones organizadas y sistematizadas que se editan y publican en los Estados Unidos bajo los títulos de *reglas*.

Efectivamente, aquellos documentos constituyen pautas de actuación en los procesos y se identifican como Reglas Federales de Evidencia (*Federal Rules of Evidence*), Reglas Federales de Procedimiento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*), entre muchas otras. Es decir, los casos de estudio para la formación de los profesionales del derecho, bajo la metodología definida por Christopher Columbus Langdell, parten y se basan en los llamados informes legales y compendios de reglas, los cuales, en la opinión de los juzgadores, constituyen la axiomática del sistema jurídico norteamericano.

Con base en lo señalado, podemos establecer que el estudio de casos que se preparaban hasta entonces en la Universidad de Harvard tenía como objeto la comprensión de las *reglas generales* en las distintas materias procesales. Su estudio estaba dirigido básicamente a conocer y aprender el compendio de criterios jurisdiccionales expresados de forma genérica.

Jerome Frank (1933) consideró que, con el solo estudio de reglas y principios, se dejaban de contemplar a las verdaderas labores jurídicas que debían ser aprendidas para la práctica real. El desarrollo efectivo de destrezas y habilidades judiciales era algo prácticamente desconocido en la enseñanza tradicional del método del caso:

En consecuencia, el material con el que Christopher Columbus Langdell sustenta su llamada "inducción", es irremediamente limitado. Aparentemente, los estudiantes debían estudiar casos. Pero no lo han hecho. Ni siquiera estudian los registros impresos de los casos (aunque eso sería poco), y mucho menos los casos como procesos vivos. Su atención se limita a las opiniones judiciales. Pero una opinión no es una decisión. Una decisión es un juicio específico, una orden o decreto ingresado después de un juicio de una demanda específica entre litigantes específicos. Hay una multitud de factores que inducen a un juez a resolver en un juicio. De esos numerosos factores, pocos se exponen en las opiniones judiciales. Y esos factores, no expresados en las opiniones, con frecuencia son lo más importante en la explicación causal real de las decisiones. (p. 910)

Más adelante en este mismo texto, Frank (1933) señala:

Como se indicó anteriormente, el sistema Langdell (incluso en su versión revisada) concentra la atención en las llamadas normas y principios legales que se encuentran en las opiniones impresas. Ahora bien, ninguna persona sensata negará que el conocimiento de esas reglas y principios, de cómo "distinguir" los casos y, de cómo argumentar sobre la verdadera razón decisional de una opinión, son parte del conocimiento indispensable con el que debe contar el experto en derecho. Pero tal conocimiento es una ayuda limitada para

prever lo que se hará en los tribunales. Es cierto que, en los procesos jurisdiccionales, los argumentos que se esgrimen deben emplear terminología acorde con la suposición ficticia de que las reglas y principios son las bases principales de todas las decisiones. Pero en la realidad las tareas del jurista no giran en torno a esas reglas y principios. Su trabajo gira en torno a decisiones específicas en litigios definitivos. (p. 910)

Lo más parecido en nuestro país a un catálogo de reglas federales son los criterios judiciales contenidos en el *Semanario Judicial de la Federación*. En ellos encontramos principios y reglas producto de las opiniones expertas de los jueces de Distrito, magistrados de Circuito y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El estudio de tesis y jurisprudencias que resuelven ciertos casos no deja de presentar los mismos vicios que tiene el estudio del método del caso a partir de las reglas federales en los Estados Unidos. Es como intentar enseñar a sumar, restar o multiplicar enseñando los resultados mismos de las sumas, restas y multiplicaciones. Esto en nada abona a la formación y al desarrollo de un pensamiento de comprensión matemática. Aprender las tesis jurisprudenciales mucho menos enseña a resolver problemas jurídicos.

III. FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN PROFESIONAL A PARTIR DE LA EXPERIENCIA

La formación y la capacitación de los profesionales de la impartición de justicia no consisten en mecanizar sus procesos intelectivos asumiendo que, a partir de principios y normas generales, se puede deducir todo razonamiento jurídico. Es cierto que existe la inferencia por subsunción de normas jurídicas, pero ello no limita ni agota todo el razonamiento jurisdiccional. Esto sería equivalente a dar por supuesto que todos los asuntos que reciben los jueces pueden resolverse a partir de la sola aplicación de reglas y principios definidos.

Pero en la realidad el razonamiento jurídico no se limita a ello, porque los expertos en derecho no operan con conceptos unívocos, sino que calculan con símbolos fácticos en asuntos con circunstancias reales. En esos casos, el razonar deductivo es inadecuado; no porque brinde respuestas erróneas, sino porque —aunque puedan ser correctas— pueden no ser *pertinentes*. El profesional de la impartición de justicia debe tomar en cuenta una infinidad de variables circunstanciales, ponderarlas e interpretarlas. De

este modo el trabajo del razonamiento judicial requiere, además de un saber lógico formal, un sentido de juicio y una finalidad de comprensión.³

Luis Recaséns Siches (2012) al respecto menciona que:

El logos de lo razonable posee una dimensión intensiva desconocida por la lógica tradicional, esto es por la lógica de la ciencia matemática y de las ciencias de la naturaleza. La lógica de lo razonable se encuentra transitada por juicios de valor, por estimaciones. [...] Está rigurosa y estrictamente fundada; pero sus expresiones no tienen ni pueden tener una exactitud de tipo matemático. En las valoraciones compendiadas bajo el nombre de "prudencia", se da la posibilidad de gradaciones [en las que se] reflejan las enseñanzas de la experiencia práctica. (pp. 20 y 21)

La formación profesional y especialización en impartición de justicia en juzgados de Distrito debe estar dirigida a desarrollar *pensamiento crítico*, el cual desemboca en lo que el realista norteamericano Jerome Frank (1933) denominó *hunch*.⁴ La mente lo observa en las manifestaciones externas y lo formula como "la ley invisible" de donde procede" (Frank, 1949). "En realidad, se trata de una 'intuición intelectual', en la que no interviene ningún impulso ajeno a la razón, no hay componentes fortuitos, ni tampoco factores de azar" (Recaséns Siches, 2012: 34).

Jerome Frank (1930) concluye la importancia de la intuición judicial en su obra *Law and the modern mind*. En los capítulos "The Judging Process" y "Mechanistic Law", muestra la relevancia de la experiencia judicial como generadora de hipótesis y conjeturas a partir de las cuales se resuelven problemas jurídicos. Este factor es clave en toda construcción del razonamiento judicial.

El gran matemático Kurt Gödel (1930), en su libro *Die Vollständigkeit der Axiome des logischen Funktionenkalküls*, desarrolló dos teoremas en los cuales demostraba que la racionalidad no se podía producir en ningún sistema, si no parte de una intuición. Y esta idea definitivamente puede aplicarse al razonamiento judicial. Toda construcción de resolución parte precisamente de esa *intuición intelectual*, producto de la experiencia acumulada del operador jurisdiccional. Es una habilidad que debe desarrollarse en todos los que aspiren a ocupar cargos de jueces o magistrados.

³ Véase Hofstadter (2013, p. 622).

⁴ Véase Hutcheson (1929).

En el modelo argumentativo de Stephen Toulmin, (Trujillo, 2007) esta intuición se refleja en el primer momento del razonar jurisdiccional, con el nombre de “pretensión” o “propuesta de sentencia”. Su origen es estudiado por el “razonamiento legal” o por lo que Hans Reichenbach (1938), en *Experience Prediction*, llama el “contexto del descubrimiento”. La argumentación jurídica, que se ubica en el “contexto de la justificación” se encargará de buscar todo discurso lógico formal que sustente la conjetura de experiencia del operador jurisdiccional. Charles Sanders Peirce (1878), en *Dedución inducción e hipótesis*, denominó *abducción* a este proceso de realizar conjetura intuitiva y posteriormente justificación argumentativa. El neokantiano Hermann Cohen (1915), en *El concepto de religión en el sistema de filosofía*, lo explica claramente de la siguiente manera:

La hipótesis, por consiguiente, es lo primero en todo pensamiento. Sin este elemento primero, sin este principio, no hay principio alguno, y sin principio no hay proceso en el pensamiento, este método vale para todo pensamiento del espíritu humano. Todo pensamiento consiste y descansa en este proponerse su tarea y plantearse sus problemas. Todos los pensamientos son propósitos del pensar, son presupuestos, problemas, proyectos, que es necesario tratar y resolver. Ésta es la razón por la cual cada tesis tiene necesidad de su hipótesis, y a su vez la promueve en el proceso infinito de todo el pensamiento científico. Este pensamiento infinito, infinito hacia el pasado por la larga hilera de sus hipótesis, infinito hacia el futuro por la larga hilera de sus tesis, es el pensamiento genuino, puro, que produce su propio contenido. Pero porque todo pensamiento científico, todo pensamiento de la idea, tiene sus raíces en la fuerza de la hipótesis para construir toda la infinitud de las figuras mentales, por eso todo pensamiento de la idea es pensamiento de la hipótesis. (p. 38)

IV. RAZONAMIENTO DE CIRCUNSTANCIAS Y MICROFÍSICAS

Toda situación objeto del análisis judicial reúne en sí misma sus propias circunstancias y contextos. En el derecho nunca hay universales. En el siglo XIII Tomás de Aquino (2006) en *La suma teológica* daba cuenta sobre ello al afirmar que:

... la razón especulativa trata principalmente sobre cosas necesarias, que no pueden comportarse más que como lo hacen, y por eso tanto sus conclusiones particulares como sus principios comunes expresan verdades que no admiten excepción.⁵ La razón práctica, en cambio, se ocupa de cosas contingentes, como son las operaciones humanas, y por eso, aunque en sus principios comunes todavía se encuentra cierta necesidad, cuanto más se

⁵ Esto se puede aplicar a conceptos absolutos.

desciende a lo particular tantas más excepciones ocurren. Así, pues, en el orden especulativo, la verdad es la misma para todos, ya sea en los principios, ya en las conclusiones, [...] Pero en el orden práctico, la verdad o rectitud práctica no es la misma en todos a nivel de conocimiento concreto o particular, sino sólo de conocimiento universal; y aun aquellos que coinciden en la norma práctica sobre lo concreto, no todos la conocen igualmente.⁶ (I-II, q.96, a.1, ad.3.)

No debemos buscar el mismo grado de certeza en todas las cosas; en materias contingentes –como son las cosas humanas–. (II-II q.57, art. 2.) [...] la naturaleza del hombre es mutable. Y, por esto, lo que es natural al hombre puede variar a veces. (I-II-II q.57, art. 2)

Siempre se ha de observar la justicia, pero las determinaciones de lo que es justo, establecido por la ley divina o humana, varían según la diversidad de los tiempos. (I-II, q.104, a. 3, ad. 1.)

Esta es una de las grandes razones por las que en nuestra época ha cobrado un gran valor la obra de Michel Foucault, y en particular su *Microfísica del poder*. A diferencia del siglo pasado, donde todavía se buscaba la lógica y la comprensión del mundo como un *todo* regido por una sola física, en la actualidad cada situación parece responder a sus propios principios situacionales y circunstanciales. Cada situación responde a su propia *Microfísica*, y para comprenderla deben de investigarse los principios y las reglas del propio asunto en sí mismo. Por esta razón se dice que la *Microfísica* de Foucault (1981) es una caja de herramientas para enfrentar situaciones concretas. Un ejemplo de ello es descrito en el campo de la medicina de la siguiente manera:

La enfermedad, que puede señalarse en el cuadro, se hace aparente en el cuerpo. Allí encuentra un espacio cuya configuración es del todo diferente: es éste, concreto, de la percepción. Sus leyes definen las formas visibles que toma el mal en un organismo enfermo: la manera en la cual se reparte, se manifiesta, progresa alterando los sólidos, los movimientos, o las fusiones, provoca lesiones visibles en la autopsia, suelta, en un punto u otro, el juego de los síntomas, provoca reacciones y con ello se orienta hacia un resultado fatal, o favorable. Se trata de estas figuras complejas y derivadas, por las cuales la esencia de la enfermedad, con su estructura en cuadro, se articula en el volumen espeso y denso del organismo y toma cuerpo en él. (p. 26)

Para Jerome Frank (1933), lo verdaderamente esencial a considerar en una formación profesional jurídica debería ser el estudio de casos específicos, en los que, más que atender a reglas de procedimientos o tesis ju-

⁶ Esta afirmación me parece que da lugar a una cierta forma de constructivismo.

diciales que resuelven asuntos, el aprendizaje jurídico debería realizarse mediante el análisis de circunstancias particulares en situaciones concretas. Porque en la realidad es a partir de ellas que los jueces reales emiten decisiones reales.

Dado que las opiniones, y los trabajos de aquellos comentaristas que discuten opiniones, son explicaciones emascaradas de decisiones, son de ayuda limitada para el ejercicio jurídico real. No solo revelan simplemente una parte fraccionaria de cómo se toman las decisiones, sino que, si el experto en derecho las toma como explicaciones adecuadas de cómo se toman las decisiones, actuará con un falso sentido de certeza al redactar instrumentos o cualquier otro trabajo que tenga que realizar (Frank, 1933: Vol. 81, No. 8, p. 911).

V. PRÁCTICAS JUDICIALES A MODO DE CLÍNICAS COMO COMPLEMENTO DEL MÉTODO DEL CASO

Jerome Frank sostiene que la formación profesional de los médicos debe servir de ejemplo para los centros de formación jurídica: “Nuestras escuelas de derecho deben aprender de nuestras escuelas de medicina”. Un buen “caso de estudio” para la formación de jueces debe ser semejante a la “historia clínica” de un paciente.

Pero, además del constante estudio de casos clínicos, es necesario que los participantes tengan la oportunidad de llevar a cabo prácticas profesionales, para que su conocimiento sea cada vez más aterrizado y experiencial.

En las escuelas de medicina, se utilizan “historias de casos” para la instrucción. Pero son mucho más completos que los supuestos libros de casos utilizados en las facultades de derecho. Es absurdo que sigamos llamando a la opinión de la suprema corte, un caso. Es, como máximo, un complemento del paso final en un caso (es decir, un ensayo publicado por un tribunal superior para justificar su decisión).

Pero incluso si los libros de casos legales fueran libros de casos verdaderos y tan completos como los historiales médicos, serían insuficientes como herramientas para el estudio. ¿Qué pensaríamos de una escuela de medicina en la que los estudiantes no estudian más de lo que se encuentra en tales historias clínicas escritas o impresas y se les priva de toda experiencia clínica hasta después de recibir sus títulos de maestría? Nuestras escuelas de derecho deben aprender de nuestras escuelas de medicina. Los que estudian Derecho deben tener la oportunidad de ver operaciones legales. Su estudio de casos debe complementarse con visitas frecuentes, acompañadas por profesores, a los tribunales de primera instancia y de apelación. (Frank, 1933: 916)

Con base en las consideraciones de Jerome Frank, el estudio de un caso debe partir del planteamiento mismo de un asunto real. De hecho, varias escuelas de derecho han modificado el modelo de elaboración del método del caso bajo estos parámetros. Los resultados de su implementación tienen resultados efectivos y comprobados.

A modo de ejemplo señalo que esta metodología fue la que se aplicó para la capacitación de ministerios públicos y fiscales en el Instituto de Formación Ministerial, Policial y Pericial, mejor conocido como la Muralla, cuando ocupé el cargo de director general de Formación Profesional en la Fiscalía General de la República. Se reunía a policías federales, junto con policías de investigación, peritos y fiscales para trabajar en equipos la integración de carpetas de investigación. Se llevaban a cabo simulaciones de cada una de las audiencias donde los participantes podían ver claramente cómo su trabajo inicial iba presentando resultados ante los interrogatorios y contrainterrogatorios entre la defensa y la fiscalía. Se percataban de las maneras en que jueces y litigantes llegaban a acuerdos retóricos o bien desechaban datos que eran esenciales para poder lograr una sentencia deseada.

El resultado del solo ejercicio, para cada uno de los participantes, era una gran lección. Los policías federales, militares y marinos, los policías de investigación y peritos atisbaron que, si su trabajo no se realizaba en coordinación con el trabajo de los fiscales, las carpetas de investigación y las estrategias de litigio en los juzgados, no contarían con la integración suficiente para sustentarse argumentativamente.

Decidir aplicar el método del caso bajo las condiciones sugeridas por Jerome Frank fue resultado de una investigación que realicé al interior de la Fiscalía General de la República para obtener un diagnóstico sobre las necesidades de capacitación. Me percaté de que varios ministerios públicos sostenían que perdían asuntos porque los jueces exponían —según sus declaraciones— criterios “aberrantes” e ilógicos.

Al estudiar los expedientes y las sentencias de algunos casos en los que la Fiscalía había perdido su pretensión pude detectar que:

- La formación de fiscales contemplaba esencialmente el estudio de normas y principios generales, lo cual explicaría claramente la incompreensión sobre algunos criterios judiciales inferidos y adecuados a los casos particulares.

- No se concibe la capacidad analítica y crítica con la que algunos operadores jurisdiccionales detectan fallas esenciales en los procedimientos, lo cual implicaría tener más cuidado por su parte al momento de armar las carpetas de investigación.

Por ejemplo, en un asunto en el que se detuvo a una persona con un paquete de droga, la jueza consideró indebido que la Fiscalía presentara datos confusos sobre el peso del bulto. Los primeros respondientes, que detuvieron al indiciado, reconocieron un peso específico del contenido del paquete empleando una báscula que encontraron a la mano, sin cerciorarse de que estuviera bien calibrada. A los pocos minutos arribaron al lugar de detención peritos, que realizaron el mismo ejercicio con el mismo paquete; pero evaluaron el peso con una balanza y pesos certificados. La medición fue registrada por un perito fotógrafo, quien dejó constancia de que el peso de la balanza era distinto al de la báscula. La Fiscalía refirió en la audiencia el peso evaluado con la báscula, pero señaló que ese era el peso que reportó el peritaje con la balanza. La foto del perito mostró que el peso de la balanza no era el señalado en la carpeta de investigación. Ese pequeño pero significativo error, analizado por la jueza, llevó a resolver de una manera desfavorable para la fiscalía.

El trabajo judicial no se trata de un mero ejercicio de trámites, sino de un detallado análisis de situaciones que se presentan para poder identificar los más importantes aspectos de un asunto, aunque no estén expresados en una tesis o jurisprudencia. Estas son las pequeñas grandes lecciones que se adquieren mediante el estudio empleando el método del caso con casos reales.

Por lo anteriormente expuesto, el caso que debe servir para simular una situación a resolver por parte de los participantes debe exponerse tal y como se presenta en la realidad una situación. Deben entregarse a los participantes datos de constancias y documentos semejantes a los que reciben los operadores jurídicos para dar inicio a una demanda, a un proceso o a un trámite judicial. Debe ponerse en sus manos una situación en la que puedan simular roles del quehacer jurídico para descubrir cómo debe resolverse, y aprender mediante la experiencia.

La capacitación que adquieren los participantes mediante el simulacro de funciones en ambientes supuestos desarrolla destrezas y habilidades significativas, porque el comportamiento que experimentan en el ejercicio —a pesar de ser simulado— es “real”. Y su proceso cognitivo asimila dicha

experiencia y la integra a un bagaje de experiencia acumulada. Más allá del aprendizaje *práctico*, se trata de un aprendizaje *empírico*. Este es, sin duda alguna, el modelo más efectivo para la capacitación de los operadores judiciales, fiscales y expertos del derecho.

El sistema de casos debe ser revisado para que, en realidad, se convierta en un sistema de casos y no en un mero sistema de casos falso. Algunos de los tipos actuales de los llamados libros de casos deben conservarse para enseñar habilidades dialécticas en la redacción breve. Pero el estudio de casos que conducirá a una pequeña medida de comprensión real de cómo se ganan, pierden y deciden los casos, debe basarse en una medida muy marcada en la lectura y el análisis de registros completos de casos, comenzando con la presentación del primer documento, a través del juicio en el tribunal de primera instancia y a través de los tribunales superiores (Frank, 1933: 916).

VI. CÓMO PREPARAR UN CASO INCLUYENDO EL MARCO DE REGLAS Y PRINCIPIOS JURISDICCIONALES

A modo de ilustración de cómo se debe plantear un caso real, mostrando los límites de los criterios judiciales existentes, se expondrá un ejemplo paso por paso en un caso aplicado. Así, el planteamiento sería el siguiente:

1. Conocer la normativa vigente en la que se señale *detención y disposición inmediata ante el Ministerio Público o Fiscalía*:
 - a. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 16. [...]

Párrafos 5º, 6º y 7º. Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

b. Código Nacional de Procedimientos Penales

Artículo 147. Detención en caso de flagrancia

Cualquier persona podrá detener a otra en la comisión de un delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al detenido a la autoridad más próxima y ésta con la misma prontitud al Ministerio Público.

2. Conocer tesis judiciales relacionadas para conocer las opiniones sobre principios o reglas que deben aplicarse en *detenciones* y *puestas inmediatas a disposición del Ministerio Público o Fiscal*.

a. Ubicar la tesis:

Detención en flagrancia. La demora injustificada de la puesta del detenido a disposición del ministerio público no implica que aquélla sea ilegal

La detención de una persona y la inmediatez de su puesta a disposición ante el Ministerio Público son actos diferentes, por ello, es importante considerar que ambos supuestos tienen autonomía y deben analizarse en ese contexto; es decir, se trata de dos acciones que, si bien tienen una relación causal y sucesiva, mantienen independencia fáctica y sustancial. Así, en el supuesto constitucional de detención en flagrancia, la primera acción que deben realizar los policías es la detención; y la siguiente es presentar de inmediato al detenido ante el Ministerio Público, para el efecto de que éste defina su situación jurídica. Sin embargo, el hecho de que la policía demore injustificadamente la presentación no implica que pueda afirmarse jurídicamente que la persona fue detenida de forma ilegal; esto es, si la detención se ajustó a los parámetros constitucionales, no existe razón jurídica por la que deba afectarse la declaratoria de validez constitucional que se realice de ésta. Consecuentemente, la prolongación injustificada de la puesta a disposición del detenido ante el Ministerio Público es una condición fáctica sucesiva e independiente; de ahí que en caso de flagrancia, aquélla tendrá que calificarse de legal por estar apegada a los parámetros constitucionales, sin perder validez jurídica, a pesar de que los aprehensores, después de la detención y el aseguramiento de las evidencias, retrasen la entrega del detenido de forma injustificada ante el Ministerio Público. Ello, porque la violación se suscita con posterioridad a la detención que fue legal, por lo que el impacto deberá reflejarse a partir de que la retención del detenido se torna injustificada. (Tesis: 1a. CCCLXII/2015, 2015: 972)

b. Analizar la tesis a profundidad:

- i. Distinción entre *detención* e *inmediatez de puesta a disposición ante el Ministerio Público*. Tanto *detención* como *inmediatez* describen a acciones que tienen una *relación causal y sucesiva*. Sin embargo, son actos diferentes porque:

- Ambos supuestos tienen autonomía.
- Mantienen independencia fáctica y sustancial.

La Constitución, en el 5º párrafo del artículo 16, señala que la primera acción que deben realizar los policías o cualquier persona ante un delito que se está cometiendo es la *detención*.

En un segundo momento, deberá presentarse *de inmediato* al detenido ante el Ministerio Público. Esta segunda acción es la *disposición ante el Ministerio Público*. Este lo presentará ante un juez que, o bien ratificará la detención, o bien decretará la libertad con las reservas de ley.

- ii. *Demora injustificada de la presentación no equivale a detención ilegal*. Esta tesis aislada de la Primera Sala sugiere que, si la policía demora injustificadamente la presentación del detenido, ello no implica que pueda afirmarse jurídicamente que la persona fue detenida de forma ilegal.

Si la *detención* realizada se ajustó a los parámetros constitucionales, no existe razón jurídica por la que deba afectarse la declaratoria de validez constitucional que se realice de esta.

A partir de este razonamiento puede establecerse que la *prolongación injustificada* de la puesta a disposición del detenido ante el Ministerio Público es una *condición fáctica sucesiva e independiente*.

Los aprehensores del indiciado, después de la detención y el aseguramiento de las evidencias, no cometen falta alguna si retrasan la entrega del detenido de forma injustificada ante el Ministerio Público.

Ahora bien, la tesis *Orden de aprehensión. Origen de la reforma constitucional que ordena inmediatez en su ejecución* (publicada con posterioridad a la tesis analizada) puntualiza que:

... la autoridad ejecutante *no puede justificar el retraso apelando a argumentos vagos* sobre, por ejemplo, el debido cumplimiento de deberes administrativos u otras razones vinculadas con alguna supuesta búsqueda y/o hallazgo de indicios. La duración de la puesta a disposición sólo permite justificación en estricta relación con la distancia recorrida [...] el respeto al *mandato de inmediatez* debe valorar si el número de minutos u horas transcurridas guarda una proporción directa y razonable con la distancia que existe entre el lugar de la aprehensión y la ubicación del juez ante el cual la persona es puesta a disposición. (Tesis: 1a. CCXCVIII/2016, 2016: 373)

- iii. Conclusión sobre el análisis de la tesis. Debido a que la *detención* y la *puesta a disposición* son momentos distintos, el hecho de que después de una *detención* surja una demora injustificada de la presentación no equivale a *detención ilegal*.

En cuanto al mandato de presentar al indiciado con *la misma prontitud* con la que al ser detenido se presentó a la autoridad más próxima, la tesis muestra que, a partir de la exposición de motivos del artículo 16 de la Constitución Política de

los Estados Unidos Mexicanos (reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993), la expresión *sin dilación* debe entenderse en un sentido literal y restringido. En el sistema tradicional se debía poner al detenido a disposición de su juez dentro de las 24 horas siguientes a la aprehensión, excepto si la detención se verificaba fuera del lugar en que éste residía. En esos casos se debía considerar el tiempo "suficiente" para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y aquel donde se había efectuado la detención. Durante la reforma constitucional se eliminó el término de 24 horas.

Es importante señalar que, aunque "la duración de la puesta a disposición sólo permite justificación en estricta relación con la distancia recorrida", en casos extraordinarios la demora injustificada en la presentación de un detenido ante un Ministerio Público no implicará que la detención sea considerada como ilegal.

3. Analizar los datos relevantes del caso

a. Síntesis de hechos:

- i. Tres personas que decían estar practicando ecoturismo en los altos de Chiapas fueron detenidos por portar cinco kilos de una sustancia identificada por los oficiales como cannabis.
- ii. Los detenidos subieron a la camioneta de la Guardia Nacional para ser trasladados a la agencia de la Fiscalía General de la República que se encuentra en San Cristóbal de las Casas. La trayectoria se calculó en una hora.
- iii. A los 15 minutos de viaje la camioneta de la Guardia Nacional sufrió una falla y no había modo de arreglarlo de momento. Hacía falta que una grúa fuera por la unidad.
- iv. Debido a que en la zona no había señal para realizar transmisión de petición de ayuda, los guardias nacionales dispusieron que los detenidos caminaran hasta la ciudad de San Cristóbal de las Casas con el objeto de poner a disposición inmediata a los detenidos, tal como lo ordenan las normas vigentes, y de ese modo no caer en falta administrativa.
- v. Los detenidos fueron obligados a caminar durante más de cuatro horas sin descanso.
- vi. Al llegar a la delegación de la Fiscalía General de la República, denunciaron violación a sus derechos humanos por torturarlos al obligarlos a caminar durante cuatro horas sin descanso.
- vii. El abogado de los detenidos esgrimió como argumento esencial que la conducta de los guardias nacionales violaba el debido proceso.

4. A partir de los hechos, asumir roles de fiscalía, defensoría y operador judicial y simular el desarrollo de las audiencias, de tal manera que pueda adquirirse experiencia de resolución de un asunto, a partir de la experiencia simulada del mismo.

VII. CONCLUSIÓN

Tal como puede verse, el planteamiento del caso presenta a los participantes los elementos que la ley y la jurisprudencia ponen a su disposición. Se les presenta de igual manera un problema circunstancial a resolver, que no tiene precedente conocido. En ello radica el ejercicio principalmente. Enfrentarlos a situaciones no previstas para que desarrollen habilidades de resolución de problemas en los que circunstancias determinadas los pueden colocar en la vida real.

Este tipo de planteamientos equivale a presentar a un estudiante de matemática problemas matemáticos sin necesidad de darle las respuestas. Tal como lo ha planteado Jerome Frank, el aprendizaje de las respuestas o reglas, no desarrolla pensamiento crítico jurisdiccional. Y esta es precisamente la mayor de las competencias que es necesario desarrollar, tanto en futuros operadores jurisdiccionales como en fiscales y litigantes. Más allá de informarles las reglas de resolución de asuntos, se debe desarrollar la capacidad creativa de las mentes jurídicas.

El ejercicio de los detenidos que debían ser llevados y puestos a disposición inmediata ante el juez, pero que se encontraban en la sierra, explica muy bien la forma de enseñanza del derecho por medio de un caso práctico, en el que los contenidos se pueden ir extrayendo de la narrativa del caso.

VIII. FUENTES DE CONSULTA

Cohen, H. (1915). *El concepto de religión en el sistema de filosofía*. España: Sígueme.

De Aquino, T. (2006). *La suma teológica*. Biblioteca de Autores Cristianos.

Hofstadter, D. (2013). *Gödel, Escher, Bach: Un eterno y grácil bucle*. España: Tusquets.

Hutcheson Jr., J. C. (1929). *Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decision*, *Cornell L. Rev.*, 14(3), pp. 274–288. Disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol14/iss3/2>.

Frank, J. (1949) [1930]. *Law and Modern Mind*. Stevens and sons Limited.

Frank, J. (1933). “Why Not a Clinical Lawyer-School?”. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 81(8), pp. 907-923. URL: <http://www.jstor.org/stable/3308391>.

- Fabra, M. L., Mialaret, G. y Kister, P. (1975). *La nueva pedagogía*. España: Salvat.
- Godell, K. (1930). *Die Vollständigkeit der Axiome des logischen Funktionenkalküls*. Akademische Verlagsgesellschaft.
- Pallach, J. (1975). *La explosión educativa*. Navarra: Biblioteca Salvat de Grandes Temas.
- Recaséns Siches, L. (2012). *Nueva filosofía de la técnica jurídica*. Ciudad de México: Ediciones Coyoacán.
- Reichenbach, H. (1938). *Experience and Prediction: An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*. Universidad de Michigan.
- Sanders Peirce, C. (1878). *Deducción inducción e hipótesis*.
- Tesis: 1a. CCCLXII/2015 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, p. 972, Registro: 2010491.
- Tesis: 1a. CCXCVIII/2016 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada (Constitucional), diciembre de 2016, Registro: 2013212.
- Trujillo, J. Stephen (2007). *Stephen Toulmin, Los usos de la argumentación*. Tr. De María Morrás y Victoria Pineda.

CIRCUNSTANCIAS
EN LA PROCURACIÓN E
IMPARTICIÓN
DE JUSTICIA

LAS INSTITUCIONES POLICIALES
Y LA PRESUNCIÓN DE
ADOLESCENCIA,
POLOS FUNDAMENTALES
DE LA JUSTICIA PENAL
PARA ADOLESCENTES

● Eduardo Lozano Tovar *

* Universidad Autónoma de Tlaxcala

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

● **Policía**

Police

● **Derechos humanos**

Human rights

● **Adolescencia**

Adolescence

● **Debido proceso**

Due process

- Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2021
- Fecha de aceptación: 12 de noviembre de 2021

Resumen: La justicia juvenil en México ha atravesado por diversos vaivenes que han implicado una narrativa de violaciones generalizadas y sistematizadas a los derechos humanos de la persona adolescente. En este artículo se abordará desde una perspectiva de derechos humanos y política criminal esa transición entre un sistema tutelarista o de la situación irregular hacia un nuevo sistema de la doctrina de la protección integral de la persona adolescente.

Además, se colocará en la discusión la importancia del principio de presunción de adolescencia para la nueva normativa en México y se propondrá una nueva corporación policial para atender las nuevas y crecientes necesidades de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Abstract: Juvenile justice in Mexico has gone through various ups and downs that have implied a narrative of generalized and systematic violations of the human rights of the adolescent person. In this article, this transition will be addressed from a human rights and criminal policy perspective between a tutelary system or also known as the irregular situation and a new system of the doctrine of the integral protection of the adolescent person.

In addition, the importance of the principle of presumption of adolescence for the new regulations in Mexico will be discussed and a new police corporation will be proposed to meet the new and growing needs of adolescents in conflict with criminal law.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Insuficiente la sola concepción parlamentaria para un garantismo funcional. III. El paradigma convencional de la presunción de adolescencia. IV. Habilitación de las capacidades policiales alrededor de la presunción de adolescencia. V. Propuesta sobre la base de policías general y especializada. VI. Conclusiones. VII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El marco de la justicia penal para adolescentes en México ha recibido diversas críticas. En ese sentido, nos auxilia la reflexión de Zamora (2014), en la que podemos advertir que el delito ha estado presente en el devenir histórico del hombre, pero la manera de interpretarlo y pretender controlarlo ha variado en cada época, desde una lógica acompañada de una narrativa contextual del delito y de la sociedad a la que esa interpretación y control van dirigidos.

Cuando el Estado mexicano atendía la problemática de la delincuencia juvenil a través de un sistema tutelar, o bien, en el marco de la doctrina de la situación irregular —en donde con claridad se estableció que esta corriente era contraria a la esencia de los derechos humanos, debido a que no distinguía entre los adolescentes en conflicto con la ley penal y aquellos que necesitaban protección por parte del Estado (CSJA, 2008)—, se constituyeron términos y espacios distintos que deberían ser atendidos por la legislación penal conforme a las peculiaridades de cada situación.

Además, se debe advertir que ese sistema tutelar contempló diversas violaciones a la dignidad humana de las personas adolescentes, ya que, entre otros, fue gravemente vulnerado el derecho al debido proceso y la presunción de inocencia. Esa consideración político-criminal fue fundada en el hecho de que el adolescente era entendido como objeto de tutela (Beloff, 2006: 85), y el Estado reemplazaba las funciones de los entes que debían haber cuidado de manera tutelar al adolescente, determinando lo que —según sus operadores— pudiera ser mejor para él a través de instituciones como los Consejos Tutelares de Menores, instancias que, a su vez, se encontraban desbordadas en sus funciones.

A partir de las legislaciones locales que imperaron en el sistema de la doctrina de la situación irregular, las funciones policiales cobran un protagonismo singular, y tienden a cometer violaciones graves a los derechos humanos de los adolescentes, además de propiciar un contexto sistemático y generalizado de abusos; en ese sentido, nos referimos a una conducta de violencia institucional en cierto modo normalizada.

Aunado a ello —o quizá por eso mismo—, podemos advertir que la asimetría legislativa desde el plano local, vinculada a los procesos para adolescentes, tuvo distintos márgenes punitivos que agravaron los problemas en la construcción normativa, ya que en algunas entidades federativas encontrábamos márgenes muy benévolos en cuanto al tiempo de privación legal de la libertad, pero había otros muy severos. Por ejemplo, en el Distrito Federal —hoy Ciudad de México—, el artículo 87 de la Ley de Justicia para Adolescentes del Distrito Federal (LJADF) disponía para esta privación máximo siete años, y hay otras que tienen escandalosos parámetros que llegan a la privación de la libertad hasta por un periodo de 15 años, como en el caso de Chihuahua, con la Ley de Justicia Especial para Adolescentes Infractores del Estado de Chihuahua (LJEAIEC) en su artículo 102.

Es con ese ejercicio descriptivo a través del que identificamos las condiciones disímiles en las políticas estatales para atender, desde el *ius puniendi*, la serie de conductas que han resultado cuestionables en el quehacer de la justicia juvenil, ya que con los elementos vertidos *ut supra* se afirma la presunción de que el Estado ha vulnerado de manera sistemática y generalizada los derechos humanos de la persona adolescente en conflicto con la ley, y se debe plantear que los márgenes de punibilidad de ninguna manera pueden tener una brecha tan amplia entre una misma conducta que se comete en entidades federativas distintas.

Esta circunstancia disonante se dio debido a que esos márgenes de punibilidad se aplicaban de manera discrecional al considerar a la persona adolescente como objeto de tutela, y su transición se ve implicada, entre otros, en el cambio de paradigma que se establece a partir de la acción de inconstitucionalidad 37/2006 promovida por la Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí en contra de su ley de justicia juvenil local (Cobo, 2016). En ese sentido, se adopta un criterio muy interesante que permeará más adelante en nuestro sistema de justicia juvenil actual sobre la consideración de que la pena privativa de libertad tiene que aplicarse como último recurso.

En este contexto violatorio, debemos advertir que los cuerpos policiales juegan un rol importante en el cambio de dinámica entre la doctrina de la protección integral de los derechos de la persona adolescente y la doctrina tutelar pues, sin duda alguna, el primer cuerpo estatal encargado del *ius puniendi* es la policía.

Es menester señalar, como un claro ejemplo de lo que hemos abordado en el párrafo anterior, que de modo invariable en el antiguo sistema no existía la obligación estatal — eminentemente policial — de la presunción de adolescencia, la cual se vuelve un parteaguas en materia de la protección del derecho a la vida, la integridad personal y el debido proceso de la persona adolescente, ya que en la investigación y detención de esta persona no se procuraba dar un trato diferenciado al que se tenía en el sistema para adultos. Ahora, a partir de eventos suscitados en otros países, como el de los hermanos Landaeta en Venezuela — que se discutirá más adelante —, México ha adoptado criterios que deben implementar los agentes estatales, siguiendo la dinámica de que al existir la presunción de adolescencia de ninguna manera puede efectuarse una intervención estatal similar a la del sistema penal para adultos, hasta que se compruebe la edad de la persona que se presume como adolescente.

II. INSUFICIENTE LA SOLA CONCEPCIÓN PARLAMENTARIA PARA UN GARANTISMO FUNCIONAL

En las primeras dos décadas del nuevo milenio, es innegable el avance que se ha tenido en materia procesal penal a favor de los adolescentes realizado por las entidades federativas, desde la ley de 2005 hasta la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJPA), de junio de 2016, que tiene el fin de brindar un marco jurídico erigido en razón de la doctrina progresiva de la protección integral y constituye una notable proyección en materia de derechos de los adolescentes en el ámbito penal y en su ejecución. Por ejemplo, la temática de procurar que la pena privativa de libertad ahora se ocupa como último recurso de la acción punitiva en contra del adolescente.

Debemos comprender las diferentes figuras especiales en el ámbito de la responsabilidad penal para adolescentes, sobre todo a partir de la reforma de junio del 2016 en la que el legislador, en un afán eminentemente garantista, ha supuesto que la nueva realidad socio-jurídica puede ser modificada

a golpe de decreto, sin aportar algo nuevo al crecimiento de la doctrina de la protección integral de los derechos humanos de las personas adolescentes. En ese sentido, advertimos el indispensable rol que juega la policía en cuanto a los estándares que como primer respondiente debe atender en las labores de detención y a la satisfacción de diferentes principios como el de la presunción de adolescencia, que resulta el axioma inicial que la autoridad estatal se cuestiona desde la detención de la persona adolescente.

En esta pauta, desvelamos espacios en la ley en donde se decidió cambiar los términos entre el sistema para adultos y el de justicia para adolescentes, nomenclatura contemplada en la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP) y en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJPA, artículos 6 y 47), como lo es el concepto de *centro penitenciario* (artículo 3°, LNEP) por el de *unidades de internamiento* (artículo 47, LNSIJPA), o bien el de *sanciones no privativas de la libertad* (Título Quinto, LNEP) por el de *medidas de sanción* (artículo 6, LNSIJPA), entre otros ejemplos.

Este paradigma nominal muestra que la LNSIJPA, al igual que la LNEP, supuso que el simple hecho de establecer un cambio en diversas disposiciones del constructo normativo predisponía a la legislación a no vulnerar derechos humanos y a erigirse como una ley de avanzada, de corte garantista, presunción que carece de fundamento sólido en la función de la estructura semántica de la norma, esto entendido desde una perspectiva del significado de las palabras.

Se advierte aquí un desfase entre la condición axiológica constitucional que protege valores estrictos y la referencia ontológica de la ley entendida como una construcción formal normativa, lógica y estructurada, con sus disfuncionales consecuencias en el plano fenomenológico, que en su conjunto deben ser entendidos como la tridimensionalidad del derecho, conforme lo plantea Jorge Ojeda Velázquez (2017).

A efecto de paliar la asimetría normativa aludida, ubicamos un estándar de derecho internacional que, a partir de la figura del control difuso de convencionalidad, ya forma parte de la ley mexicana y que es de notable relevancia alrededor de la función policial —aquella que toma parte en la procuración y administración de justicia— que gira en torno de la presunción de adolescencia. Esta consideración implica el constructo formal de toda medida de política criminal en el espacio de la justicia para adolescentes, centrada en la serie de protocolos aplicables en la detención, investigación y proceso de los adolescentes, comenzando, por supuesto, con el respeto a la presunción de adolescencia, como lo veremos *ut infra* en la parte

relacionada con el quehacer jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), además de otros estadios que sirven para la implementación de mejores prácticas en el plano de la justicia para adolescentes.

En esta línea, aplaudimos que exista un dispositivo legal plasmado en la norma actual referente a la asistencia consular por cuanto hace a la detención de una persona adolescente que tenga otra nacionalidad, situación que claramente otorga una garantía que consagra un eslabón en la cadena que conduce al debido proceso y que se erige como un derecho humano que el Ministerio Público o fiscal y las policías deben respetar y garantizar.

Debemos reconocer en ese sentido —en el marco de la confección de la norma mexicana— la disposición del parlamentario para acogerse al estándar convencional que tiene que ver con la presunción de adolescencia, ya que en otros Estados de América Latina se han presentado casos de violaciones graves a los derechos de las personas adolescentes, desde el instante que la policía entra en acción hasta la fase jurisdiccional del proceso, tal es el caso de Venezuela que se abordará más adelante con detenimiento.

Entendemos que el hecho de que este principio forme parte de la construcción normativa en materia de justicia penal para adolescentes implica dentro de la política criminal del Estado mexicano una medida de carácter garantista, debido a que se pueden prevenir violaciones graves a derechos humanos de las personas adolescentes, así como delitos que provienen de la aplicación arbitraria de protocolos en materia de adultos.

Así, al existir una detención en contra de una persona que se presume como adolescente, podemos prevenir que se apliquen los mismos parámetros policiales que se ejercerían en contra de un adulto, como ocurre por ejemplo con la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, que apunta lo siguiente en su numeral 8:

Artículo 8. Presunciones de edad

Si existen dudas de que una persona es adolescente se le presumirá como tal y quedará sometida a esta Ley, hasta en tanto se pruebe lo contrario. Cuando exista la duda de que se trata de una persona mayor o menor de doce años, se presumirá niña o niño. Si la duda se refiere al grupo etario al que pertenece la persona adolescente se presumirá que forma parte del que le sea más favorable.

En ningún caso se podrán decretar medidas de privación de la libertad para efectos de comprobación de la edad. (LNSIJA, 2016)

Esta ponderación normativa afirma la diferencia que debe existir en cuanto al derecho penal de adultos y las implicaciones que las medidas cautelares y las penas pueden generar en cuanto a las conductas que la ley refiera como hechos que la ley señala como delitos donde participen adolescentes. Empero, la función policial está enmarcada en supuestos distintos entre los dos sistemas penales —de adultos y adolescentes—, mismos que deben analizarse en cuanto a cuestiones básicas de dogmática penal y teoría del delito.

Es imprescindible determinar que alrededor del sistema de justicia juvenil existe una lucha de poder para la construcción de la norma como medida de política criminal. En otras palabras, esto representa la consideración de que no podemos apartar de la discusión el trasfondo político, económico, social y cultural que acompaña la construcción de la norma y el rol que juega esta lucha ideológica. Por una parte, encontramos una concepción tutelar en el caso mexicano, que se erigía sobre una perspectiva encaminada al derecho penal de autor, en la que posiblemente las autoridades se encontraban en un estado compatible con prácticas que vulneraban derechos humanos. En un segundo término, encontramos otra corriente encaminada a la doctrina de la protección integral de los derechos humanos de la persona adolescente, que se contrapuso notoriamente a esquemas que no abonaban a la protección sistemática de esos derechos, constituyendo un tema inconveniente para quienes, desde el poder, propiciaban el divorcio entre el sistema de justicia juvenil y los derechos humanos.

Podemos señalar, de igual forma, que las estructuras estatales tienen que abordar una reeducación primordial de la sociedad antes que la de las personas que enfrentan un proceso penal en su contra, toda vez que la búsqueda de los derechos humanos se confronta estrictamente con la segregación y estigmatización de las personas.

Debemos hacer mención de que pareciera que en materia de función policial se han erogado bastantes recursos sin obtener un cambio sustancial en las medidas que se pretenden afirmar. Una muestra de ello es que a pesar de que el Programa de Fortalecimiento para la Seguridad (FORTASEG), implementado con miras al apuntalamiento de las policías municipales y su desenvolvimiento en cuanto a gestión y aplicación del recurso ha quedado en el olvido según datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, que indica que el año pasado solamente siete municipios invirtieron en el subprograma denominado Modelo Nacional de Policía, dentro de los cuales el ayuntamiento de San Andrés

Cholula (Puebla) fue el único que obtuvo una ponderación del 100% (FORTASEG, 2020: 23).

Sin duda este tema refleja que hay problemas en la gestión, aplicación y reporte del destino de los recursos obtenidos para tales efectos; por supuesto que esta situación se traduce en faltas a la disciplina y compromiso por parte de los elementos de policía, toda vez que no cuentan con el estímulo y equipamiento necesario para cumplir con sus tareas de seguridad.

Por lo tanto, es menester explorar nuevas rutas para el financiamiento y aplicación de los recursos federales en el plano local ya que, si bien es cierto que se ha invertido bastante en seguridad, el reto se concreta a la correcta aplicación, evitando demoras y malos manejos pecuniarios en los recursos públicos.

Hecha esta precisión, es necesario estudiar los datos estadísticos sobre la actuación policial en materia de adolescentes pues, como lo hemos señalado en párrafos anteriores, el cuerpo policial es en muchas ocasiones el primer respondiente. La Encuesta Nacional de Adolescentes en el Sistema de Justicia Penal (ENASJUP, 2017), realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en apego a los artículos 79 y 81 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, arroja que a nivel federal el número de personas pertenecientes a este grupo etario en el sistema en 2017 era de 6 009, cuyas detenciones fueron realizadas en su mayoría por la policía, con 96.7% de las registradas en ese año.

Derivado de las detenciones en general, podemos encontrar dentro de esta misma encuesta que las cifras de las acciones realizadas al momento de la detención son verdaderamente alarmantes, pues únicamente al 27.2% se les realizó una lectura de los derechos que le asisten como adolescentes detenidos. Posteriormente, la autoridad policial permitió que padres, tutores o personas de confianza efectuaran un acompañamiento al 30.2% de los casos analizados. El índice más alto lo obtiene la negación para que se le fotografiara o videograbara, con un 73%. Es decir que, aunque ya estamos bajo un sistema garantista para los adolescentes, aún no contamos con resultados satisfactorios por parte de los cuerpos policiales, quienes en estas cifras realizaron las detenciones sin apego a los derechos que le asisten a las personas de este grupo, lo que implica que no puede seguirse bajo un esquema en el que la policía para adultos siga realizando labores de justicia penal para adolescentes, ya que la actuación de ninguna manera puede ser la misma. Un ejemplo claro es el que ya se ha mencionado en líneas anteriores, toda vez que en el sistema para adultos no se requiere que

los padres, tutores o personas de mayor confianza hagan un acompañamiento para el control de la detención: es necesario construir un cuerpo especializado únicamente para las operaciones en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal.

Podemos señalar, además, que el uso de la fuerza por parte de la autoridad al momento de la detención ha sido deficiente, pues en los casos analizados el 47.6% de los adolescentes señaló que se le aplicó fuerza física para someterle, el 78.1% fue esposado, el 29.7% fue amenazado con algún arma, en 25.5% de las detenciones se utilizó algún objeto o arma para someterle y en el 4% de los casos la policía disparó con un arma, situación que una vez más desvela la urgencia del Estado mexicano de incorporar nuevos esquemas policiales con elementos que dispongan de una eficiencia probada y de no antecedentes en la participación de hechos tales como tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Desde un plano internacional, podemos analizar que la población de niñas y niños privados de la libertad en 2019 ascendía, según el *United Nations Global Study on Children Deprived of Liberty*, a aproximadamente 1.5 millones que fueron privados de la libertad por año de *jure* y 7.2 millones de *facto* (UN, 2019).

Respecto a estos resultados y con referencia al Protocolo de Actuación del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes y al Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren Niñas, Niños y Adolescentes de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación (SCJN), podemos afirmar que la legislación y los protocolos de actuación no son suficientes para garantizar la eficacia de la norma.

En torno a la especialización de los cuerpos policiales, en términos de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, podemos advertir que han sido insuficientes los esfuerzos realizados, pues al compararlos con la propuesta de un cuerpo especializado en materia de adolescentes —sin abandonar la idea de que todos los elementos de la policía reciben capacitación en la materia—, es notorio que representa una oportunidad para que cierto grupo selecto de elementos de la policía tenga mayor aptitud para la atención adecuada de adolescentes en conflicto con la ley penal.

De igual forma, se requiere de una homologación en todas las entidades federativas en relación con el hecho de que la legislación del caso es de aplicación nacional, misma situación que abordaremos más adelante.

III. EL PARADIGMA CONVENCIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE ADOLESCENCIA

Para este proceso analítico que interesa a la presente colaboración, en un primer momento haremos referencia a algunos países que ubican experiencias donde se refleja la importancia del uso de figuras penales distintivas en cuanto a las personas adultas y adolescentes.

Tenemos el caso de Venezuela, donde encontramos una sentencia de la Corte IDH sobre el caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, que se torna paradigmática para la comprensión de nuestro tema de estudio, donde los hechos fueron los siguientes (Cuadernillo Corte IDH, 2018: 29):

El presente caso se desarrolla en un contexto de constantes ejecuciones extrajudiciales, principalmente por abusos de funcionarios policiales, en el Estado de Venezuela, quedando la mayoría de ellas en situación de impunidad. Los hechos de este caso en particular se refieren a las ejecuciones ocurridas en el estado de Aragua, de los hermanos Eduardo e Igmar Landaeta Mejías, de 17 y 18 años respectivamente.

El 19 de noviembre de 1996, la señora María Magdalena Mejías declaró ante la prensa, que un funcionario policial habría allanado su casa y le habría dicho que iba a matar a cualquiera de sus hijos, sin que importara que lo denunciaba. Lo anterior fue reafirmado en declaración rendida ante tribunales de los municipios de Santiago Mariño y Libertador, en la cual la señora Mejías señaló que el agente AAC ingresó a su casa con un arma y la amenazó con matar a su hijo Eduardo Landaeta, y que si le daba la gana mataba también a su otro hijo, Igmar Landaeta.

La Corte-IDH constató que el 17 de noviembre de 1996, Igmar Landaeta Mejías falleció por dos impactos de bala recibidos por parte de agentes policiales; sin embargo, existen dos versiones opuestas sobre las circunstancias en las cuales habría ocurrido este crimen.

Respecto de Eduardo Landaeta Mejías, de 17 años, fue detenido por dos agentes policiales el 29 de diciembre de 1996. Según las actas policiales de detención, Eduardo se encontraba indocumentado y tenía 18 años de edad. Ese día, Eduardo informó a sus padres que se encontraba detenido en un cuartel de San Carlos, siendo trasladado luego al Cuartel Central. En este contexto, falleció en extrañas circunstancias por diversos impactos de bala en custodia de policías del CSOP del estado de Aragua, durante un traslado policial hacia la CTPJ Seccional de Mariño, luego de haber estado detenido por un periodo superior a 38 horas (Cuadernillo Corte IDH, 2018: 29-30).

Como vemos respecto de los hermanos Landaeta, en el párrafo anterior se describen las *circunstancias extrañas* poco atendidas en los argumentos de la autoridad venezolana, en las que falleció Eduardo Landaeta, mismas que la sentencia de la Corte IDH nos desvela:

El 29 de diciembre de 1996, al ser aproximadamente las 17:10 horas, Eduardo Landaeta, de 17 años de edad, fue detenido por dos agentes policiales en las cercanías de la urbanización Matarredonda. De acuerdo con las actas policiales de detención, Eduardo se encontraba indocumentado, tenía 18 años de edad y guardaba relación con el “expediente E-702.015” de 18 de noviembre de 1996, el cual se instruía ante la Seccional de Mariño.

Al ser aproximadamente las 17:30 horas de ese mismo día, Eduardo Landaeta informó a sus padres que se encontraba detenido en la Comisaría de “El Cuartelito”, San Carlos. De acuerdo con sus declaraciones, los padres de Eduardo Landaeta se trasladaron de inmediato a la Comisaría y al llegar informaron a una funcionaria que se encontraba de guardia que su hijo corría peligro de muerte porque había sido amenazado en varias ocasiones por agentes policiales, ante lo cual la funcionaria les respondió que no se preocuparan, que ya el Comando Central estaba informado que Eduardo Landaeta era menor de edad y que se presentaran a la Comisaría al día siguiente para efectos de su traslado.

El 30 de diciembre de 1996, aproximadamente a las 8:00 horas, Eduardo Landaeta fue trasladado a la Estación Central. De acuerdo con lo declarado por Ignacio Landaeta Muñoz, al ser aproximadamente las 18:30 horas, una funcionaria informó a los padres de Eduardo Landaeta que había observado movimientos extraños y les advirtió que no se fueran del lugar. Asimismo, la señora María Magdalena Mejías indicó que un agente de apellido Requena le pidió con insistencia la cédula de Eduardo Landaeta, en virtud de lo cual al ser las 20:30 horas, aportó una copia de la misma y una copia de la partida de nacimiento. Al ser a las 22:30 horas Eduardo Landaeta se asomó por una ventana y le hizo una señal a sus padres para que se fueran.

El 31 de diciembre de 1996 la unidad P-66, placas DAF-91Z, marca Fiat, modelo uno, color rojo, tipo sedán, adscrita a inteligencia, conducida por el agente FABP, en compañía del agente CARM, ubicado en asiento del copiloto y el agente CARA, ubicado en el asiento trasero del lado derecho, trasladaban esposado en el asiento trasero de la unidad a Eduardo Landaeta a la Seccional de Mariño.

De acuerdo con las versiones rendidas durante la investigación, al ser aproximadamente las 8:30 horas, en el Sector Valle Lindo, la unidad policial fue colisionada en la parte trasera por un vehículo marca Chevrolet, modelo Malibú, color gris, ante lo cual los agentes policiales detuvieron la marcha para verificar lo ocurrido. En ese momento, cuatro sujetos encapuchados portando armas de fuego se bajaron del vehículo gris, despojaron de las armas de reglamento a los agentes policiales y comenzaron a disparar contra el vehículo, ocasionando la muerte de Eduardo Landaeta. El agente CARA huyó de la zona de los hechos hacia la Urbanización Valle Lindo; el agente FABP fue herido en la pierna producto de un disparo de arma de fuego, y el agente CARM se quedó acostado en el pavimento. (Cuadernillo Corte-IDH, 2018)

Más allá de lo que las autoridades venezolanas pudieron aportar al caso, o bien de lo que las investigaciones al respecto arrojaron —que dicho sea de paso fue información poco precisa—, en este asunto podemos observar un claro desbordamiento de la función policial en contra de dos adolescentes, en donde no interesa saber si estaban inmiscuidos en aspectos que

tuvieran relación con actos de delincuencia, sino que más bien lo que nos debe ocupar es la grave situación que atravesaron los adolescentes al ser tratados desde un inicio como adultos.

En sede nacional, consideramos como una legislación de avanzada — al menos en este rubro— lo que nos refiere el artículo 8 de la LNSIJA, ya apuntado *ut supra* alrededor de la prevalencia de la presunción de la niñez o adolescencia del presunto participante de algún hecho que la ley señale como delito, en franco respeto al principio *pro personae*.

La política criminal garantista progresiva se identifica en este apartado normativo, que procura la prevención del desbordamiento de la función policial en contra de los adolescentes, situación que ha llevado precisamente a que los elementos de policía en distintos momentos de nuestra historia se enfrasquen en sucesos donde no se ha podido integrar un debido proceso a los adolescentes en el país o, en el peor de los casos, que los lleven a ser víctimas de los propios abusos policiales en detrimento de su condición jurídica y sus derechos fundamentales.

Tal es el caso de los múltiples abusos que fueron cometidos en contra de estudiantes en los movimientos de 1929 y de 1968 en la Ciudad de México, en donde el común denominador fue la brutalidad policial y el desbordamiento de la función punitiva del Estado. Se han podido observar en esos espacios de represión conductas estatales sistemáticas y generalizadas de violencia tendientes a propiciar desapariciones forzadas; hechos de tortura; tratos crueles, inhumanos y degradantes; así como ejecuciones extrajudiciales y desplazamientos internos forzados, entre otros.

Ponderamos que una política criminal de este tipo nos lleve a sistematizar la prevención de vulneraciones a la dignidad humana de las personas por parte de los agentes del Estado, debido a que, a través de estas disposiciones normativas, nos encontramos en la posibilidad de que de *iure* se prevea un escenario jurídico que transmita el legítimo espíritu de la función policial en México y cómo debe entenderse su aplicación en el plano infanto-adolescente.

De igual forma, cabe señalar que es muy importante abordar lo tocante al Capítulo VII de la LNSIJA, ya que se ha establecido el hecho de que se aporte a los elementos de policía capacitación básica y actualización permanente sobre el trato con adolescentes. Si bien es cierto que hay puntos importantes, como las limitantes al uso de la fuerza y de las esposas y el uso sencillo de términos en el lenguaje empleado, hay cuestiones que tienen que ser consideradas para incorporar a la ley. Por ejemplo, es indispensable

que los agentes estatales conozcan la metodología y los resultados de los pronósticos que deben mejorarse de manera continua en cuanto a abusos de autoridad y sus posibles consecuencias, con una doble finalidad: la primera, dar cumplimiento cabal a los parámetros de detención de la persona adolescente en el marco del respeto a los derechos humanos, y en segundo plano, con el afán de prevenir una posible conducta que vulnere estos derechos y que configure la comisión de una conducta tipificada como delito por parte del agente estatal, además de que estas capacitaciones impliquen una plena consciencia de parte del agente estatal sobre lo que son tratos crueles, inhumanos y degradantes y sus consecuencias para efecto de evitarlos a toda costa, a pesar de que sean producto de instrucciones de mando.

IV. HABILITACIÓN DE LAS CAPACIDADES POLICIALES ALREDEDOR DE LA PRESUNCIÓN DE ADOLESCENCIA

Ahora, fieles a la condición pragmática de la norma, debemos ponderar por desestimar solo las condiciones semánticas de la misma, eventualmente reforzada por eufemismos que en nada abonan a la lucha contra el crimen y la incidencia delictiva en nuestro país —como el interés superior de la niñez, los derechos humanos de los adolescentes, la observancia de la dignidad humana de la infanto-adolescencia— y que son de poca trascendencia en el plano fenomenológico. Esta disfunción entre la gracia de la norma y la desgracia de la realidad nos coloca al día de hoy en las circunstancias cotidianas de los hermanos Landaeta, en Venezuela, mismas que claramente implican un reclamo social visible cuya prevención y no repetición es deber de las autoridades mexicanas.

Ahora, esa prevención normativa, a pesar de estar correctamente planteada, se vuelve letra muerta si no cuenta con parámetros claros de aplicación; es indispensable que aquella se acompañe de brazos operativos fuertes a efecto de su materialización pertinente. Hablamos de la necesidad de que los agentes que conozcan esta normativa la asuman a través de procesos continuos de formación y capacitación, para inmiscuirlos en la nueva realidad de la doctrina de la protección integral de los adolescentes.

Una de las primeas observaciones que debemos enunciar es la tocante al hecho de la necesaria especialización de los operadores del sistema. Dicen los artículos 63 y 64 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes:

Artículo 63. Especialización de los órganos del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes

El Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes deberá contar con los siguientes órganos especializados:

- I. Ministerio Público;
- II. Órganos Jurisdiccionales;
- III. Defensa Pública;
- IV. Facilitador de Mecanismos Alternativos;
- V. Autoridad Administrativa, y
- VI. Policías de Investigación.

Dichos órganos deberán contar con el nivel de especialización que permita atender los casos en materia de justicia para adolescentes, conforme a lo previsto en la presente Ley y las demás disposiciones normativas aplicables.

Artículo 64. Especialización de los operadores del Sistema Integral

Los operadores del Sistema son todas aquellas personas que forman parte de los órganos antes mencionados y deberán contar con un perfil especializado e idóneo que acredite los siguientes conocimientos y habilidades:

- I. Conocimientos interdisciplinarios en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes;
- II. Conocimientos específicos sobre el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes;
- III. Conocimientos del sistema penal acusatorio, las medidas de sanción especiales y la prevención del delito para adolescentes;
- IV. El desarrollo de habilidades para el trabajo con adolescentes en el ámbito de sus respectivas competencias.

La especialización de los funcionarios del Sistema podrá llevarse a cabo mediante convenios de colaboración con instituciones académicas públicas.

Como vemos, la norma es omisa al no decirnos cuáles serán las instituciones encargadas de dicha especialización policial, y aunque se habla de que las distintas corporaciones podrán ejercer convenios para tal capacitación no se proponen estándares claros que permitan la homologación de criterios en cuanto a lo que los operadores —en este caso policiales— deben entender por una función policial especializada en adolescentes.

Por lo tanto, la primera tarea es llamar a una reforma que adicione la ley en la materia, de modo que se pronuncie con claridad el hecho de que la Fiscalía General de la República (FGR) y sus homólogas en las entidades federativas asuman la capacitación de sus cuerpos de policía en lo tocante

a la especialización relacionada con los principios del sistema integral de justicia penal para adolescentes.

La encomienda apuntada entraña una grave responsabilidad, sobre todo si advertimos que son las fiscalías y procuradurías de las entidades las que deben, en conjunto con la FGR, buscar diversos espacios de capacitación pertinente de las policías, en función de una correcta implementación del sistema de justicia para adolescentes, ya que al ser un régimen especial tiende a contar con asimetrías en el ámbito de su aplicación.

Propugnamos, entonces, por una homologación en los criterios policiales, que deben ser discutidos con el Poder Judicial desde y con las fiscalías y procuradurías en tanto operadores del sistema. A su vez, no podemos dejar de lado que la responsabilidad de la capacitación que estamos señalando no puede estar sujeta a la calidad educativa que determinada institución presuma como argumento central ante la firma de un convenio con las instancias de procuración de justicia; más bien, este tema tendría que ser atendido con la colaboración de instituciones de prestigio con autoridad científica comprobada.

Así las cosas, esta condición formativa de los agentes del Estado en relación con la adolescencia nos daría elementos para tener más claridad en la materialización de la norma y su eficacia, ya que si contamos con leyes bien configuradas y las respaldamos de elementos y agentes estatales competentes en su aplicación, reduciríamos considerablemente la brecha en cuanto a la violación a la dignidad humana no nada más de los adolescentes, sino del gobernado el general.

Otra reforma sustancial que proponemos en este ámbito se centra en una modificación del entramado policial, que no solamente centre sus esfuerzos en la especialización de los operadores del sistema —en este caso, los policías— en materia de justicia para adolescentes, sino que dediquen su responsabilidad a este fin de modo exclusivo, con elementos que tengan controles de confianza probada, así como diversas destrezas que les permitan llevar a cabo las actividades que se les encomienden con la aptitud necesaria para desempeñarlas de forma correcta.

Esta exclusividad es imprescindible, tal como ocurre con los cuerpos de policía que tienen bajo su responsabilidad las operaciones especiales y capacitación en contra de la delincuencia organizada; en ese tenor, se tiene que plantear un aparato policial especial que solamente esté dedicado a las labores de la justicia juvenil y que coadyuve directamente con todo lo relativo al sistema integral de justicia penal para adolescentes.

En ese sentido, propondríamos que tal cuerpo fuera denominado *Policía especializada en materia de justicia juvenil* en el plano federal, y que esos cuerpos tengan sus referentes homólogos en sus entidades federativas, para garantizar operaciones especiales en el marco de la excelencia operacional, a efecto de que se realice todo el esfuerzo necesario para operar de forma correcta el señalado sistema integral de justicia penal para adolescentes.

El cuerpo policial que debe operar de la mano de fiscalías especializadas en materia de justicia penal para adolescentes debe atender el pleno respeto a los derechos de las personas adolescentes. Tal escenario puede darse en el marco de una reforma policial integral que propicie la construcción de grupos tácticos en la materia, cuya especialización se encuentre bajo la responsabilidad de las fiscalías y procuradurías de la federación y de las entidades, estableciendo en un primer momento un estándar de calidad de la función policial y, en un segundo plano, que con base en esa especialización las fiscalías y procuradurías expidan los debidos protocolos de actuación encaminados al acotamiento del probable desbordamiento de la función de los agentes estatales en las tareas de seguridad en el ámbito de la justicia juvenil.

La reforma que se plantea tiene que ver con una nueva estructura en el esquema de las policías, pues de ninguna manera estamos proponiendo que el grueso de los cuerpos policiales se encarguen de manera restringida de las funciones de contención del fenómeno delictivo; no estamos proponiendo que la policía en general no tenga capacitación en términos de lo establecido por la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. Lo que planteamos es que, si bien es cierto que todos los policías deben estar capacitados en el área, deben existir cuerpos especializados para la atención de la comisión de conductas tipificadas como delitos cometidas por adolescentes.

La aclaración anterior se elabora desde el marco presupuestal institucional, ya que entendemos que en muchas ocasiones el primer freno para propuestas de esta naturaleza es la carencia de planes de financiamiento necesarios para su conclusión. Sería un sinsentido considerar abrir corporaciones con policías nuevos o con elementos que no tengan capacitaciones previas.

En este sentido, lo que se buscaría es que estos grupos especializados se conformen de agentes estatales, de probada experiencia y cuya selección responda a méritos basados en controles de confianza, en aportaciones de éxito operativo, exámenes médicos y de resistencia, para que se acredite,

además de su especialización, también su aptitud para formar parte de grupos de élite en la materia.

Ahora, debemos tener claro que todos los policías tienen la capacidad de efectuar las labores de un primer respondiente —característica identificada en los policías de seguridad pública— cuando se trate de acontecimientos de carácter penal que relacionen a los adolescentes, pero no hay que olvidar que se debe dar prioridad a la actuación del grupo policial especializado en el plano de la investigación formal, y a falta del personal debido a la carga de trabajo o a la atención de diversos operativos entraría la policía general. Así, el Estado se encuentra en posibilidad de dar atención prioritaria a los asuntos de adolescentes, y solamente en casos excepcionales serían atendidos por los cuerpos policiales para adultos.

En el supuesto de que por cualquier circunstancia no se pueda atender un caso de adolescentes en conflicto con la ley penal por parte de estos grupos especializados, debe existir un órgano de control conformado por personal designado por el fiscal o procurador que establezca mecanismos de control de la regularidad de la aplicación de la doctrina de la protección integral. Todo ello con miras a que no existan vacíos en los que la policía pueda alegar su falta de conocimiento en la materia.

Con este órgano de control, estaríamos garantizando la completa supervisión de los mecanismos tendientes a que el sistema integral de justicia penal para adolescentes marche de forma correcta, cuidando los estándares internacionales de derechos humanos —en concreto, la presunción de adolescencia, el derecho a la verdad de la víctimas, el derecho a una reparación integral del daño material e inmaterial, el derecho a garantías de no repetición, e inclusive el derecho a la asistencia consular, que son mencionados de manera enunciativa más no limitativa—, los cuales el Estado mexicano se encuentra obligado a promover, proteger, respetar y garantizar, conforme a lo apuntado en el artículo primero de nuestra carta fundamental.

V. PROPUESTA SOBRE LA BASE DE POLICÍAS GENERAL Y ESPECIALIZADA

A. EL SISTEMA POLICIAL GENERAL

Tal como hemos señalado, los agentes encargados de la función policial deben estar habilitados en materia de justicia penal para adolescentes, lo que

implica distinguir que, aun cuando existiesen grupos tácticos especializados en materia de adolescentes, debe subsistir la obligación estatal de que todos los elementos policiales cuenten con una formación en aquel ámbito, en aras de que ante cualquier situación exista una respuesta clara por parte de la autoridad con el fin de llevar a cabo de manera correcta la aplicación de protocolos en vías de las labores de investigación y detención, ámbitos que por supuesto corresponden a la policía.

Es imprescindible la materialización de procesos de capacitación general a los cuerpos policiales para que estén preparados al momento de actuar en el panorama de justicia penal para adolescentes al margen de la existencia de diversos grupos dedicados específicamente a esa materia.

B. SISTEMA POLICIAL PARA ADOLESCENTES

De manera paralela al sistema policial para adultos, debe existir otro esquema ligado a la especialización continua en materia de la justicia penal juvenil, y esto solamente puede funcionar a través de equipos que se dediquen de manera exclusiva a los asuntos de la justicia juvenil.

Aunque pareciera que la capacitación general otorgada a los policías resulta suficiente para garantizar la protección, defensa y respeto de los derechos que se integran en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, la realidad implica otra mirada. Consideramos se requiere de un grupo que tenga una profesionalización constante en la materia para que a corto y mediano plazo se asimilen diversos estándares de calidad en la función policial, con miras a la creación de protocolos que se fundamenten en criterios especiales de detención y reconocimiento de los adolescentes, así como de implementación de la presunción de adolescencia y el acotamiento del uso de la fuerza, ya que existen previsiones por parte del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (SNDIF) que contemplan la atención de víctimas adolescentes, pero no se ha llevado a cabo un proceso de homologación de criterios de detención en la materia posterior a la creación de la ley vigente. En ese sentido, debe existir un sólido constructo policial que se desarrolle de manera paralela con el sistema policial para adultos, con finalidades intrínsecas de prevención y represión del fenómeno delictivo en la comunidad adolescente del Estado mexicano.

Debemos ponderar esta dicotomía policial, dado que no podemos negar la delincuencia juvenil y la innegable relación que tiene con el crimen

organizado. Es común que los adolescentes sean reclutados por el crimen organizado en México, lo que implica la trascendencia de un grupo táctico especializado en materia policial para adolescentes, a partir de la complejidad del tema, donde la policía debe encontrarse a la altura de una generación de adolescentes que mantiene un contacto creciente con el fenómeno delictivo.

Para darnos una idea de la problemática, los policías lo mismo pueden encontrarse con asuntos de robo cometidos por adolescentes que con hechos relacionados con el creciente problema del narcomenudeo, muy común en el sector juvenil en México, o con delitos de orden informático estimulados desde cualquier ordenador en manos de adolescentes.

Ante esta comparación de supuestos tan obvia, es clara la asimetría en la que se llevan a cabo las misiones de estos escenarios policiales. En este sentido, se justifica la consideración de prevenir la actuación policial para adultos en asuntos de corte juvenil, pues en la práctica —como se ha visto— es susceptible de quedar viciada por las prácticas perniciosas de agentes poco identificados con protocolos profesionales y de respeto a la dignidad humana.

Sumado a lo expuesto, tenemos las tareas de seguridad que tiene bajo su responsabilidad la Guardia Nacional —institución insignia de la seguridad del actual gobierno lopezobradorista—, que en sus operaciones permanentes asume en no pocos casos funciones de primer respondiente, sin alguna especialización acreditada para atender las conductas tipificadas como delitos cometidas por adolescentes.

VI. CONCLUSIONES

Es necesario —como ha sido desde siempre— que los avances en materia de justicia penal para adolescentes dejen solamente de obrar en la ley para poder extenderse al terreno de lo fáctico. En ese sentido, estamos convencidos de que la única forma de que comencemos a vivir otra realidad por cuanto hace a los esquemas generales de seguridad es a través del entorno pedagógico del sistema integral de justicia penal para adolescentes.

Si a través de las instituciones del Estado, como las fiscalías, procuradurías y los cuerpos policiales, se elaborase una ruta de especialización pertinente, estaríamos obteniendo a largo plazo una forma de combate al crimen muy efectiva, al dar cumplimiento a los fines establecidos en el artículo 18 constitucional.

De manera paralela, permitiríamos al adolescente que por razones varias cometiese una conducta tipificada como delito que sea tratado de forma tal que asuma una percepción positiva y efectiva de las instituciones del Estado, lo que en estricto sentido pedagógico respondería a los fines de la propia norma en la concepción semántica de la prevención general.

Lo anterior solo es posible a través de una correcta función policial en los casos donde el adolescente en conflicto con la ley penal se encuentre libre del abuso de esa actuación policial que en un principio fue planeada como un esquema para adultos y después adecuada a un sistema que denominamos *integral de justicia para adolescentes*.

Derivado de esa integralidad de la que presume la ley debemos construir dentro de las corporaciones policiales un sistema en donde policías con credenciales probadas en materia de controles de confianza y de condición física y mental construyan de la mano de una nueva reforma policial grupos especializados en la atención de las conductas tipificadas como delitos cometidas por personas adolescentes.

Con este tipo de política criminal, estaremos en condiciones de prevenir delitos y violaciones graves a derechos humanos cometidas por agentes estatales. La creación de grupos mejor capacitados y más vigilados por órganos internos de control permitiría la implementación de medidas que protejan al Poder Ejecutivo de diversas recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y sus homólogas en las entidades federativas, por medio de esquemas importantes de capacitación, de incentivos en la carrera policial y de medios de control ubicados dentro de las corporaciones que sustentan la función de prevención y represión del fenómeno delictivo en materia juvenil.

VII. FUENTES DE CONSULTA

- Beloff, Mary (2006). “Protección integral de derechos del Niño vs. Derechos en situación irregular”. En *Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes. Memorias del Seminario Internacional Los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. México: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores*.
- Cobo, Sofia (2016). “El principio de flexibilidad de la media y los derechos humanos de las personas adolescentes en conflicto con la ley”. En *Dfensor. Revista de derechos humanos*, número 9 año XIV, 11-18. Ciudad de

México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal [en línea], en URL https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_09_2016.pdf [consultada el 5 de noviembre del 2021].

Corte Suprema de Justicia Argentina, CSJA (2008). *Recurso de hecho interpuesto por Emilio García Méndez y Laura Cristina Musa, Causa No. 7537*, de 2 de diciembre de 2008. Buenos Aires: Poder Judicial de la Nación [en línea], en URL <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28596.pdf> [consultada el 15 de junio del 2021].

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños, niñas y adolescentes, Cuadernillo Corte IDH (2018). Documento publicado por la corte regional, San José, 2018 [en línea], en URL <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo5.pdf> [consultada el 15 de junio del 2021].

Encuesta Nacional de Adolescentes del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, ENASJUP (2017). Instituto Nacional de Estadística y Geografía, [en línea], en URL <https://www.inegi.org.mx/programas/enasjup/2017/#-Tabulados> [consultada el 08 de noviembre del 2021].

Ley de Justicia Especial para Adolescentes Infractores del Estado de Chihuahua, LJEAIEC (2006). Publicada en el *Periódico Oficial del Estado* el 16 de septiembre de 2006, con última reforma publicada el 29 de noviembre de 2014. Chihuahua: H. Congreso del Estado.

Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal, LJADF (2007). Publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 14 de noviembre de 2007, con última reforma publicada el 15 de abril de 2015. Ciudad de México: Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Ley Nacional de Ejecución Penal, LNEP (2016). Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de junio de 2016. Ciudad de México: Secretaría de Gobernación.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, LNSIJA (2016). Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de junio de 2016, con última reforma de uno de diciembre de 2020. Ciudad de México: Secretaría de Gobernación.

Ojeda, Jorge (2017). *Teoría y ciencia de la justicia*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Programa de Fortalecimiento para la Seguridad, FORTASEG (2020). *Informe anual de evaluación del desempeño FORTASEG 2020*. Ciudad de México: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

United Nations, UN (2019). *Global Study on Children Deprived of Liberty*. Organización de las Naciones Unidas [en línea], en URL <https://gchumanrights.org/research/projects/un-global-study/about.html> [consultada el 08 de noviembre del 2021].

Zamora, José (2014). *Política criminal en materia de procuración de justicia penal*. México: Universidad Autónoma de Tlaxcala.

EL ACCESO A LA JUSTICIA EN MÉXICO: ENTRE LA LEGALIDAD Y LA JUSTICIA POR PROPIA MANO¹

○ Héctor Agustín Laguna Juárez *

¹ Este artículo de investigación se originó a partir del proyecto “El justiciero anónimo: análisis de la transgresión del derecho a la justicia desde la teoría de Zimbardo”, publicado en las Memorias del Concurso Lasallista de Investigación, Desarrollo e Innovación de la Universidad La Salle.

* Servidor público de la Fiscalía General de Justicia de la Ciudad de México. Maestro en Medios Alternos de Solución de Controversias y especialista en Justicia Penal. Contacto: hector.laguna29@gmail.com

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

● **Derecho a la justicia**

Right to justice

● **Justicieros**

Vigilantes

● **Acceso a la justicia**

Access to justice

● **Factores criminógenos**

Criminogenic factors

- Fecha de recepción: 7 de mayo de 2020
- Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2020

Resumen: La justicia por propia mano en México se ha convertido en una práctica recurrente por parte de la ciudadanía, en virtud de que el Estado como garante social no ha proporcionado las medidas pertinentes para garantizar el derecho al acceso a la justicia. En consecuencia, el objetivo del presente trabajo es analizar cómo incide la ausencia de acceso a la justicia como factor criminógeno en la creación de fenómenos sociales como los justicieros. Esto permitirá establecer lineamientos generales sobre los cuales se deberá regir la normatividad de las instituciones de seguridad pública, procuración y administración de justicia para asegurar la materialización de este derecho.

Abstract: Justice by one's own hand in Mexico has become a recurring practice by citizens, by virtue of the fact that the State, as a social guarantor, has not provided the pertinent measures to guarantee the right of access to justice. Consequently, the objective of this work is to analyze how the lack of access to justice as a criminogenic factor affects the creation of social phenomena such as vigilantes. This will make possible to establish the general guidelines on which the regulations of the institutions of public security, prosecutor's office and administration of justice must be governed to guarantee the realization of this right.

SUMARIO

I. Introducción. II. Marco teórico. III. El sistema de justicia penal en México. IV. Acceso a la justicia en el sistema de justicia penal acusatorio y oral. V. La ausencia de acceso a la justicia como factor criminógeno. VI. El fenómeno social de los justicieros. VII. Reflexiones finales. VIII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace muchas décadas el sistema de justicia penal mexicano ha sido uno de los eslabones más débiles de los medios de control social con los que cuenta el Estado, debido a que, a pesar de las múltiples reformas que ha tenido en sus cuerpos normativos, las instituciones encargadas de brindar seguridad y justicia no han logrado su principal objetivo: reducir los altos índices de criminalidad que han aquejado a nuestro país a lo largo de los años.

En el año 2008, se dio inicio a un proceso de transformación en el sistema jurídico mexicano para implementar un nuevo modelo de justicia penal con leyes y políticas públicas enfocadas en mejorar el derecho al acceso a la justicia dentro de todas las instituciones encargadas de la seguridad pública, procuración y administración de justicia, con el objetivo de hacer frente a la inseguridad, impunidad y corrupción que han permeado a las instituciones en México.

En vista de ello, los mecanismos de control social fueron modificados con la entrada en vigor del sistema de justicia penal de corte acusatorio y oral para contar con accesos a la justicia transparente y eficiente, como juicios orales, salidas alternas y formas de terminación anticipadas para resguardo de los derechos humanos tanto de víctimas como de imputados.

La poca eficacia que ha tenido el nuevo modelo de justicia en la investigación, persecución y juzgamiento de los delitos —en donde los operadores no tienen responsabilidad por la deficiente aplicación de las técnicas y mecanismos de acceso a la justicia— ha fungido como factor criminógeno social que al conjugarse con otros componentes, como la falta de límites en la conducta de la sociedad mexicana, contribuye a que las personas decidan tomar la justicia por sus propios medios.

Es por esto que el objetivo del presente trabajo es determinar cómo incide la falta de acceso a la justicia como factor criminógeno para que surjan figuras como la de los justicieros, al partir de la pregunta de investigación: ¿es la ausencia de acceso a la justicia el motivo principal para que las personas tomen justicia por sí mismas?

Con la intención de responder esta pregunta abordaremos el estudio de cada uno de los elementos que conforman el derecho al acceso a la justicia, sus mecanismos de protección y cómo se relacionan con la justicia por propia mano, para obtener un razonamiento estructurado que nos proporcione una idea clara y concisa de cómo este derecho se constituye como base fundamental de un sistema proteccionista de derechos humanos.

Derivado de ello, es importante analizar la influencia que tiene en la conducta de las personas el deficiente acceso a la justicia por parte de las instituciones de seguridad y justicia, al convertirlo en factor criminógeno para generar el fenómeno social de los justicieros ciudadanos en México.

La principal causa que llevó a realizar la investigación surge a raíz del reciente crecimiento que ha tenido en nuestro país la autotutela de justicia por parte de los ciudadanos. Así, el objetivo de esta investigación se centrará en el estudio detallado del impacto que tiene en la sociedad la transgresión del acceso a la justicia por parte de las instituciones encargadas del sistema de justicia en México, para así alcanzar el entendimiento adecuado de los factores que propician, permiten y se relacionan directamente con la manifestación de este fenómeno social.

La investigación nos permitirá establecer lineamientos generales sobre los cuales se debe regir la normatividad de las instituciones de seguridad pública y procuración y administración de justicia para otorgar de manera efectiva el derecho al acceso a la justicia, y a su vez evitar la creación de justicieros.

II. MARCO TEÓRICO

Esta investigación busca determinar cómo incide la ausencia de acceso a la justicia como factor criminógeno en México, en virtud de que el Estado como garante social no ha proporcionado las medidas pertinentes para certificar este derecho, lo que ha tenido como consecuencia que las personas decidan tomar la justicia por su propia mano.

La hipótesis que sostiene el presente trabajo es que la transgresión del derecho al acceso a la justicia por parte de las instituciones del nuevo modelo de justicia penal incide como generador de criminalidad en la aparición de justicieros. La ruta metodológica que se sigue se basa en el método hipotético-deductivo ya que, al partir de un supuesto jurídico y mediante la observación e información estrictamente documental, se deducen y comprueban los factores que inciden en la toma de justicia por propia mano.

La teoría que fundamenta el trabajo es la de las ventanas rotas de Philip Zimbardo, quien sustenta que, si en un edificio se rompe una ventana y se deja sin reparar pronto se romperán las demás, en razón de que la propiedad descuidada se convierte en presa fácil para las personas que tienen intenciones de delinquir e incluso para personas que en situaciones normales no pensarían en hacerlo (Wilson y Kelling, 2008). Lo que ocurre es que una ventana rota representa una señal de deterioro, despreocupación y desinterés que va rompiendo códigos de convivencia, y engendra un sentimiento de que hay ausencia de leyes, normas y reglas, de que no importa nada (Eskibel, 2017).

Los elementos deterioro, desinterés y despreocupación serán la base para demostrar que el incumplimiento del derecho al acceso justicia por parte de las instituciones de procuración y administración de justicia en México funge como factor criminógeno en el comportamiento delictivo de las personas que han decidido tomar la justicia por sus propios medios.

Así, la ventana rota del edificio sería la estructura jurídico-institucional abandonada por el gobierno e incluso por los propios particulares, evidenciada a través del número de sucesos en los que se encuentran presentes los justicieros, de los cuales no se tienen estadísticas oficiales, solo registros hemerográficos.

De ahí que se torne fundamental contar con leyes y políticas públicas para afianzar de manera efectiva el disfrute del derecho al acceso a la justicia para compaginarlo con lo establecido en los principios de justicia social; es decir, se deben generar las condiciones de igualdad, libertad y seguridad que son indispensables para evitar la creación de fenómenos sociales como los justicieros.

III. EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO

Antes de las reformas de junio del 2008 en materia de seguridad y justicia, el sistema penal mexicano se caracterizó por ser un modelo procesal que privilegiaba la investigación escrita y secreta, en donde los problemas del debido proceso, la ineficiencia y la falta de transparencia se habían convertido en algo habitual para nuestro proceso penal (Langer, 2007).

El sistema de justicia penal mixto solo contemplaba como acceso a la justicia la persecución e investigación de los delitos, y la etapa de juicio, como único medio para que los gobernados pudieran recurrir ante las autoridades, donde los procedimientos eran preponderantemente escritos y la forma de terminación era solo a través de la emisión de una sentencia.

La implementación del sistema de justicia penal acusatorio y oral del 18 de junio de 2016 trajo como consecuencia que se incluyeran nuevos mecanismos de acceso a la justicia para complementar a los ya existentes en la legislación mexicana y dar así cumplimiento a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha señalado la obligación de prever recursos internos adecuados y eficaces para garantizar la justicia de todos los ciudadanos (Islas y Díaz, 2016).

En vista de lo anterior, el Estado mexicano incluyó en su cuerpo normativo nuevos mecanismos de acceso a la justicia, entre los que se encuentran las salidas alternas y las formas de terminación anticipada, así como un cambio de principios primarios respecto a la actividad jurisdiccional de sus tribunales, que cambiaron de un modelo de justicia de corte mixto a uno acusatorio y oral.

Bajo ese tenor, los principios primarios son fundamentales para el buen funcionamiento del sistema de justicia que en mayor medida depende de la interrelación de cada uno de ellos, al establecerse como un conjunto de regulación del proceso penal. En consecuencia, el nuevo sistema de justicia penal contempla los siguientes principios:

- **Principio de legalidad.** En sentido amplio otorga el derecho humano a la garantía de seguridad jurídica para que todo acto de autoridad al momento de su emisión cumpla con los requisitos de constar por escrito, ser expedido por una autoridad competente y estar debidamente fundado y motivado. Las autoridades solo pueden realizar actos que les permiten expresamente las leyes (Tesis: IV.2o.A.51k, 2014).

Por otra parte, el principio de legalidad, en sentido estricto, establece relación directa con el principio de exacta aplicación de la norma al prohibir la imposición de penas por simple analogía o aun por mayoría de razón, sin que al momento de la comisión del hecho delictivo exista una ley escrita que haya sido expedida con anterioridad al hecho y que la conducta este descrita por una ley exactamente aplicable al delito que se trata (Tesis: 1ª./J.54/2014, 2014).

- **Presunción de inocencia.** Es un elemento esencial de las garantías judiciales para la realización real y efectiva del derecho a la defensa, por el que “toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por” un juez (CNPP, 2020: artículo 19). La presunción de inocencia ha dejado de constituirse como un principio general para convertirse en un derecho fundamental en el sistema de justicia penal, de modo que este derecho se extiende como regla probatoria y regla de juicio, para establecer las características que deben reunir las pruebas para poder ser consideradas como suficientes en la acreditación de la existencia del delito y la responsabilidad de la persona (Sentencia recaída al Amparo Directo 517/2011, 2013).
- **Debido proceso.** Es el grupo de acciones que permiten que las personas ejerzan su garantía de audiencia y deban ser notificadas del inicio de un procedimiento, así como tener la oportunidad de alegar, ofrecer y desahogar pruebas para la obtención de una resolución que dirima las cuestiones debatidas, esto es, los actos que en su conjunto integran las formalidades esenciales del procedimiento (Tesis: 1ª./J.11/2014, 2014). Asimismo, las referidas formalidades del procedimiento en la actualidad pueden concebirse desde dos vertientes del derecho al debido proceso en materia penal: a quien se le debe proteger el derecho de defensa y a quien se le debe garantizar el derecho de acceso a la justicia, para propiciar que las partes se encuentren en un plano de igualdad y puedan ejercer de manera efectiva su derecho de audiencia (Tesis: 1ª. IV/2014, 2014).

IV. ACCESO A LA JUSTICIA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO Y ORAL

El derecho al acceso a la justicia como derecho humano es entendido como la posibilidad que toda persona tiene, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir ante las instituciones del sistema de justicia previsto por los Estados para la resolución de conflictos y para la protección, el respeto y la garantía de los derechos humanos de los que es titular (Ventura, 2005).

De esta manera, el derecho al acceso a la justicia implica mucho más que la tutela judicial efectiva, como tradicionalmente se ha entendido. También se refiere a otros mecanismos no convencionales de solución de conflictos, como la justicia alternativa, que pretenden solucionar la controversia de manera pacífica y sin la emisión de una resolución judicial (Castilla, 2012).

En el mismo orden de ideas, además de la función jurisdiccional desarrollada por los tribunales, el acceso a la justicia debe entenderse vinculado a la investigación y persecución de los delitos, pues tal acceso tiene como presupuesto lógico la obligación del Estado de investigar y perseguir los actos delictuosos que permitan la captura y enjuiciamiento de los responsables de las conductas delictivas (Tesis: PLXIII/2010, 2011).

Ahora bien, la investigación y persecución de los delitos es una facultad contemplada en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que le fue conferida al Ministerio Público y a las policías para la obtención de datos y medios de prueba que permitan determinar el ejercicio de la acción penal en los hechos que la ley señale como delitos y exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión (CPEUM, 2020: artículo 19).

Si bien es cierto que en un primer momento la investigación y persecución de los delitos solo correspondió a las policías cuando actuarán bajo la conducción y el mando del Ministerio Público, estas tareas también deben entenderse vinculadas a la labor asignada a los cuerpos de seguridad pública con la homologación de funciones que les confiere la figura del primer respondiente.

Esta facultad obliga a los cuerpos de seguridad pública y a las instituciones de procuración de justicia a realizar una investigación seria, imparcial y efectiva, utilizando todos los medios legales disponibles que permitan llegar (Tesis: PLXIII/2010, 2011) al esclarecimiento de los hechos, proteger al

inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen (CPEUM, 2020: art. 20).

La seguridad pública prevista en el párrafo noveno del artículo 21 constitucional confiere la gestión de actuaciones para el Ministerio Público y las policías que comprende la investigación y persecución de los delitos de manera real y efectiva bajo los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto irrestricto de los derechos humanos.

El derecho humano de acceso a la justicia comprende dos proyecciones: una de carácter general y otra de carácter particular en materia penal. Bajo esa proposición, la administración de justicia como carácter general advierte la garantía para que toda persona acuda ante los tribunales a que se le administre justicia en los plazos y términos que fijen las leyes de manera rápida, completa e imparcial. Ahora bien, el carácter particular del derecho al acceso a la justicia engloba los principios de legalidad, presunción de inocencia y debido proceso para convertir al proceso penal acusatorio y oral en un proceso ideal para el ejercicio y goce de los derechos humanos de toda persona que acuda ante las autoridades del sistema de justicia penal (Islas y Díaz, 2016).

Del proceso penal acusatorio y oral cabe resaltar que se encuentra inmerso en el derecho al acceso a la administración de justicia, puesto que se fundamenta en principios que se constituyen como una lista de derechos y garantías procesales que tienen por objeto dar respuesta a los problemas de violaciones al debido proceso que caracterizaron al modelo de justicia penal inquisitivo (González, 2011, como se citó en Islas y Díaz, 2016: 52).

Es así que el proceso penal se rige bajos principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, para brindar mayor certeza y transparencia a las resoluciones que emitan los órganos jurisdiccionales facultados para ello y para dar vigencia a los postulados de igualdad y equidad que requiere todo juicio de carácter penal en donde se preserven tanto los derechos de la víctima como del imputado.

Una variante del acceso a la justicia es la justicia alternativa, que se constituye como uno de los pilares fundamentales del sistema de justicia penal acusatorio y oral para que todas las personas, cualquiera que sea su condición, puedan contar con mecanismos y procedimientos de salidas alternas, así como con formas de terminación anticipada que les permitan llegar a la solución de conflictos de manera diversa a la justicia tradicional.

La justicia alternativa está inserta en los párrafos tercero y quinto del artículo 17 constitucional, donde se reconoce como un derecho humano

privilegiar la solución de conflictos sobre los formalismos procedimentales y el deber de prever en las leyes mecanismos alternativos de solución de controversias que aseguren la reparación del daño y garanticen el derecho al acceso a la justicia de los gobernados.

Los mecanismos alternativos de solución de controversias comprenden los procedimientos de mediación, conciliación y junta restaurativa, donde las partes —a través de un conjunto de técnicas y prácticas encaminadas a la solución del conflicto y la reparación del daño— construyen acuerdos en beneficio de todas las partes (Cornelio, 2014), los cuales deberán ser autorizados por el órgano jurisdiccional —o el Ministerio Público, en su caso—, privilegiando en todo momento el principio de mínima intervención del Estado.

La suspensión condicional del proceso es otro de los mecanismos que se incorporaron como salidas alternas al juicio. Mediante esta figura, el inculpado, ante el órgano judicial, deberá ofrecer un plan detallado sobre la reparación del daño y sujetarse al cumplimiento de una o varias condiciones que deberá cumplir durante el periodo que dure la suspensión a fin de resguardar los derechos de la víctima.

En lo que respecta al procedimiento abreviado, se puede decir que se trata de una solución que escapa de manera anticipada a la controversia penal, pues este procedimiento conlleva que el inculpado, para la obtención de una reducción de la pena por parte del juzgador, admita su responsabilidad por el delito del que se le acusa y acepte ser sentenciado con base en las pruebas que presentó el órgano acusador.

V. LA AUSENCIA DE ACCESO A LA JUSTICIA COMO FACTOR CRIMINÓGENO

Los factores criminógenos se pueden entender como todos aquellos elementos objetivos que intervienen en la producción del fenómeno criminal (Rodríguez, 2018: 461). Se dividen en factores endógenos y exógenos y, en su conjunto, favorecen un determinado resultado delictivo, cuyas características dependerán de cada persona, ya que no todos estos factores influyen de la misma manera en todos los sujetos (Hikal, 2017).

Existen factores criminógenos sociales, tales como sobrepoblación, desempleo, condiciones económicas y políticas, régimen educativo, administración pública, inseguridad, cuerpos de seguridad pública, instituciones

de procuración y administración de justicia, políticas públicas, leyes; y en general todos aquellos que provienen del exterior (Rodríguez, 2018: 462).

Algunos de los principales factores criminógenos están relacionados estrechamente con la corrupción, impunidad e ineficiencia de las instituciones de seguridad pública y de procuración y administración de justicia, que lejos de ser mecanismos efectivos para la reducción de los altos índices de inseguridad y violencia se han constituido como organismos inoperantes y transgresores de derechos humanos.

Además, la corrupción se ha edificado como la primordial causa de desconfianza hacia las instituciones de justicia, que se traduce en la convicción de que la justicia solo puede asegurarse a las personas que proporcionen pagos informales en los procedimientos o para aquellos que tengan la capacidad de influir sobre las actuaciones de los servidores públicos del sistema de justicia penal, lo que a la postre se traduce en impunidad (Castilla, 2012).

En un alto porcentaje, las instituciones de justicia se han mostrado ineficaces para resolver las conductas delictivas ya sea por falta de profesionalización de las policías, cuyo actuar no favorece la persecución efectiva de delitos; la carente preparación de los ministerios públicos, quienes son incapaces de efectuar una investigación adecuada, y la falta de transparencia en las resoluciones emitidas por los jueces y magistrados del Poder Judicial (Aguilar, 2015).

Otro de los principales factores criminógenos se asocia con un mal gobierno que no cumple su función de garante social, pues ha creado leyes y políticas públicas inadecuadas que no regulan de manera idónea las actividades de las autoridades, quienes se convierten en la contracara del derecho humano, ya que en lugar de propiciar mejoras sociales, económicas y políticas se erigen como verdaderas amenazas para el Estado de derecho (Arriola, 2016).

Es común escuchar la opinión crítica sobre la deficiente forma de actuar de las instituciones policiales en la procuración y administración de justicia; pero solo de manera excepcional se formulan críticas sobre la responsabilidad que pudieran tener el gobierno y los legisladores en la creación o modificación de los contenidos de las normas y procedimientos penales (Moreno, 2004).

Las leyes y políticas públicas rara vez coinciden de manera total con los propósitos del sistema de justicia penal, puesto que el modelo de justicia requiere brindar a la sociedad un sistema jurídico tendiente a prevenir, investigar y, en su caso, sancionar la comisión de delitos, y no solo adecuaciones

o reformas tendientes a solucionar la problemática delictiva de manera temporal.

Así, la transgresión del derecho al acceso a la justicia como factor criminógeno en la toma de justicia por propia mano está perfectamente relacionada con los elementos *deterioro*, *desinterés* y *despreocupación* contenidos en la teoría de las ventanas rotas de Philip Zimbardo.

En efecto, la transgresión del derecho al acceso a la justicia como factor criminógeno se puede describir con la despreocupación por parte de las instituciones de procuración y administración de justicia, quienes mediante sus funciones históricamente han sido los principales trasgresores del derecho al acceso a la justicia de los ciudadanos (Arroyo, 2002).

Lo anterior, debido al desinterés por parte del Estado, que ha creado un déficit en los controles sociales que fueron remplazados con la entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal, pero que no han logrado evitar el aumento de la criminalidad debido a que el cambio de sistema de justicia penal no solo es la mutación de un código por otro, sino que implica la modificación de las prácticas realizadas por los entes encargados de la seguridad de todos y cada uno de los gobernados (Binder, 2014).

A esto se suma el deterioro social originado por la ausencia de límites en la conducta de los individuos que se genera por la falta de instrumentos que le regulen o por la incapacidad de las instituciones encargadas de asegurar el respeto de las leyes (López, 2009), al contribuir a la toma de justicia por propia mano, produciendo fenómenos sociales como los justicieros.

VI. EL FENÓMENO SOCIAL DE LOS JUSTICIEROS

La Real Academia de la Lengua Española define como justiciero a la persona “que observa estrictamente la justicia en el castigo de los delitos” (RAE, s.f.). Si bien es cierto que no existe una definición exacta acerca de los justicieros, estos se pueden definir como las personas que han decidido tomar la justicia por sus propias manos, actuando como juez y verdugo en el castigo de los delitos. Es muy importante aclarar que no se tiene registro oficial de cuántas apariciones se han suscitado de justicieros, ni de cuándo surgió por primera vez este fenómeno social.

El caso quizá más emblemático, y uno de los primeros sobre los que se tiene noticia sobre la aparición de un justiciero, es el acontecido el 31 de octubre de 2016, cuando la revista *Proceso* informó que:

... en los linderos de la Ciudad de México y el Estado de México, sobre el asfalto de la autopista Toluca-México, hayan sido ejecutados cuatro asaltantes de un autobús por una persona que ahora lo llaman "El Justiciero de la Marquesa". Ninguno de los pasajeros del autobús denunció al ejecutor anónimo y en una especie de "omertá" o pacto de silencio tejieron un manto protector sobre este personaje del que ya cuenta muchas historias convirtiéndolo en un mito popular. (Proceso, 2016)

La conducta del justiciero "anónimo" pudo ser motivada por la justificación de que el acrecentamiento de los delitos, la ineficiencia de las instituciones, así como la falta de coincidencia entre las leyes y las políticas públicas dan la oportunidad para poder tomar la justicia por sus propios medios.

Otro caso relevante y uno de los últimos de los que se tiene registro sucedió el 31 de julio del 2020, cuando la revista *Proceso* también informó que "Un presunto asaltante fue molido a golpes por un grupo de personas que viajaban en una combi durante un fallido atraco..." (La Redacción, 2020).

Los justicieros de la *combi*, como ahora se les conoce, tuvieron una gran repercusión social. La noticia obtuvo gran cobertura en distintos medios de información y comunicación, donde los mensajes de aprobación por parte de la ciudadanía se convirtieron en una constante, a pesar de que el hecho pueda ser constitutivo de un delito.

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la autotutela de derechos por parte de los ciudadanos, al mencionar que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar un derecho.

De acuerdo con el reporte Incidencia Delictiva del Fuero Común, del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, hubo un incremento significativo a nivel nacional en los delitos en sus diferentes modalidades, al pasar de 1 536 483 en 2015 a 2 038 951 en 2019, lo que representa un aumento casi del 25% en las conductas delictivas (SESNSP, 2020), como se puede consultar en la Tabla 1.

Tabla 1. Índice de delitos del fuero común de 2015 a 2019

Año/número total	2015	2016	2017	2018	2019
Delitos a nivel nacional	1 536 483	1 658 550	1 939 497	1 989 930	2 038 951

Fuente: Elaboración propia con información tomada de SESNSP (2020)

Es menester subrayar que el crecimiento en los índices delictivos que se observan claramente en la tabla de arriba y la manifestación de justicieros anónimos son coincidentes con la entrada en vigor del sistema de justicia penal de corte acusatorio y oral, en junio de 2016, lo que demuestra que la implementación de este modelo de justicia no está cumpliendo con los objetivos para los que fue creado.

La percepción que tiene la población acerca de la corrupción, la impunidad y el funcionamiento de las instituciones de seguridad y justicia, aunado al hartazgo social por la amplificación de la inseguridad, han propiciado el incremento de justicieros ciudadanos, a pesar de que las conductas no se encuentren amparada por la ley.

Según datos estadísticos de la Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana, publicada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), se incrementó la percepción de inseguridad de septiembre de 2013 a marzo de 2020, pasando de 70.3% al 78.6% en la población femenina; de 64.8% a 67.2% en la población masculina, y de 68% a 73.4% en el porcentaje total (INEGI, 2020), como se observa en la Figura 1.

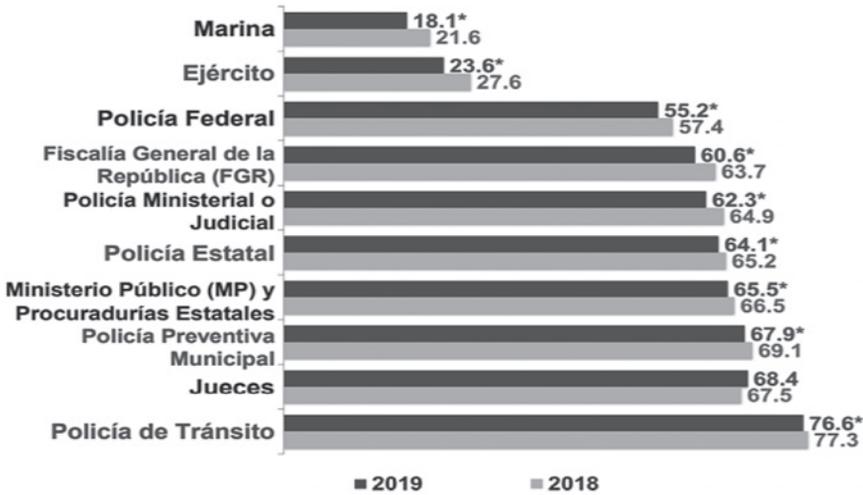
Figura 1. Percepción de inseguridad en las entidades federativas septiembre 2013 a marzo 2020



Fuente: INEGI (2020)

Respecto a los índices de corrupción, en la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, realizada también por el INEGI en su ejercicio 2019, se indicó que la mayoría de las autoridades que intervienen en el modelo de justicia penal siguen siendo percibidas como poco confiables por los altos niveles de corrupción que han alcanzado (INEGI, 2019).

Grafica 2. Percepción sobre la corrupción en las autoridades en México 2018–2019



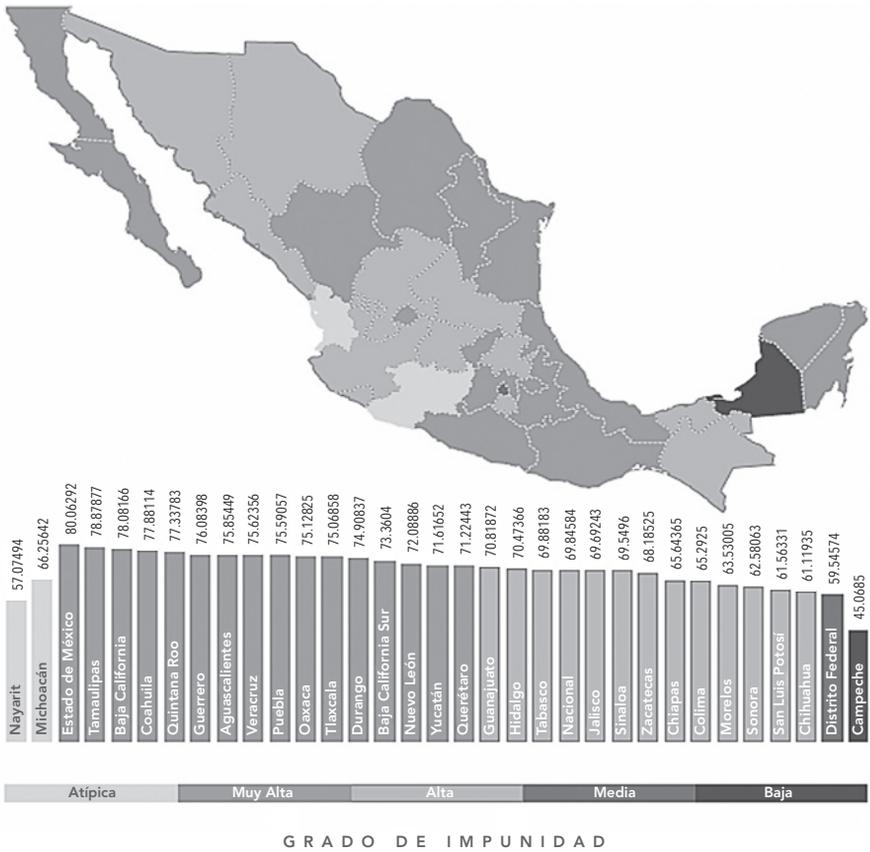
Fuente: INEGI (2019)

Por otra parte, el Centro de Estudios Sobre Impunidad y Justicia de la Universidad de las Américas Puebla (CESIJ), en el Índice Global de Impunidad México, en la medición 2018 (Figura 2), arrojó un promedio nacional de impunidad de 69.84, al aumentar respecto de la medición de 2016, en donde el indicador fue de 67.42 en escala de 100, donde 30 de las 32 entidades federativas obtuvieron grados de impunidad altos, muy altos y atípicos (CESIJ, 2018).

Así, la ausencia de justicia y el apoyo mediático por parte de la ciudadanía a la toma de justicia por propia mano se han convertido en elementos generadores de criminalidad para el desarrollo de figuras como los justicieros “anónimos” para aquellas personas que han perdido la confianza en las instituciones seguridad y justicia (Arroyo, 2017).

Esto nos lleva a preguntarnos: ¿qué hacer para disminuir la aparición de justicieros? Si se desea reducir la toma de justicia por propia mano, entonces se debe garantizar de manera efectiva el derecho al acceso a la justicia con leyes y políticas públicas tendientes a prevenir los delitos y reducir la inseguridad.

Figura 2. Índice de impunidad por entidad federativa 2018



Fuente: CESJ (2018)

VII. REFLEXIONES FINALES

Indiscutiblemente, la toma de justicia por propia mano en la actualidad se ha convertido en uno de los principales problemas por los que atraviesa el sistema jurídico mexicano. Los justicieros reflejan dos problemáticas sociales. La primera, el hartazgo de las personas y la gran desconfianza que se tiene en las instituciones encargadas de proteger el derecho a la justicia. La segunda, la decisión de la población para recurrir a medios ilegales para hacer frente a la criminalidad.

Los elementos *despreocupación*, *desinterés* y *deterioro* incluidos en la teoría de las ventanas rotas de Philip Zimbardo describen a la perfección cómo la trasgresión del derecho al acceso a la justicia se ha constituido como factor criminógeno en la toma de justicia por propia mano, ya que la sensación de inseguridad e incremento de delitos se dan en lugares donde las instituciones encargadas de la seguridad y justicia no cumplen con las funciones de prevenir, investigar y sancionar las conductas delictivas.

Además, influye la despreocupación por parte de las autoridades de seguridad, procuración y administración de justicia, cuyo actuar transgrede el derecho al acceso a la justicia de todos los ciudadanos, debido a que los operadores no tienen responsabilidad por la deficiente aplicación de las técnicas y mecanismos de acceso a la justicia, ya sea por falta de preparación o por malas prácticas como la corrupción. Por esto, es necesaria la adecuación de las leyes orgánicas para que regulen de manera adecuada las funciones y responsabilidades del servicio público para asentar nuevos parámetros sobre los cuales se regirán las funciones de los servidores públicos. Asimismo, hace falta repensar la reestructura de los centros de capacitación y formación de servidores públicos, a fin de que los operadores cuenten con las habilidades necesarias que requiere la aplicación del sistema de justicia penal acusatorio.

En lo que corresponde al desinterés, este se explica con la inobservancia por parte del gobierno y los legisladores en la creación o modificación de los contenidos de las normas y procedimientos penales, toda vez que el modelo de justicia requiere armonizar los contenidos legales con las políticas públicas para poder garantizar que todas las personas puedan acudir ante las autoridades a hacer efectivo su derecho al acceso a la justicia. En consecuencia, los procesos de creación o modificación de los códigos y leyes penales deben estar orientados a instaurar un sistema de justicia penal acorde a las necesidades de la sociedad mexicana, al tiempo de contemplar mecanismos y procedimientos idóneos que garanticen de manera efectiva el derecho al acceso a la justicia de todas las personas.

Por último, encontramos al deterioro social, entendido como la ausencia de leyes y políticas públicas que limiten la conducta de los individuos, ya que la aparición de justicieros se debe en mayor medida a que las personas no confían en las instituciones de seguridad pública y de procuración y administración de justicia, pues son percibidas como autoridades inoperantes y con altos índices de corrupción e impunidad, lo que a la postre propicia el hartazgo social necesario para que las personas decidan tomar la justicia

por sus propios medios. En atención a esto, las políticas públicas, por un lado, deben crear estrategias funcionales para la prevención del delito y, por otro, enfocarse en recuperar la confianza de la ciudadanía mejorando el funcionamiento de las instituciones del nuevo sistema de justicia penal.

De modo que el cambio de sistema de justicia penal requiere más que un cambio de códigos y leyes, necesita una forma nueva de concebir el derecho. Por esta razón, los operadores y las instituciones deben estar en sintonía para poder garantizar de manera efectiva el derecho al acceso a la justicia con el propósito de evitar que las personas tomen justicia por sí mismas.

VIII. FUENTES DE CONSULTA

- Aguilar Aguilar, A. (2015). “La procuración de justicia: El talón de Aquiles del Estado de derecho en México”. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, IV(1), pp. 159-172. Recuperado de: <http://www.remap.ugto.mx/index.php/%20remap/article/%20viewFile/112/102>
- Arriola Cantero, J. (2017). *Criminología: Factores criminógenos y políticas públicas para la prevención de conductas antisociales*. México: Trillas.
- Arroyo Macías, E. (2017). “Justiciero anónimo, el vacío de la autoridad”. México: Análisis Plural ITESO. Recuperado de: <https:// analisisplural.iteso.mx/2017/04/16/justicieros-anonimos-el-vacio-de-la-autoridad/>
- Arroyo Juárez, M. (2002). “Derechos humanos y criminología: un vínculo ignorado”. *Economía, Sociedad y Territorio*, 3(11), pp. 471-487. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/111/11101105.pdf>
- Binder, A. (2014). *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. México: Coordinación Editorial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. Recuperado de: <http://www.pjenl.gob.mx/Publicaciones/Libros/26/docs/26.pdf>
- Castilla Juárez, K. (2012). *Acceso efectivo a la justicia: Elementos y caracterización*. México: Porrúa.
- Centro de Estudios Sobre Impunidad y Justicia, CESIJ (2018). Índice Global de Impunidad México. México: UDLAP. Recuperado de: https://www.udlap.mx/igimex/assets/files/2018/igimex2018_ESP.pdf
- Cornelio Landero, E. (2014). “Los mecanismos alternos de solución de controversias como derecho humano”, *Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 17, pp. 81-95. Recuperado de: <https://www.revistabarataria.es/web/index.php/rb/article/view/57/56>

- Eskibel, D. (2017). “La teoría de las ventanas rotas: El delito es mayor en las zonas descuidadas, sucias y maltratadas”. Recuperado de <https://www.mucd.org.mx/wp-content/uploads/2017/09/La-Teoria-de-las-Ventanas-Rotas.pdf>
- Gil Olmos, J. (2016) “El Justiciero de la Marquesa”. *Proceso*. Recuperado de: <https://www.proceso.com.mx/461917/justiciero-la-marquesa>.
- Hikal Carreón, W. (2017) “Revisión teórica a la génesis de la conducta criminal”. *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*, UNAM, 20(1), pp. 186-209. Recuperado de: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rep/article/view/58929>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, INEGI (2019). Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública. Recuperado de: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019_presentacion_nacional.pdf
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, INEGI (2020). Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana. Recuperado de: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ensu/doc/ensu2020_marzo_presentacion_ejecutiva.pdf.
- Islas Colín, A. y Díaz Alvarado, A. (2016). “El derecho al acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: construcción doctrinal y jurisprudencial”. *Prospectiva Jurídica*, 7(14), pp. 47-60. Recuperado de: <https://prospectivajuridica.uaemex.mx/article/view/9117/7663>
- Langer, M. (2007). *Revolución en el proceso penal latinoamericano: Difusión de ideas legales desde la periferia*. Argentina: CEJA.
- López Hernández, M. (2009). “El concepto de anomia de Durkheim y las aportaciones teóricas posteriores”. *Iberofórum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, 4(8), pp. 130-147. Recuperado de: https://ibero.mx/iberoforum/8/pdf/VOCES%20Y%20CONTEXTOS/5.%20MARIA_DEL_PILARLOPEZ_IBEOFORUMNO8.pdf
- Moreno Hernández, M. (2004). *Retos del sistema procesal en México*. México: INACIPE.
- Real Academia Española (s.f.). *Diccionario de la Lengua Española*. Voz “Justiciero”. Recuperado de: <https://dle.rae.es/?id=MeyU2im>.
- Rodríguez Manzanera, L. (2018). *Criminología*. México: Porrúa.
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, SESNSP (2015). *Incidencia delictiva del fuero común, 2015*. Recuperado de: <https://www.gob.mx/sesnspp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-del-fuero-comun-nueva-metodologia?state=published>

- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, SES-NSP (2016). *Incidencia delictiva del fuero común, 2016*. Recuperado de: <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-del-fuero-comun-nueva-metodologia?state=published>
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, SES-NSP (2017). *Incidencia delictiva del fuero común, 2017*. Recuperado de: <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-del-fuero-comun-nueva-metodologia?state=published>
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, SES-NSP (2018). *Incidencia delictiva del fuero común, 2018*. Recuperado de: <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-del-fuero-comun-nueva-metodologia?state=published>
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, SES-NSP (2019). *Incidencia delictiva del fuero común, 2019*. Recuperado de: <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-del-fuero-comun-nueva-metodologia?state=published>
- La Redacción (2020). “Pasajeros de combi muelen a golpes a presunto ladrón”. *Proceso*. Recuperado de: <https://www.proceso.com.mx/nacional/estados/2020/8/3/pasajeros-de-combi-muelen-golpes-presunto-ladron-en-la-mexico-texcoco-videos-247133.html>
- Ventura Robles, M. (2005) “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad”. Corte IDH, Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>
- Wilson, J. y Kelling, G. (2008) “Ventanas rotas: La policía y la seguridad vecinal” (Iñigo, G. trad.). España: Fundación Democracia y Gobierno Local. Recuperado de: https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/860/claves06_14_wilson_kelling.pdf?sequence=1&isAllowed=y

TESIS Y SENTENCIAS DE LA SCJN

- Tesis [A]: IV.2o. A.51K. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, febrero de 2014, p.2239. Reg. digital 2005766.
- Tesis [J]: 1ª./J.54/2014. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, t. I, julio de 2014, p.131. Reg. digital 2006867.

Tesis [J]: 1ª./J.11/2014. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 396. Reg. digital 2005716.

Tesis [A]: 1ª. IV/2014. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, t. II, enero de 2014, p. 1112. Reg. digital 2005401.

Tesis [A]: PLXIII/2010. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XXXIII, enero de 2011, p.25 Reg. digital 163168.

Sentencia recaída al Amparo Directo en revisión 517/2011, 23 de enero de 2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea Recuperado de: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scnj/documento/2016-10/ADR-517_2011_1.pdf

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Última reforma 08 de mayo de 2020.

Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). Última reforma 22 de enero de 2020.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMAASCMP). Última reforma 29 de diciembre de 2014.

VIOLENCIA INSTITUCIONAL EN MÉXICO. ELEMENTOS PARA SU ANÁLISIS

● Guadalupe Irene Juárez Ortiz *

* Investigadora invitada en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). Actualmente, realiza una estancia posdoctoral en el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) Pacífico Sur.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

● **Violencia institucional**

Institutional violence

● **Cifra negra**

Crimes unaccounted for

● **Derechos humanos**

Human rights

● **Revictimización**

Revictimization

● **Acceso y goce de los derechos**

Access and enjoyment of rights

- Fecha de recepción: 1 de enero de 2022
- Fecha de aceptación: 4 de abril de 2022

Resumen: El artículo tiene como objetivo plantear la violencia institucional como un concepto que tiene potencial para condensar el conjunto de prácticas, estilos, actores y condiciones que posibilitan los actos u omisiones de las autoridades que impiden, obstaculizan o dilatan el goce efectivo de los derechos de las personas; elementos que —generalmente— están inscritos y respaldados en normas y procedimientos aparentemente legítimos y gran parte de las veces naturalizados (normalizados). Se discute la necesidad de replantear la violencia institucional desde una mirada más amplia que permita reforzar la protección a las mujeres e incluir a otros sectores de la población.

Abstract: The article aims to present institutional violence as a concept that has the potential to condense the set of practices, styles, actors and conditions that allow the acts or omissions of the authorities that might prevent, hinder or delay the effective enjoyment of the rights of the people; elements that are -generally- warranted and supported by apparently legitimate rules and procedures and most of the time naturalized (normalized). The need to rethink institutional violence from a broader perspective that strengthens the protection of women and includes other sectors of the population is discussed.

SUMARIO:

I. Violencia institucional. Alcances y limitaciones en su definición actual en México. II. Aproximaciones a la violencia institucional en cifras. III. Reflexiones finales. IV. Fuentes de consulta.

I. VIOLENCIA INSTITUCIONAL. ALCANCES Y LIMITACIONES EN SU DEFINICIÓN ACTUAL EN MÉXICO

En nuestro país, el único esfuerzo por plantear una definición específica para el concepto *violencia institucional* en términos jurídicos es la que señala la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV), entendiendo por tal los:

... actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia. (LGAMVLV, art. 18, última reforma publicada 1 de julio del 2021)

A partir de tal definición, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) publicó una cartilla en la cual señala que la violencia institucional contra las mujeres se ejerce cuando, al momento de presentar una denuncia por ser víctima de algún tipo de violencia o por ser despojada de sus derechos, las mujeres no reciben un trato digno de calidad y calidez, y cuando las autoridades han tolerado la vulneración de derechos o han participado en complicidad del agresor (CNDH, 2018). Asimismo, determina que esta violencia puede ser ejercida por distintas autoridades cuando estas realizan acciones u omisiones que violentan los derechos o atentan contra la dignidad e integridad personal y familiar de las mujeres denunciadas (CNDH, 2018).

Además de los ejemplos que plantea la CNDH, enfatiza algunas acciones u omisiones: obstaculizar el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, contravenir la debida diligencia, no asumir la responsabilidad del servicio que tienen encomendado, el incumplimiento del principio de igualdad ante la ley, no proporcionar un trato digno a las personas, así como la omisión de brindar protección a la integridad física, psíquica y social de las mujeres (CNDH, 2018).

La definición de la LGAMVLV y los planteamientos de la CNDH son sumamente relevantes, puesto que ubican las acciones u omisiones que con más frecuencia repercuten de manera negativa en el acceso y goce pleno de derechos de las personas por parte de las instituciones del Estado y sus representantes: discriminar, retrasar (dilatar), obstaculizar, impedir, tolerar la vulneración de derechos y actuar en complicidad con la persona agresora. Además, la propuesta de la CNDH relaciona tales actos u omisiones con la dignidad e integridad personal y familiar de las mujeres que denuncian. Si bien estos planteamientos son contundentes, se debe considerar que el enfoque usado es limitante y requiere la incorporación de otros aspectos. En este sentido, en el presente artículo se propone una reflexión exploratoria respecto a estas cuestiones.

En este punto, se debe destacar que las investigaciones que versan sobre el análisis de la violencia institucional son escasas. Una de estas es la de Hernández (2018), quien plantea que resulta fundamental reconocer que la violencia institucional puede ser ejercida también hacia los hombres, así como a personas de cualquier edad, lugar de residencia, condición económica y origen étnico (Hernández, 2018).

Sin duda, el hecho de que la definición normativa elaborada en la LGAMVLV quedara constreñida a sus impactos en la vida de las mujeres es comprensible; sin embargo, es importante discutir e insistir en que la violencia institucional tendría que ser abordada en otros cuerpos normativos (tal vez en todos), pues, como veremos, este fenómeno atraviesa a prácticamente todos los espacios institucionales.

A partir de los resultados de una investigación cualitativa realizada en la Ciudad de México, Guanajuato y Yucatán, Hernández (2018) revisó diversos casos de denuncia contra instituciones tanto de salud como de justicia, al tiempo que realizó entrevistas a las personas involucradas, funcionarios y activistas. A partir de datos, plantea que la violencia institucional consiste en el maltrato, el abuso y la negligencia ejercida por las instituciones públicas que constituyen un tipo de agravio a menudo sutil, opaco y normalizado, y añade: “existe violencia institucional cuando los ciudadanos se enfrentan a una lucha obligada, contra alguna instancia estatal, para la obtención de sus derechos” (Hernández, 2018: 193).

Es importante distinguir, sin embargo, entre la definición o descripción del fenómeno y sus posibles consecuencias. Una cosa es que exista la violencia institucional (la negligencia, el abuso y el maltrato ejercidos por las instituciones públicas), y otra muy distinta, que sus víctimas puedan

emprender estrategias de lucha de las cuales Hernández nos habla al plantear que la violencia institucional *obliga* a las personas a luchar contra esta violencia. En este sentido, se requiere matizar este argumento, sobre todo si consideramos la importante *cifra negra* (delitos no denunciados) que existe en nuestro país, misma que será analizada más adelante.

Por su parte, Hernández propone cuatro dimensiones para delimitar la violencia institucional:

1. Se da en un contexto de dependencia y de subordinación hacia las instituciones que provocan (intencionalmente o no) la violencia [...] Las instituciones públicas, enmarcadas dentro de un conjunto de saberes ajenos a los usuarios, reproducen esta situación de dependencia cotidianamente [...] implica, por tanto, una] relación asimétrica entre el ciudadano y el Estado...
2. Es opaca, pues si bien los afectados la pueden percibir y frecuentemente saben que hay algo que "no está bien" por parte de la institución, no comprenden fácilmente cuál es la falla, en qué consistió el maltrato o la negligencia, qué cosas son inamovibles o cuáles deberían modificarse en las instituciones... [a lo cual, la autora añade la corrupción]
3. Afecta a los individuos de forma individual (en aislamiento) [...] la violencia institucional generalmente se experimenta de forma individual y no colectiva...
4. Es revictimizante, pues los afectados son individuos que se acercan a las instituciones en una situación de emergencia o de vulnerabilidad. Este elemento también es inmovilizante. (Hernández, 2018: 191-192)

Si consideramos que cada una de estas dimensiones contribuye a re-actualizar a las otras, produciendo y reproduciendo esta forma de violencia, podemos aproximarnos a su complejidad. No cabe duda de que la asimetría de poder y la revictimización son elementos tan fundamentales e incuestionables como para considerarlos sus ejes. Sin embargo, la opacidad resulta de gran interés en la medida en que —podríamos añadir— no debemos confundirla con el desconocimiento de los procedimientos y los derechos en juego, aunque puedan ir de la mano. La opacidad tiende más a la diversidad y, finalmente, a la hegemonía y a la falta de transparencia de algunas interpretaciones sobre dichos elementos.

Por otra parte, el planteamiento que es preciso repensar con más detenimiento es el que señala que la violencia institucional afecta a las personas de forma individual y no colectiva. Hernández señala que generalmente los casos de maltrato, abuso o negligencia se dan en casos individuales y frecuentemente ante pocos o nulos testigos (Hernández, 2018). Sin embargo, no se comparte del todo esta opinión, en la medida en que en nuestro

país las investigaciones sobre la desaparición de personas o desplazamiento forzado permiten ubicar que este tipo de maltrato u omisión se da también en casos donde existen múltiples víctimas, y más grave aún resulta que las mismas autoridades son señaladas por las víctimas no solo de tolerar la vulneración de sus derechos, sino de actuar en complicidad con las personas agresoras (GIEI, 2016; RODODEM, 2019; CNDH, 2020; CNDH-UNAM, 2019; EJE-DD, 2021).

Ejemplo de lo anterior es el caso de los 43 normalistas de Ayotzinapa, desaparecidos entre el 26 y 27 de septiembre de 2014 en Iguala, Guerrero. Caso en el que los familiares de los normalistas, sus representantes legales y una amplia gama de expertos en el tema han señalado en distintas instancias la participación de diversas instituciones del Estado, por acción y omisión, tanto en la desaparición de los jóvenes como en el ocultamiento de los hechos. Situación que, de acuerdo con el reciente informe entregado por el Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI), finalmente ha podido ser robustecida con indicios (GIEI, 2022). Estas nuevas evidencias permiten observar que en este caso, donde las víctimas fueron un amplio grupo de personas (no son casos aislados, sino que los 43 desaparecieron en el mismo contexto), diversas autoridades han dilatado, obstaculizado e impedido el goce y ejercicio de los derechos humanos de los jóvenes y sus familiares durante ocho años.

Por otra parte, respecto a las formas de resistencia de las personas que han sufrido violencia institucional, Hernández (2018) afirma que suelen ser cuatro: a) la construcción de una visión crítica respecto a la institución; b) buscar el conocimiento experto para poder definir los agravios e identificar los elementos implicados y con ello lanzar una crítica legítima hacia las instituciones (aunque no siempre se haga de manera pública o formal); c) “jugar el juego” fingiendo conformidad con el trato recibido, y d) quejarse formalmente. En opinión de la autora, la elección por parte de los sujetos dependerá del nivel de urgencia y prioridad que la obtención del servicio tenga, sobre todo en materia de salud y justicia (Hernández, 2018).

Si bien cada una de estas formas de resistencia es importante en sí misma y en su conjunto, en todas ellas es preciso considerar el componente temporal para su análisis. Que una persona opte en un momento por una de estas posibilidades no implica que después no pueda elegir alguna otra, sobre todo si la violencia institucional afecta no solo los derechos, sino la dignidad de las personas, o se da algún cambio coyuntural respecto al debate público sobre los derechos en cuestión, o bien, que adquiera otros

recursos que le permitan superar el nivel de urgencia. Incluso, dependerá de si dicha urgencia es “superada” de manera negativa, como lamentablemente suele ocurrir en casos donde la inacción de las autoridades en la búsqueda de mujeres desaparecidas tiene un desenlace fatal y el caso se convierte en un latente feminicidio.

Respecto a los avances en el análisis de dicho concepto en otros países, la violencia institucional ha sido ampliamente estudiada en Argentina desde hace varios años. Al respecto, Marcela Perelman y Manuel Tufro (2017) señalan que, en gran parte, su importancia se debe a que se fue construyendo como una categoría política capaz de ubicar patrones estructurales de violaciones de derechos humanos en democracia.

María Victoria Pita (2017) postula que lo importante es discutir la pertinencia de la violencia institucional como herramienta conceptual con poder de síntesis y potencia descriptiva, misma que permite condensar las violencias del Estado. A partir del análisis de los procesos que intervinieron en el desarrollo y uso del término en un escenario como el argentino, la autora destaca que puede ser definido como “un tipo de prácticas y de hechos, unas formas de hacer, unos estilos institucionales y unos actores en el campo de lo que puede ser presentado como violencias de Estado” (Pita, 2017: 62).

En dicho contexto, Pita (2017) sostiene que un aspecto relevante en el proceso de la construcción de la violencia institucional como herramienta política es que logró conjuntar el conocimiento experimentado por las víctimas (surgido de la resistencia y la denuncia) con el conocimiento experto, y a partir de ahí llegar a la población en general para movilizarla. En México, como bien apunta Hernández:

... la gente que más trabaja para erradicar la violencia institucional son las ONG's u otros actores, no las víctimas. Pero, cuando las víctimas son acompañadas por algunas ONG's, han logrado cosas importantes para denunciar y tratar de acabar con la violencia institucional. (Hernández, 2018: 197)

En este sentido, en contrapunto, es importante considerar que el hecho de que en nuestro país la movilización de las víctimas y su conjunción con el conocimiento experto no haya alcanzado la sinergia necesaria actualmente no implica que más adelante no puedan lograrlo. Con esto no quiero decir que sea cuestión únicamente de tiempo, sino, como plantea Pita, de la construcción de estrategias locales específicas para ello. En todo caso, como Hernández indica a partir de los resultados de su estudio, cuando la

gente acude al conocimiento experto adquiere armas para construir una crítica legítima hacia las instituciones, lo que constituye en sí una forma de resistencia (Hernández, 2018).

Respecto al caso argentino, Pita (2017) plantea además que la construcción del concepto de la violencia institucional, como una categoría política capaz de operar de manera eficiente para denunciar hechos de violencia(s) de las agencias estatales, no solo fue una cuestión progresiva, sino objeto de disensos entre los distintos sectores que fueron involucrándose. Sin embargo, señala, a partir de consensos parciales se logró que la nominación de tal concepto pudiera condensar el poder de asignación de legitimidad y respetabilidad a una demanda de justicia, adquiriendo con ello eficiencia política capaz de intervenir en el debate público para incidir en la construcción de argumentaciones e, incluso, para construir agenda y acciones públicas y colectivas.

En este sentido, Pita (2017) sostiene que uno de los mayores retos al respecto consistió en:

... demostrar que no sólo su ejercicio sino también sus condiciones de posibilidad no requerían exclusivamente de la comisión de prácticas ilegales y arbitrarias sino que, por el contrario, implicaban y resultaban en la mayor parte de los casos de unas rutinas, de unas prácticas, de unas formas de proceder; es decir, de unas formas de hacer no necesariamente por fuera de la legalidad; y más aún, la mayor parte de las veces inscriptas en patrones de procedimiento respaldados normativamente. (p. 63)

Este último punto planteado —que uno de los mayores retos al ubicar y denunciar la violencia institucional consiste en detectar aquellos procedimientos que cuentan con respaldo en normas escritas, y por ello gozan de cierta legitimidad, y que a partir de ello se han impuesto/aceptado como algo “normal”— debe analizarse con sumo cuidado en el caso mexicano, a la luz de la reforma al artículo 1° de la Constitución federal del 2011, que señala:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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. (CPEUM, 2011: art. 1).

Tal reforma ha abierto la puerta a que, mediante el litigio de casos particulares y la solicitud de amparos, se sometan a revisión leyes, códigos y reglamentos diversos, lo que muestra su importancia para la movilización judicial. Aunque, por el tipo de configuración del sistema jurídico en nuestro país, esta posibilidad puede implicar una mayor tardanza en alcanzar logros generalizados. Lo cierto es que, sin duda, constituye la herramienta más poderosa en México en este momento para combatir la violencia institucional, misma que —como ha sido planteado— se encuentra inscrita en patrones de procedimiento respaldados normativamente. Por tanto, es posible pensar que mediante la suma de coyunturas políticas y mediáticas la reforma el artículo señalado podría en algún punto potenciar también la movilización política contra la violencia institucional.

Por otra parte, el trabajo realizado desde hace décadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) constituye, en mi opinión, un reservorio de argumentos y herramientas para ubicar y construir estrategias que ayuden a contrarrestar la violencia institucional en México. Lamentablemente, falta mucho para que sus determinaciones sean acatadas plenamente.

En este escenario, tal como lo señalan Hernández y Pita, es indispensable enfatizar de igual manera la ardua labor realizada por distintas organizaciones de la sociedad civil y la academia vinculadas con la defensa y promoción de los derechos humanos, en la construcción de metodologías e instrumentos que permiten ubicar y contraponerse a la violencia institucional ejercida contra las víctimas de los delitos.

II. APROXIMACIONES A LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL EN CIFRAS

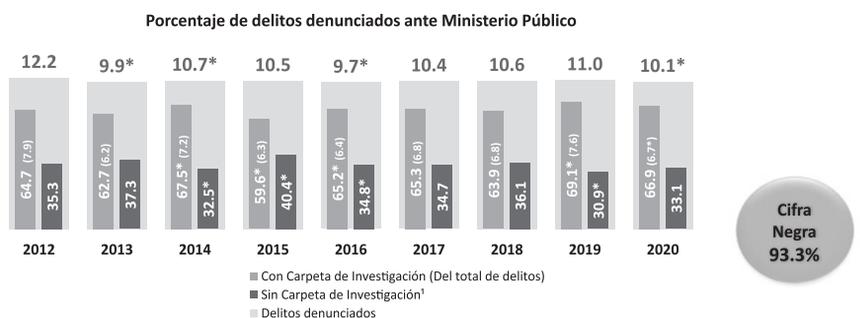
Revisar algunas cifras permitirá comprender el potencial que tiene el concepto de violencia institucional como herramienta analítica y jurídica. En este sentido, una de las fuentes más importantes es la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE), realizada por

el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), que en sus más recientes resultados plantea que en nuestro país, durante el 2020, únicamente el 10.1% de los delitos fueron denunciados. Los resultados obtenidos por la ENVIPE, además, muestran una tendencia constante en la repetición de estas cifras año tras año.

Figura 1. Delitos denunciados

En 2020, se denunció el 10.1% de los delitos. De ellos, el Ministerio Público inició una *Carpeta de Investigación* en 66.9% de los casos.

Durante 2020, se denunció e inició una carpeta de investigación en 6.7% del total de delitos. En 93.3% de delitos no hubo denuncia o no se inició una *Carpeta de Investigación*.



¹ Incluye aquellos casos en que no se especificó si se inició una Carpeta de Investigación.

Nota: Debido a la contingencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2 (causante de la COVID-19), el levantamiento de la información de la ENVIPE 2020, con año de referencia 2019, se realizó del 17 al 31 de marzo y del 27 de julio al 04 de septiembre.

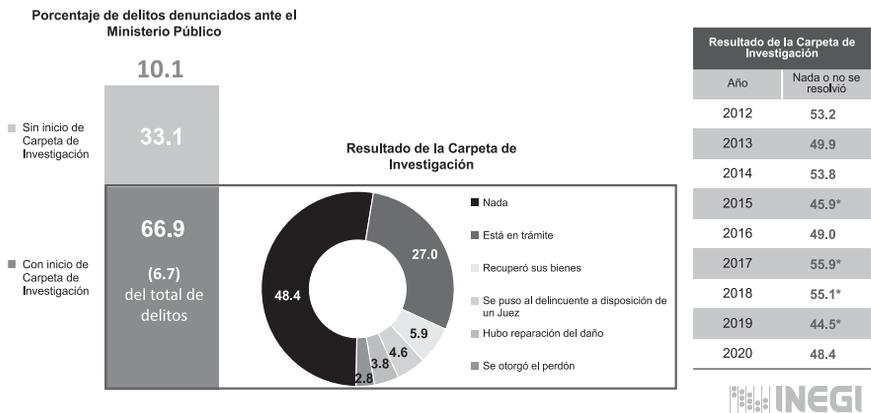
* En estos casos **si existe** un cambio estadísticamente significativo con respecto del ejercicio anterior.

Fuente: (ENVIPE, 2021: 4)

De los delitos denunciados (10.1%), en el 66.9% se logró que el Ministerio Público iniciara una carpeta de investigación, y en el 33.1% no se logró. Dentro del porcentaje que sí logró activar instancias de la procuración de justicia, las personas entrevistadas indicaron que el 48.4% de las carpetas de investigación iniciadas no obtuvieron ningún resultado, y en el 4.6% se puso a la persona imputada a disposición de un juez.

Figura 2. Delitos denunciados-Resultado de la carpeta de investigación

Del total de *Carpetas de Investigación* iniciadas por el Ministerio Público, en **48.4%** de los casos *no pasó nada o no se continuó con la investigación*.



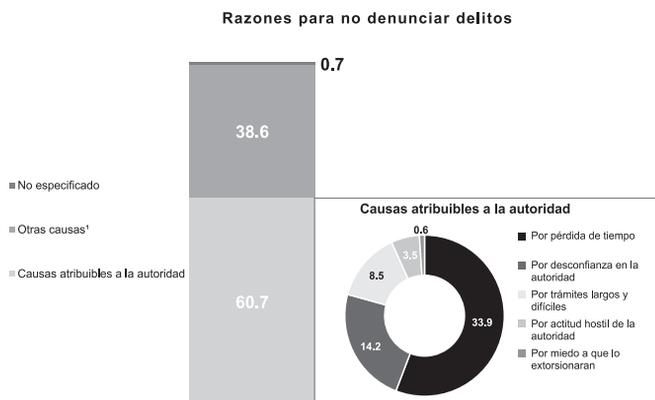
Nota: El resultado de las *Carpetas de Investigación* que derivaron en la recuperación de sus bienes, haber puesto al delincuente a disposición de un juez, haber otorgado el perdón o hubo reparación del daño representa el 1.2% del total de los delitos (1.4% en 2019).
 * En estos casos **si existe** un cambio estadísticamente significativo con respecto del ejercicio anterior.

Fuente: (ENVIPE, 2021: 43)

En dicha fuente se estimó que los principales motivos que llevan a la población víctima de un delito a no denunciar son las “causas atribuibles a la autoridad”, las que representaron el 60.7% (pérdida de tiempo con el 33.9%; la desconfianza en la autoridad, 14.2%; la complejidad de los trámites, 8.5%; la hostilidad de la autoridad, 3.5%; miedo a la extorsión de las propias autoridades, 0.6%).

Figura 3. Cifra negra-razones para no denunciar

Entre las razones de las víctimas para *no denunciar delitos* ante las autoridades destacan la *pérdida de tiempo* con **33.9%** y *desconfianza en la autoridad* con **14.2%**, las cuales responden a causas atribuibles a la autoridad.



¹ Por **otras causas** se entienden: *miedo al agresor, delito de poca importancia, no tenía pruebas y otro motivo*.

Fuente: (ENVIPE, 2021: 44)

A la luz de estas cifras, es posible ubicar con mayor nitidez la importancia de que el esfuerzo de definición de la violencia institucional planteada en la LGAMVLV sea retomado en otros cuerpos normativos de cobertura nacional y desde una perspectiva incluyente de otros sectores de la población, para que cualquier persona víctima pueda denunciar y ser protegida de:

... los actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos, así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia. (LGAMVLV, art. 18, última reforma publicada 1 de junio del 2021)

III. REFLEXIONES FINALES

Como fuera planteado al inicio, los alcances del presente artículo son exploratorios respecto a la posibilidad de repensar la violencia institucional en nuestro país. En este sentido y retomando las fuentes revisadas, se le destaca como un concepto que tiene potencial suficiente para ubicar y combatir el conjunto de prácticas, estilos, actores y condiciones de posibilidad que impiden, obstaculizan o dilatan el goce efectivo de los derechos de las personas, mismos que muchas veces están inscritos y respaldados en normas y procedimientos aparentemente legítimos y gran parte de las veces naturalizados (normalizados).

La violencia institucional tiene la capacidad de articular esfuerzos de la sociedad civil, la academia y el mismo Estado para ubicar, denunciar y judicializar casos en la medida en que tal concepto sea discutido y repensado para incluir a individuos de diversos sectores que hayan sufrido alguna de estas acciones u omisiones por parte de las instituciones y sus representantes.

Toca también reconocer las valiosas herramientas con las que contamos en México en la lucha contra este fenómeno, tales como la reforma al artículo 1º constitucional, que incorporó al centro de todo debate legal y judicial a las personas, y a los derechos humanos y los instrumentos internacionales como armas de batalla en este cambio. De igual manera, se tienen que reconocer, apoyar y, sobre todo, divulgar de manera masiva los contenidos de las sentencias emitidas por la Corte IDH y otras instancias internacionales, así como la labor de las organizaciones de la sociedad civil,

los colectivos de víctimas y la academia, para alimentar y motivar de manera permanente el debate público sobre la violencia institucional.

Dotar a las autoridades y la población en general de elementos que permitan ubicar el carácter sistemático de la violencia y sus efectos devastadores en el goce de los derechos de las personas será un aspecto fundamental. Como la ENVIPE nos muestra, si el 93.3% de los casos no se denuncian por causas mayoritariamente atribuibles a la autoridad, es indispensable, por tanto, construir estrategias conjuntas y sostenidas para ubicar, sancionar y erradicar la violencia institucional ejercida hacia cualquier persona, como parte de la agenda y las políticas públicas. En esta importante tarea, la academia tiene mucho que aportar.

IV. FUENTES DE CONSULTA

Comisión Nacional de Derechos Humanos, CNDH (2020). *Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre desaparición de personas y fosas clandestinas en México*. México: CNDH.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, CNDH (2016). *Informe Especial sobre Desplazamiento Forzado Interno en México*. México: CNDH.

Comisión Nacional de Derechos Humanos y Universidad Nacional Autónoma de México, CNDH-UNAM (2019). *Informe Especial sobre la situación de seguridad y desaparición de personas en el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*. México: CNHD-UNAM.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH (2018). Caso Alvarado Espinoza y Otros vs. México. Sentencia del 28 de noviembre del 2018. Recuperado de <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/43158>

Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, FJEDD (2021). *Informe para el Comité contra la Desaparición Forzada (CED) con motivo de su primer visita a México*. México: FJEDD.

Grupo Interdisciplinario de Expertas y Expertos Independientes, GIEI (2016). *Informe Ayotzinapa. Avances y nuevas conclusiones sobre la investigación, búsqueda y atención a las víctimas*. México: GIEI.

Grupo Interdisciplinario de Expertas y Expertos Independientes, GIEI (2022). *Informe Ayotzinapa III. Resumen*. México: GIEI.

Hernández, J. (2018). “La violencia institucional en México: Un acercamiento a las estrategias de resistencia de los ciudadanos en instituciones públicas de salud y de justicia”. *Controversias y Concurrencias Latinoamericanas*, 10(17), octubre 2018 - marzo 2019, Asociación Latinoamericana de Sociología, pp. 187–198

Instituto Nacional de Geografía y Estadística, INEGI (2021). *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública*. México: INEGI. <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2021/>

Perelman, M. y M, Tufró (2017). *Violencia institucional. Tensiones actuales de una categoría política central*. Argentina: Centro de Estudios Legales y Sociales.

Pita, M. (2017). “Pensar la violencia institucional: vox populi y categoría política local”. Argentina: Universidad de Buenos Aires.

Red de Documentación de las Organizaciones Defensoras de Migrantes, RODODEM (2019). *Migraciones en México: fronteras, omisiones y transgresiones. Informe 2019*. México: Trotasueños.

FUENTES JURÍDICAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*. Última modificación, 28 de mayo del 2021.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. *Diario Oficial de la Federación*. Última modificación, 01 de junio de 2021.

PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

(ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL
SEGUNDO PÁRRAFO)
¿OFICIOSAMENTE?
¿DEBE JUSTIFICARSE?

● Moisés Omar Ramírez Torres *

* Maestro en Ciencias Jurídico Penales por la Universidad de Guanajuato. Titular del Despacho Jurídico: Ramírez & Asoc. Defensa Penal.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

● **Artículo 19**

Article 19

● **Oficiosamente**

Unofficially

● **Dispositivo**

Device

● **Medida cautelar**

Caution

- Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2021
- Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2022

Resumen: La prisión preventiva llamada oficiosa, en la práctica, es interpretada tanto por fiscales como jueces como un pase automático para dictarla, en el caso de los supuestos delictivos que engloba, sin abrir debate para probar que esa medida es la más eficaz para garantizar los fines del proceso, y se ha convertido en una práctica cotidiana por la que diariamente numerosas personas son privadas de su libertad.

El presente trabajo busca dar a conocer con bases objetivas que este postulado constitucional *no es un pase automático por la simple actualización o existencia de los tipos delictivos señalados en el propio precepto, sino una simple facultad inquisitiva para abrir debate para su imposición cuando el Ministerio Público no la peticione.*

Abstract: The so-called unofficial preventive detention, in practice, is interpreted by both prosecutors and judges as an automatic pass to dictate it, in the case of the criminal cases that includes, without opening a debate to prove that this measure is the most effective to guarantee the purposes of the process, and has become into a daily practice by which many people are deprived of their liberty.

The present work seeks to make known on objective grounds that this constitutional postulate is not an automatic pass due to the simple updating or existence of the criminal types indicated in the precept itself, but a simple inquisitive power to open debate for its imposition when the Public Ministry does not request it.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Artículo 19 segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desde junio del año 2008 a la fecha. III. Exposición de motivos a la Reforma (2008) del artículo 19 constitucional, segundo párrafo. IV. Oficiosidad, ¿Qué significa? V. Prisión preventiva de oficio u oficiosa. ¿Qué es? ¿Qué permite? Estado actual de la discusión. VI. Observaciones de la ONU-DH sobre la regulación de la prisión preventiva oficiosa. VII. Propuesta de reforma. VIII. Nuestra postura. IX. Conclusiones. X. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Con esta investigación se pretende demostrar que lo que establece el artículo 19 constitucional en su segundo párrafo, referente a que el juez de control impondrá *oficiosamente* la prisión preventiva en tipos delictivos ahí enmarcados, *no significa imponerla (medida cautelar de prisión preventiva) sin analizar los requisitos que establece el propio artículo y párrafo en cuestión.* Bajo ese enfoque, responderemos a las preguntas: *¿cuál es el alcance de la palabra de oficio u oficiosamente?* y *¿qué permite?*

La respuesta a tales interrogantes nos dirá *si la oficiosidad tiene límites o basta, como en la práctica se hace,* solo con la clasificación del tipo penal para la imposición de la prisión preventiva.

En nuestra perspectiva, la prisión preventiva que debe dictarse “de oficio” no constituye una excepción al carácter subsidiario, excepcional y proporcional que la propia constitución establece en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional cuando se dice que el Ministerio Público solo podrá solicitar la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio, el desarrollo de la investigación, la protección a la víctima y otros elementos.

En esa primera parte se lee el carácter subsidiario, excepcional y proporcional de dicha medida cautelar, y en la segunda parte el mismo artículo *hace una excepción a esta regla* para que, en el caso de los tipos penales ahí enmarcados, sea el juez quien de oficio (*sin petición de parte*) abra el debate sobre la imposición de la medida, respetando ese carácter subsidiario, excepcional y proporcional de la medida.

Dicho tema es trascendental en la vida práctica del proceso penal acusatorio, en el que a diario se somete a prisión preventiva a numerosas personas al amparo de una interpretación —sostenemos y demostraremos— *errónea del postulado constitucional*.

II. ARTÍCULO 19 SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DESDE JUNIO DEL AÑO 2008 A LA FECHA

En la reforma penal del 2008, la figura de la *prisión preventiva oficiosa* quedó inmersa en el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ahí se estableció que el Ministerio Público solo podría solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas no fueran suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio, pero también que el juez ordenaría la *prisión preventiva oficiosamente* en los casos de ciertos delitos. Veamos:

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, 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. (CPEUM, 2008: art. 19)

En los años posteriores, el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución ha sido objeto de al menos dos reformas, donde fueron agregados algunos tipos penales para los supuestos en los que el juez podría ordenar la prisión preventiva oficiosamente. Así, en la reforma publicada en fecha 14 de julio del año 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*, solo se agregó al ya existente texto constitucional el tipo penal de *trata de personas*, y quedó así:

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. (CPEUM, 2011: art. 19)

En la siguiente reforma, y última hasta la fecha, publicada en el *Diario Oficial* el día 12 de abril del año 2019, se agregaron a los ya existentes los tipos penales de: abuso o violencia sexual contra menores; feminicidio; robo a casa habitación; uso de programas sociales con fines electorales; corrupción, tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones; robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades; delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos; delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares; delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Veamos:

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 abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud. (CPEUM, 2019: art. 19)

Como ya se advierte, desde la reforma constitucional del año 2008, el legislador estableció, en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, *que el juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en ciertos tipos penales que fueron aumentando con las reformas de los años 2011 y 2019.*

Sin embargo, el resto del texto constitucional en análisis permaneció intacto. Es decir, desde la reforma del año 2008 el segundo párrafo del 19 constitucional establece que el Ministerio Público *puede rogarla* 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. Además, establece que, en ciertos tipos penales, el juez de control *debe ordenar oficiosamente la prisión preventiva*.

Lo anterior es la razón por la que, en la práctica, se ha venido interpretando que la prisión preventiva debe imponerse por el juez de manera automática en el caso de los tipos penales contemplados en el señalado precepto constitucional, tema central del presente trabajo.

III. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS A LA REFORMA (2008) DEL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL, SEGUNDO PÁRRAFO

Para poder interpretar el contenido del segundo párrafo del artículo 19 constitucional, debemos recurrir a la exposición de motivos de la reforma del año 2008, debido a que, como lo hemos dejado ver en los puntos precedentes, con las reformas de los años 2011 y 2019 solo fueron agregados otros tipos penales a los ya existentes con la reforma del 2008. Es decir, permaneció *intacta la voluntad del legislador* en relación a la prisión preventiva que, según el texto, debe imponer el juez oficiosamente cuando concurren los aludidos tipos penales.

Por ende, la exposición de motivos a la reforma del 2008 del artículo 19 constitucional *permite realizar una interpretación histórico-teleológica* para buscar las razones que guiaron al legislador a emitir, de esa forma, el texto del segundo párrafo del artículo 19 constitucional y desentrañar su verdadero significado.

En ese sentido, Díaz Aranda (2017), respecto a la interpretación histórico-teleológica, ha señalado que:

Para interpretar una norma penal, se puede recurrir a diferentes formas de interpretación, como la literal, la sistemática y la histórico-teleológica, cada una con diferentes criterios para delimitar los alcances de la ley en su aplicación.

Con la interpretación histórico-teleológica se busca conocer el contexto y las razones que guiaron al legislador al emitir la norma penal, para determinar si las condiciones sociales de ese momento permanecen o han cambiado a tal grado que es necesario ajustar los alcances del texto para seguir preservando el espíritu de la ley y encuadrar debidamente las conductas consideradas como delitos. (p. 36)

Así, la interpretación histórico-teleológica nos guía a conocer el real objetivo de la ley, permitiendo conocer qué es lo que quiso realmente legislador.

Por ello, conocer el contenido de la exposición de motivos que dio origen a la reforma constitucional del 2008, concretamente en lo relativo al segundo párrafo del artículo 19 constitucional, nos dará luz para entender cuáles fueron los motivos del legislador que lo llevaron a establecer que el juez debe ordenar la prisión preventiva oficiosamente cuando concurren los tipos penales ahí enmarcados.

Es decir, desentrañar si efectivamente se quiso, con ese postulado, permitir que en los casos en que concurren esos tipos penales la prisión preventiva, *sin ser rogada*, debe dictarse solo por la existencia o posible de los señalados tipos penales, *dejando de lado los principios de subsidiaridad, excepcionalidad y proporcionalidad de toda medida cautelar*, como viene realizándose cotidianamente en la práctica.

Con estas razones, podemos reducir la exposición de motivos que dio lugar al segundo párrafo del artículo 19 constitucional, en lo más importante, a lo siguiente:

1. Se reconocen los principios de subsidiaridad, excepcionalidad y proporcionalidad con el fin de evitar excesos en la aplicación.
2. Que la aplicación de medidas cautelares, como actos de molestia, procederá únicamente cuando exista la necesidad de cautela del proceso o de protección de las víctimas, es decir 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.
3. La prisión preventiva sólo procederá cuando ninguna otra medida cautelar sea suficiente para el logro de los propósitos indicados, acorde con el principio de presunción de inocencia.
4. Respecto a la prisión preventiva oficiosa, se expuso, la pretensión de 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.
5. 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. (Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, 2008)

Con lo anterior podemos apreciar que el legislador *nunca se refirió a que el juez, sin ningún otro requisito*, como ahora se interpreta, debe imponer la medida cautelar de prisión preventiva solo con la existencia de los tipos penales plasmados en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional. Al contrario, fue específico en señalar que las medidas cautelares deben estar guiadas por los principios de subsidiaridad, excepcionalidad y proporcionalidad.

Además, se aprecia que el único motivo de plasmar en el texto constitucional la facultad al juez para imponer la prisión preventiva fue evitar el reenvío de la ley. Es decir, la voluntad del legislador no fue que la prisión preventiva se impusiera dejando de lado los aludidos principios de subsidiaridad, excepcionalidad y proporcionalidad, lo que quiere decir que no es un pase automático para imponerse sin tener en cuenta los principios que deben regir a toda medida cautelar.

IV. OFICIOSIDAD. ¿QUÉ SIGNIFICA?

La polémica del presente análisis la hemos dirigido hacia la palabra utilizada por el legislador, en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional: *oficiosamente*, lo que ello implica y sus alcances.

Ya conocemos que el artículo 19 constitucional, segundo párrafo, está dividido en dos partes. La primera es respecto a la prisión preventiva que ruega al Ministerio Público, y la segunda, sobre la facultad que se le otorga al juez de control para imponer la prisión preventiva en el caso de los tipos penales ahí enmarcados.

Ahora, la palabra *oficiosidad* desde el punto de vista procesal-jurídico resulta ser una facultad que la ley otorga a la autoridad para actuar cuando no existe impulso de las partes interesadas. A ello, en el ámbito procesal, se le conoce como una *facultad inquisitiva de la autoridad*, que deriva de un sistema procesal de esa índole.

Sobre ese tema, Vizcarra Dávalos (2017), a quien adherimos nuestra postura, señala que:

Existen tres modos de impulsar el proceso, según se atribuya a las partes, al juez o se establezca por la ley: dispositivo, inquisitivo y legal, respectivamente.

Al hablar de sistemas procesales, hemos dicho que pueden ser clasificados fundamentalmente en dos: uno, en la que la iniciativa del proceso está reservada a los particulares (sistema dispositivo o acusatorio), y otro en el que se confiere al órgano jurisdiccional (sistema inquisitivo).

En el primero (dispositivo) el impulso procesal corresponde a las partes, fijan los términos de la litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso. Se advierte que el principal efecto del sistema dispositivo es la limitación de los poderes del juez: éste no procede de oficio y sólo conoce el litigio en la extensión que las partes quieran hacerle conocer. (p. 177)

De la misma opinión es Devis Echandía (2015) quien, citando a Tito Carnacini, dice sobre el principio dispositivo e inquisitivo que:

De la consagración en forma exclusiva o simplemente preponderante de uno de estos dos principios en los procesos de cada país, se deducen consecuencias fundamentales para su regulación y estructura.

El principio dispositivo tiene dos aspectos: a) por el primero significa que corresponde a las partes iniciar el proceso formulando una demanda y en ella sus peticiones y desistir de ella; b) por el segundo que corresponde a las partes solicitar las pruebas, sin que el juez pueda ordenarlas de oficio. Tomando en ambos aspectos significa que corresponde a las partes la iniciativa en general y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de estas, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene razón en la afirmación de los hechos.

El principio inquisitivo por el contrario, por un aspecto le da al juez la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que ellas le lleven o le pidan y por otro aspecto lo obligan a iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales.

... en realidad ninguno de estos dos sistemas o procedimientos se aplican con carácter exclusivo, de suerte que cuando se dice, por ejemplo, que un procedimiento es dispositivo, con ello no quiere significar que es este principio el único que deba gobernar el proceso. (pp. 36 y 37)

Así, en México, aunque (con las reformas del 2008) se buscó la implementación de un sistema dispositivo o acusatorio, encontramos una mezcla de los principios dispositivo e inquisitivo, como es el caso de la facultad otorgada al juez de control en el segundo párrafo del 19 constitucional.

Bajo esa perspectiva, la mezcla del *principio inquisitivo dentro del sistema penal mexicano* permite, en algunos casos, que el órgano jurisdiccional o la autoridad del Estado actúen de oficio.

Con ese enfoque, podemos sostener que cuando el legislador, dentro del sistema penal mexicano, emplea la palabra *oficio* significa que: el órgano jurisdiccional o la autoridad del Estado puede proceder sin petición de las partes bajo ciertas hipótesis señaladas por la ley, *pero no sin los requisitos que la ley establece*.

En ese sentido, José Moisés Vergara Tejada (2007) da un ejemplo de lo anterior cuando señala que:

Una de las características del derecho penal es su carácter oficioso y precisa que ello es porque el Estado tiene la facultad-obligación de investigar de oficio (sin previa petición de alguien) todos los hechos presumiblemente delictuosos de los que tenga conocimiento, siendo la excepción a esta regla, aquellos hechos que para su investigación la ley requiera de una acusación, denuncia o querrela de parte legitimada. (p. 23)

Un supuesto similar a la prisión preventiva oficiosa que clarifica nuestra posición es el caso de la reclasificación del tipo penal tanto en el auto de vinculación a proceso como en la emisión de la sentencia en juicio oral, siempre y cuando los hechos, imputados y acusados respectivamente por el Ministerio Público no varíen.

Tal supuesto es otro caso en el que la autoridad jurisdiccional puede actuar de oficio, es decir, sin petición de parte. Sin embargo, al igual que en el caso de la prisión preventiva en análisis, *esto significa que puede hacerlo sin impulso del Ministerio Público*, pero no le autoriza a que, en automático o sin los datos de prueba idóneos, declare la existencia de la nueva figura delictiva, pues deben acreditarse los elementos del tipo penal a reclasificar.

Incluso en este supuesto debe darse vista a la defensa con el fin de que ofrezca nuevas pruebas, lo que significa el respeto al derecho a la contradicción que apertura el derecho a la defensa.

En conclusión, cuando la ley señala que la autoridad *puede* o *debe* de oficio, significa que *es la autoridad del Estado o el órgano jurisdiccional integrante del Poder Judicial quien puede impulsar el proceso en determinada hipótesis señalada por la ley, sin petición de parte*.

V. PRISIÓN PREVENTIVA DE OFICIO U OFICIOSA. ¿QUÉ ES? ¿QUÉ PERMITE? ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN

En la práctica, la llamada prisión preventiva oficiosa se ha venido interpretando como un pase automático para que el juez de control, en el caso de los tipos penales enmarcados en el artículo 19 constitucional segundo párrafo, la imponga saltando los principios de presunción de inocencia, subsidiaridad, excepcionalidad y proporcionalidad.

Y en la doctrina encontramos una interpretación similar respecto a la prisión preventiva que debe dictar el juez de control oficiosamente, ya que

distintos son los autores que convergen en señalar que el postulado constitucional permite que la prisión preventiva, en el caso de los tipos penales enmarcados en dicho texto, se imponga de manera automática sin abrir debate al respecto y pasando por alto los principios y las finalidades de las medidas cautelares, señalando que se trata de un régimen o sistema penal especial.

Así, por ejemplo, para Carrillo Vidales (2020), la prisión preventiva oficiosa es:

Una figura única en el continente americano y peculiar del sistema penal mexicano que, en su visión, forma parte de un "Régimen o Sistema Penal Especial" que ha elaborado el legislador en la necesidad de enfrentar el desbordado y frenético fenómeno de la delincuencia que impera en la sociedad mexicana y que los legisladores optaron por no acudir a la prisión preventiva como medida de ultima ratio.

Dice que, el precepto constitucional establece un catálogo de delitos en el que el juez ordenará la prisión preventiva de manera oficiosa, que por mandato constitucional el juez se encuentra obligado a imponer la medida cautelar de prisión preventiva a todas las personas que hayan sido imputadas de ciertos delitos "graves" sin necesidad de que medie argumento o medio de convicción alguno, señalando que resulta contradictorio que, dentro de la propia Carta Magna establezca, en primer lugar, que se respetan y se incorporan los Derechos Humanos al ordenamiento jurídico interno, por no decir violentado, por una disposición también de rango constitucional en la que establece la obligación del juzgador de privar de la libertad de una persona durante la investigación de un hecho que la ley señale como delito sin necesidad de una motivación suficiente. (p. 39)

De similar opinión es Martínez Bazán (2016/2017), quien señala que el constituyente consideró que, debido a la magnitud de ciertos hechos delictivos, la imposición de la prisión preventiva oficiosa debe realizarse sin necesidad de ser solicitada por el Ministerio Público, dejando entrever, también, que en esos hechos debe realizarse de manera automática. Veamos:

El legislador estableció que en este sistema acusatorio adversarial, la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, debería ser la excepción; es decir, de ser necesario se aplicarían otras medidas cautelares menos lesivas para el probable responsable de cometer un delito, para cumplir con esta disposición; y así fue que en el CNPP en su artículo 155 enumeró un listado de medidas cautelares que ya han sido mencionadas en líneas que anteceden.

Sin embargo, el constituyente consideró que habría hechos delictivos que, por su magnitud, ameritaba la imposición de prisión preventiva de manera OFICIOSA, es decir, sin necesidad de ser solicitada por el MP, y fue así que desde la Constitución, el legislador se reservó ciertos tipos penales en los que se aplicaría dicha medida. (p. 143)

Y finalmente, Guillen López (2015) considera que, en los supuestos delictivos (tipos penales) señalados en el artículo 19 segundo párrafo, la prisión preventiva debe aplicarse de forma automática. Así señaló:

La reforma presenta evidentes aspectos a considerar, uno de ellos es precisamente la fórmula establecida para la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, pues continúa con la tendencia de establecer una serie de delitos en los que debe aplicarse de forma automática. El artículo 19 contempla dichos delitos: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, entre otros. Todos ellos transgreden bienes jurídicos tutelados de importancia. (p. 325)

Bien, los autores antes referidos dan por hecho que *de oficio* significa imponer la medida de prisión preventiva solo por el catálogo de delitos que la misma constitución señala, es decir, *de manera automática; interpretación con la que no comulgamos*.

Pero, en divergencia con los tres autores antes señalados, Hidalgo Murillo (2015) sostiene que:

¿Es cierto, que la prisión preventiva puede considerarse obligada porque es oficiosa? No.

Señala que, si la medida cautelar de prisión preventiva se suscita en la audiencia inicial y si ésta con las demás se analiza a la luz del derecho a la libertad personal no puede tratarse de una decisión obligada sino de una disposición prudencial: si el juez ha de actuar a solicitud de parte y esa parte no gestiona, entonces en esos casos – por excepción- el juez puede actuar de oficio y no a solicitud. Se trata de una disposición que viola, con el derecho a la libertad, el principio acusatorio.

Desde su interpretación –dice- coherente con un estado democrático protector de la libertad, el artículo 19 en su segundo párrafo solo puede leerse de la siguiente forma: El Juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, -esto es, sin necesidad de solicitud fundada del Ministerio Público-, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, 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, cuando, otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección a la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. (p. 120)

Bien, aunque en cierto sentido nos unimos a la postura de Hidalgo Murillo pues consideramos que, en efecto, la permisión constitucional implica que el juez actúe cuando el Ministerio Público no gestiona —en lo que ahondaremos en breve—, discrepamos en lo siguiente.

No coincidimos en que la oficiosidad constitucional atente contra el principio acusatorio; en todo caso, *es una excepción constitucional a dicho principio* pues, como lo hemos sostenido, *emerge la imposición del principio inquisitivo* para que el juez de garantías actúe de oficio y analice, en esos supuestos (delitos), la procedencia de la medida cautelar de la prisión preventiva *cuando el Ministerio Público peticione otra, no ruegue la preventiva o no solicite medida cautelar*.

VI. OBSERVACIONES DE LA ONU-DH SOBRE LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

Además de la doctrina, la Organización de las Naciones Unidas se ha ocupado de analizar y emitir ciertas observaciones sobre lo plasmado en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional.

En las observaciones se hace notar que dicha figura atenta principalmente contra el principio de presunción de inocencia, porque desde su perspectiva la figura plasmada en el 19 segundo párrafo constitucional es un pase automático para que el juez de control imponga la medida por la sola imputación de los delitos señalados en el citado precepto constitucional, lo cual coincide con la mayoría de la doctrina que se ha ocupado de ese tema. Veamos:

Vulneración de la independencia judicial.

Sobre este tema, Naciones Unidas dice que la imposición de la prisión preventiva debe obedecer a un examen individualizado que lleva a cabo el órgano jurisdiccional en función de la presencia o no de ciertos riesgos procesales.

Que la prisión preventiva oficiosa expropia a la prisión preventiva del ámbito judicial. Como bien lo dice la Comisión Interamericana, cuando la aplicación de la prisión preventiva se hace con base en criterios como el tipo de delito por el que se procesa a la persona, y por tanto se vuelve obligatoria por imperio de la ley, "la situación es aún más grave, porque se está "codificando" por vía legislativa el debate judicial; y por tanto, limitándose la posibilidad de los jueces de valorar su necesidad y procedencia de acuerdo con las características del caso específico".

También el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU ha establecido que la prisión preventiva oficiosa priva a la autoridad de una de las funciones más importantes como órgano de control, que es de realizar un análisis individualizado sobre la necesidad y proporcionalidad de la detención.

Adicionalmente, la imposición de la prisión preventiva oficiosa genera presiones indebidas a los órganos judiciales y que redundan en una afectación de facto al principio de presunción de inocencia.

Relacionado con lo anterior, como también lo ha referido la Comisión Interamericana, la independencia judicial también se ve vulnerada debido a que medidas como la prisión preventiva oficiosa “vienen acompañadas de un fuerte mensaje mediático y político-institucional dirigido desde las más altas esferas del gobierno, y que recibe gran respaldo popular”. Esto genera una gran presión en los operadores del sistema de justicia de condenar a personas a las que ya se les ha dado un trato de culpables a través de las medidas privativas de la libertad, particularmente cuando se trata de delitos particularmente agraviantes para la sociedad. Todo esto redundando en una afectación de facto a la independencia judicial.

Violación al principio de igualdad ante la ley.

La adopción del sistema acusatorio en México incluyó la creación de un andamiaje regulatorio sobre medidas cautelares, que incluye la prisión preventiva, pero también otras medidas alternativas menos lesivas que no afectan la libertad personal o que la afectan de menor manera que la prisión preventiva.

Sin embargo, como ya ha sido mencionado, la parte final del párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución contempla un régimen especial de aplicación automática de la prisión preventiva oficiosa en caso de imputación sobre ciertos tipos de delitos. En estos casos, las personas procesadas por estos tipos de delitos no tienen derecho a otras medidas cautelares previstas en la legislación procesal penal.

Esta situación fue presentada al Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU, el cual, tras un análisis de la legislación aplicable en México, determinó que con la prisión preventiva oficiosa se daba un trato diferenciado que en un sentido amplio tenía como consecuencia ignorar el principio de igualdad entre los seres humanos, esto basado en la discriminación por “otra condición social” de acuerdo con lo establecido en los artículos 2.1. y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En este sentido, el régimen especial establecido en el párrafo segundo del artículo 19 constitucional establece un trato diferenciado para las personas a las que se aplica la prisión preventiva oficiosa, trato que redundando en el menoscabo del ejercicio de derechos en el marco del procedimiento penal. Esto lleva a construir una categoría sospechosa en el análisis de prácticas discriminatorias. Y aunque la categoría sospechosa es avalada por un régimen establecido en la Constitución, la distinción que la genera no encuentra fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que puede considerarse que, desde un criterio estricto de convencionalidad, la prisión preventiva oficiosa constituye una práctica discriminatoria.

Conclusión.

La prisión preventiva oficiosa es una figura incompatible e irreconciliable con las normas internacionales de derechos humanos. Su vigencia es contraria al carácter excepcional de la prisión preventiva, trastoca la naturaleza procesal de la medida cautelar y lesiona los derechos a la libertad personal y el debido proceso, al tiempo que compromete otros derechos básicos como el relativo a la integridad personal.

La prisión preventiva oficiosa trastoca y corrompe los fundamentos del sistema de justicia penal acusatorio, vulnera la independencia judicial, a la vez constituye una salida falsa que atenta contra los principios del paradigma de seguridad ciudadana.

Por lo anterior, organismos y mecanismos internacionales, como el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la detención arbitraria y el Relator de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, han recomendado a México derogar la prisión preventiva oficiosa.

La ONU-DH insta al Congreso de la Unión a abolir la prisión preventiva oficiosa y a rechazar las iniciativas que aspiran a ampliar los supuestos de procedencia previstos en el párrafo segundo del artículo 19 constitucional. (Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2018)

Aunque de cierta forma coincidimos en que el artículo 19 constitucional, en su segundo párrafo, deja entrever que el juez de control debe imponer la prisión preventiva en el caso de los delitos enmarcados en dicho texto, y que efectivamente ello atenta contra el principio de presunción de inocencia, desde nuestra perspectiva el texto constitucional no permite tal cosa, sino que todo deriva de una incorrecta interpretación de lo que en realidad quiso plasmar el legislador.

Es decir que lo que establece el artículo 19 constitucional segundo párrafo no es otra cosa que una simple facultad inquisitiva del juez de control para abrir el debate, sin que lo ruegue el Ministerio Público, cuando concurran los tipos penales ahí señalados.

VII. PROPUESTA DE REFORMA

Recientemente, se ha impulsado una reforma para eliminar del artículo 19 constitucional la figura de la *prisión preventiva oficiosa*, donde se argumenta en lo toral que dicha figura atenta contra los derechos humanos de presunción de inocencia, entre otros.

La propuesta de reforma sugiere que es el Ministerio Público quien debe solicitar obligatoriamente, en los delitos de la cláusula constitucional, la medida de prisión preventiva. Para justificar lo anterior, se dice en la propuesta de reforma:

1. Que este catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa o automática del artículo 19 constitucional fue una concesión a la implementación del sistema acusatorio que debía ser eliminada después del periodo de transición de la reforma, el cual culminó en 2016, sin embargo, la figura permanece y es una reminiscencia del sistema inquisitivo.

La tentación de algunos sectores para que se consideraran dentro del catálogo de prisión preventiva oficiosa o automática otros delitos como el de portación de armas, o los relacionados con robo de hidrocarburos ha estado latente.

2. Que en el debate informado se termina por reconocer que esta medida legislativa es equívoca y anticipada considerando que la implementación en todo el país recién cumplió 3 años y no se habían creado las unidades de medidas cautelares a lo que estados, la Ciudad de México y la federación están obligados constitucionalmente desde junio de 2016, y que fue hasta un año después, en julio de 2017, que finalmente se cumplió con el mandato y se establecieron en su totalidad, siendo la más reciente la del ámbito federal.

A partir de entonces, el Gobierno Federal cuenta con una oficina que evalúa el riesgo que representa la libertad de una persona durante su proceso. Actualmente es necesario revisar la calidad de los servicios que presta dicha oficina federal para potenciar sus funciones.

3. Que lamentablemente, en la actual legislatura integrantes de diversos grupos parlamentarios han apoyado la incorporación de más tipos penales al catálogo de delitos del 19 constitucional, desconociendo el origen de esta disposición y bajo la creencia que eliminarán la puerta giratoria, combatirán la delincuencia o por lo menos “enviarán un mensaje a la ciudadanía” en atención a sus preocupaciones de seguridad. Sin embargo, el gran problema de la prisión preventiva oficiosa es que priva de la libertad a las personas en automático, sin importar sus condiciones de vida, por ejemplo, si tienen trabajo, arraigo en el lugar, dependientes económicos y no garantiza el combate a la delincuencia.
4. Que como se ha visto, esta medida no es eficiente para combatir la delincuencia ni los problemas de seguridad, medidas como esta, violan el principio de progresividad de los derechos humanos pues genera retrocesos y restringe la presunción de inocencia y el debido proceso penal. Por ejemplo, el homicidio doloso desde la reforma de 2008 ha estado en el catálogo del artículo 19 constitucional y lejos de haber disminuido la incidencia de dicho delito esta ha aumentado considerablemente en los últimos 10 años. En 2017 la tasa fue de 20.27 homicidios por cada 100 mil habitantes mientras que 2018 cerró con 23.1, esto es un total de 34 mil 202 homicidios dolosos.
5. Que antes que reformar la Constitución para aumentar el catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa, lo cual además ha sido observado por diversas instancias internacionales, la solución que puede hacer más efectivo el procedimiento penal en estos y otros delitos es eliminar la facultad discrecional del Ministerio Público de decisión sobre si solicita o no medida cautelar de prisión preventiva y sustituirla por la obligación de hacerlo.

Particularmente, el uso de esta facultad por parte del Ministerio Público preocupa para ciertas conductas delictivas tales como uso de programas sociales con fines electorales; de corrupción, tratándose de delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones; y de delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, abuso o violencia sexual contra menores, feminicidio, robo de casa habitación, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, desaparición forzada de personas, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

6. Finalmente, a efecto de que el Ministerio Público se encuentre en posibilidades de solicitar la audiencia inicial en la que se habrá de pedir la vinculación a proceso del imputado, así como la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva justificada será necesario que dicho órgano investigador realice los actos necesarios para darle suficiencia a la solicitud ante el órgano jurisdiccional.

Lo anterior implica igualmente la eficaz concurrencia de los cuerpos de policía de investigación que intervengan, de los peritos que aporten los datos de prueba mínimos para la satisfacción de los requisitos señalados en la Constitución, así como de las unidades de supervisión de medidas cautelares y de suspensión condicional del proceso.

Estas últimas tienen la responsabilidad de proveer los estudios de riesgo necesarios para que se sustenten las hipótesis que deben ser acreditadas ante el órgano jurisdiccional de la audiencia correspondiente en relación a la insuficiencia de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva justificada 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.

7. Que el sistema de justicia penal, de acuerdo con los instrumentos internacionales de derechos humanos, debe garantizar la libertad personal contenida en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas que se refiere a los "derechos a la libertad y seguridad de la persona y la inmunidad frente al arresto o detención arbitraria", así como el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que se refiere a las "garantías judiciales", donde se establece el derecho a la presunción de inocencia en tanto no se establezca la culpabilidad del imputado mediante una sentencia condenatoria.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas claramente ha señalado que "la prisión preventiva es una medida cautelar aceptada en el derecho internacional y que puede imponerse en el marco del procedimiento penal, a fin de evitar ciertos riesgos procesales"; esto es, el peligro de fuga, el riesgo para la víctima u obstaculización para el desarrollo del proceso.

Así pues, como medida cautelar, es dable que la prisión preventiva se imponga bajo los principios de proporcionalidad y necesidad, en tanto el juez de control evalúe las condiciones socio ambientales del imputado y así decida cuál sería la medida cautelar más adecuada para el caso concreto.

8. Finalmente, se propone que el texto constitucional (artículo 19) quede de la siguiente forma:

“El Ministerio Público 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 Ministerio Público deberá solicitar al juez la prisión preventiva, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo de vehículos y de transporte en todas sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud. En estos casos, el juez, caso por caso, en un análisis individualizado y con base en los elementos aportados por el Ministerio Público, de manera fundada y motivada, resolverá sobre la procedencia o no de la medida cautelar de prisión preventiva justificada”. (Iniciativa que Reforma el Artículo 19 de la CPEUM, 2021)

Aunque coincidimos en que el texto constitucional puede ser modificado para evitar interpretaciones inadecuadas, como sucede en la actualidad, *debemos considerar que originariamente la figura de la prisión preventiva oficiosa, como lo proponemos, no es un permiso para que esta se dicte en automático.*

VIII. NUESTRA POSTURA

La prisión preventiva oficiosa *no significa dictarla por la simple existencia del hecho señalado como delito* en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, 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.

De la lectura del segundo párrafo del artículo 19, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende:

1. Que el Ministerio Público solo podrá solicitar 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 este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.
2. Que el juez ordenará la prisión preventiva, *oficiosamente*, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

Como ya se advierte, en la primera parte se lee el carácter subsidiario, excepcional y proporcional de dicha medida cautelar. Así, desde el propio precepto constitucional *se limitó al Ministerio Público a solicitar la prisión preventiva* para que dicha autoridad funde y motive por qué esa medida es la más eficaz por encima de otras para garantizar los fines del proceso.

Pero en la segunda parte del segundo párrafo del propio artículo constitucional el propio constituyente hizo *una excepción a esta regla* para que, en el caso de los tipos penales ahí enmarcados, sea el juez quien de oficio u oficiosamente (*sin petición de parte*) abra el debate sobre la imposición de la medida, respetando ese carácter subsidiario, excepcional y proporcional de la medida.

Es decir, lo que hizo el constituyente fue quitarle al Ministerio Público la facultad de petición de la prisión preventiva en el caso de los tipos delictivos como homicidio, violación, secuestro, entre otros, para que el juez de control sea quien, en estas hipótesis, abra el debate sobre la prisión preventiva, y así obligar al Ministerio Público, en esos supuestos, a establecer, con los datos de prueba respectivos, por qué debe imponerse la prisión preventiva por encima de otras medidas.

Para sostener lo anterior, debemos desentrañar lo que verdaderamente ampara la norma constitucional en análisis. Para ello debemos tomar en cuenta la exposición de motivos del constituyente, en su origen, sobre el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En la exposición de motivos, descrita en el punto número I del presente trabajo, respecto a la prisión preventiva oficiosa, el legislador dejó claro *que el objetivo de marcar su procedencia con los tipos penales descritos desde la Constitución fue para evitar dejar esa tarea al legislador secundario, evitar un reenvío de la ley y no mermar la supremacía constitucional.*

No obstante, es claro que el legislador no expresó que dicha oficiosidad signifique que el juez, en esos casos, debía dictarla sin analizar los requisitos de toda medida cautelar *o que constituyera una excepción a los principios de contradicción, de defensa y al carácter proporcional, subsidiario y excepcional de la prisión preventiva.*

Contrario a ello, se dejó claro que las medidas cautelares proceden cuando exista la 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.

Para el caso de la prisión preventiva, debe motivarse, además, que ninguna otra medida cautelar es suficiente para el logro de los propósitos indicados, *acorde con el principio de presunción de inocencia y al carácter proporcional, subsidiario y excepcional de dicha medida.*

De la propia exposición de motivos se destaca el carácter excepcional, proporcional y subsidiario de la prisión preventiva, cuando otras no sean suficientes para garantizar los fines del proceso, con el fin de garantizar el principio de presunción de inocencia.

Bajo el marco de los motivos expuestos por el legislador, no se puede desprender, alejándonos de las actuales posturas doctrinales, que el postulado constitucional permita que el juez ordené la prisión preventiva en los casos de los delitos enmarcados en el propio precepto, *sin necesidad de analizar, si otra medida garantiza, con la misma fiabilidad, la comparecencia del imputado a proceso, la protección a las víctimas y testigos, etc., abriendo debate y permitiendo el ejercicio de contradicción para su posible imposición.*

Entendamos: no se puede afirmar válidamente que lo señalado en el postulado constitucional, para que el juez ordené oficiosamente la prisión preventiva en los delitos ahí enmarcados, *sea una autorización expresa para su imposición con la mera actualización de los tipos penales señalados, pasando por alto el derecho a la contradicción y la defensa, ambos ligados a la presunción de inocencia.*

Para desentrañar la palabra *oficiosamente* se debe recurrir, como lo hemos hecho, a su definición normativa, la cual significa actuar sin petición de parte, que es una forma de impulsar el proceso de manera inquisitiva.

Lo que se dice en la norma constitucional (artículo 19) es que el juez impondrá de oficio la prisión preventiva en los delitos descritos, pero *no que deba hacerlo por la sola existencia de estos* una vez imputados por el Ministerio Público, sin permitir el debate de las partes.

Esta práctica cotidiana de los jueces de control vulnera el propio precepto constitucional en comento por cuanto a que no permite tal decisión y además el derecho a la contradicción, a la defensa y, a la par de ello, lo establecido en el diverso 16 constitucional (legalidad), ya que tal actuar está y estaría —por esas razones— infundado y motivado inadecuadamente, como lo sostiene Hidalgo Murillo (2015):

Quando la constitución reza *ordenará oficiosamente*, significa que lo hará sin petición de parte, siempre y cuando, "otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección a la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso". (p. 120)

En ese sentido, el juez debe abrir debate entre las partes y allegarse de los datos de prueba que de manera objetiva le permitan sostener *que la medida cautelar es aplicable sobre otras* que no garantizan con la misma fiabilidad la presencia del imputado a proceso, etc., en el caso de los tipos penales previstos en la propia Constitución. Solo así cobrarían vigencia los derechos del imputado a la contradicción y presunción de inocencia.

Esto conlleva que el Ministerio Público, al amparo del 21 constitucional, *deba llevar* los registros correspondientes en los que se contengan los datos de prueba necesarios para acreditar que la prisión preventiva es la medida más eficaz para garantizar los fines del proceso, lo que daría posibilidad al imputado (y su defensa) de ejercer la contradicción sobre ese punto, pues el segundo párrafo del artículo 19 constitucional no es una excepción a este principio.

En ese orden de ideas, el derecho a la contradicción está amparado por el artículo 20 apartado A fracción VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se establece que ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece la propia Constitución.

Lo anterior implica que todo tema relacionado con el proceso (argumento, dato de prueba o medio de prueba) debe ser debatido por las partes en presencia del juez con el fin de garantizar otros derechos como la

inmediación, la defensa, la igualdad de armas, entre otros y evitar que el juez solo tenga información unilateral que sesgue su criterio.

Sin embargo, existen excepciones a esta regla de contradicción, por ejemplo, el artículo 16 permite la solicitud de la orden de aprehensión, de cateo, arraigo, intervención de comunicaciones privadas y geolocalización, supuestos que están desarrollados por el Código Nacional de Procedimientos Penales, para que tales solicitudes se desarrollen en audiencias privadas.

Así el artículo 52 del código nacional dispone que los actos procedimentales, reglamentando el principio de contradicción, se desarrollarán mediante audiencias que se realizarán con la presencia de quienes integren el órgano jurisdiccional y de las partes que intervienen en el proceso, salvo disposición en contrario (CNPP, 2022).

Excepcionando esa regla se encuentran las solicitudes de orden de comparecencia, aprehensión, careo, intervención de comunicaciones privadas y localización geográfica contempladas en los diversos 142, 143, 145, 283, 291 y 303 del código nacional, que pueden realizarse en audiencia privada ante el juez de control con presencia únicamente del Ministerio Público (CNPP, 2022).

Tales excepciones marcan dos cosas:

1. Que, en esos casos, está sesgado el derecho a la contradicción al permitirse que comparezca ante el juez de control en audiencia privada solo una de las partes, por cuestiones de importancia para la investigación, reglamentando los supuestos constitucionales de aprehensión y de cateo, excepciones al derecho a la libertad personal y privacidad.
2. Que, al darse esa excepción, para que el Ministerio Público comparezca en audiencia privada ante el juez de control en esos supuestos, tampoco se permite el debate sobre los datos de prueba presentados para las solicitudes correspondientes, lo que implica otra restricción a la propia contradicción que da pauta a la materialización de otros derechos, como el de defensa e igualdad de armas para debatir sobre los temas en concreto.

Bajo ese marco constitucional y reglamentario, es notable que lo previsto en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, *no constituye una excepción al principio de contradicción que da paso al derecho de defensa.*

De lo que se establece en el artículo 19 segundo párrafo de la Constitución solo puede desprenderse que *el juez puede actuar sin petición del Ministerio Público,*

pero no sin observar y garantizar los derechos del imputado a la contradicción y a la defensa para debatir sobre la procedencia de la medida y, en ese rango, permitirle probar que otra medida sería suficiente para garantizar los fines del proceso.

Lo que decimos es que el Ministerio Público está obligado a investigar que la medida de prisión preventiva, *aún sin que la ruegue ante al juez de control bajo el supuesto constitucional*, es la que garantiza los fines del proceso por encima de otras, para lo cual debe exponer los datos con los que cuenta para establecer que, de no imponerse tal medida, la comparecencia del imputado al proceso está en riesgo, al igual que la víctima, los testigos o la comunidad, y así permitir el ejercicio del derecho de contradicción y de defensa. Solo así podría respetarse el derecho a la contradicción, defensa e igualdad de armas para el imputado y desde luego el de presunción de inocencia.

De lo contrario, como ahora sucede, tales derechos se ven vulnerados, pues no existe la posibilidad de debatir sobre tal punto y cuya procedencia oficiosa no constituye una excepción a tales derechos, sino —como se ha dicho— al principio dispositivo para que el juez de control actúe sin petición del Ministerio Público.

Bajo ese razonamiento, la realidad es que el postulado constitucional de la medida cautelar de prisión preventiva de oficio no atentaría contra los derechos humanos de presunción de inocencia, contradicción y de defensa, *siempre y cuando —como lo hemos señalado— la aplicación de la norma constitucional se haga conforme a los parámetros apuntados.*

De lo contrario, sí habría una vulneración a estos derechos, como viene sucediendo hasta ahora:

Sería una figura incompatible e irreconciliable con las normas internacionales de derechos humanos. Su vigencia, de seguir aplicándose como se hace, sería contraria al carácter excepcional de la prisión preventiva, trastoca la naturaleza procesal de la medida cautelar y lesiona los derechos a la libertad personal y el debido proceso, al tiempo que compromete otros derechos básicos como el relativo a la integridad personal. (Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2018).

Por ende, lo que permite el postulado constitucional, como lo señala Hidalgo Murillo (2015), es que el juez, en estos casos, “Puede actuar de oficio para dictar la medida cautelar de prisión preventiva (bajo los supuestos delictivos enmarcados) cuando la parte facultada (Ministerio Público) no realice la petición” (p. 120).

Por otra parte, también puede suceder que el Ministerio Público, en el caso de los tipos penales señalados en la cláusula constitucional, realice una petición para que se imponga una medida cautelar *diversa o menos gravosa* a la prisión preventiva. En este caso también, el juez de control debe proceder de oficio para analizar la aplicación de la prisión preventiva.

Pero lo anterior no significa que deba proceder la prisión preventiva en estos delitos *sin que exista un análisis, respaldado con datos de prueba para establecer que otra medida no es suficiente para los fines del proceso, tomando en consideración los principios de proporcionalidad, idoneidad y el carácter temporal de toda medida cautelar.*

Todo se traduce en que actuar de oficio, en el supuesto del artículo 19 constitucional, *significa únicamente* que el juez pueda actuar sin petición de parte para abrir debate y que así cobre vigencia el derecho de contradicción y presunción de inocencia de la persona imputada.

Lo anterior encuentra razón, además, en la reglamentación que el Código Nacional de Procedimientos Penales establece para la imposición de las medidas cautelares que se encuentran en los artículos 153 al 175 de dicho ordenamiento.

Así, por ejemplo los artículos 156, 157 y 163 del Código Nacional de Procedimientos Penales establecen la proporcionalidad e idoneidad de cada medida solicitada, su forma de imposición y los datos o medios de prueba que habrán de ofrecerse para tal efecto (CNPP, 2022). Por otro lado, en el artículo 165 se habla de la aplicación de la prisión preventiva en los casos de delitos que merezcan pena privativa de libertad, su tiempo de duración, et-
cétera (CNPP, 2022).

Mención especial merece el contenido del artículo 167, en el que se establecen los casos en los que el Ministerio Público puede solicitar la prisión preventiva, siempre y cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, entre otros elementos que ya hemos señalado (CNPP, 2022).

Sin embargo, en este mismo precepto se establece, al igual que en el 19 constitucional, la facultad para que el juez de control ordene la prisión preventiva en los casos de los mismos delitos enmarcados en la cláusula constitucional, en tanto que se hace una especificación de los delitos enmarcados en las leyes generales de salud, secuestro, trata de personas, delincuencia organizada y aquellos establecidos en el Código Penal Federal enmarcados en las fracciones I a la XI del mismo artículo, lo que nos lleva a la misma conclusión: que la ley en ese caso solo le permite al juez abrir debate, sin petición del Ministerio Público, para la imposición de la medida cautelar.

IX. CONCLUSIONES

1. *Oficiosamente* significa que la autoridad jurisdiccional actúe sin petición de parte. Se trata de una facultad inquisitiva que deriva de un sistema procesal de la misma índole.
2. El artículo 19 constitucional segundo párrafo permite únicamente que cuando concurren los tipos penales ahí enmarcados se abra debate, sin petición del Ministerio Público, para establecer o resolver si es procedente o no la prisión preventiva.
3. El Ministerio Público debe acreditar con datos de prueba que otras medidas cautelares no son suficientes para garantizar la comparecencia del imputado al proceso, la protección a víctimas, testigos o a la comunidad, siempre y cuando concorra alguno de los tipos penales enmarcados en el precepto constitucional.
4. La propuesta de reforma al artículo 19 constitucional debe dirigirse a clarificar que la prisión preventiva solo procede cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar los fines del proceso, para lo cual debe abrirse debate al respecto.
5. La correcta interpretación del postulado constitucional (vigente aún), materia del presente estudio, es que el juez de control solo tiene la facultad inquisitiva para abrir debate respecto a la prisión preventiva, sin que el Ministerio Público se lo solicite, en el caso de los tipos penales enmarcados en el segundo párrafo del 19 constitucional.

Actuar como se propone significa el más amplio respeto a los derechos humanos de todo imputado, como el de presunción de inocencia, contradicción, debido proceso e igualdad de armas.

X. FUENTES DE CONSULTA

- Carrillo Vidales, R. (2020). “La prisión preventiva oficiosa en México, un atentado contra el Estado social y democrático de derecho” (Trabajo final maestría). España: Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho. Recuperado de: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/143702/TFM_CarrilloVidales_Prisi%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Díaz-Aranda, E. y Claus, R. (2017). *Teoría del delito funcionalista*. México: Editorial Flores.

- Devis Echandía, H. (2015). *Teoría general del proceso*. Bogotá-Colombia: Editorial Temis.
- Guillen López, R. (2015). “La prisión preventiva oficiosa (Consideraciones sobre su evolución y regulación normativa)” [documento en pdf]. En García Peña, J. H. y Godínez Méndez, W. A. *Temas actuales del derecho. El derecho ante la globalización*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3826/18.pdf>.
- Hidalgo Murillo, J. (2015). *Audiencias preliminares. Técnicas y estrategias de litigio en audiencia ante el juez de control*. México: Editorial Flores.
- Martínez Bazán, A. (2016/2017). “Las medidas cautelares y la prisión preventiva en el nuevo sistema acusatorio adversarial”. *DIKE Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 20, pp. 129-150. Recuperado de: <http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/article/view/240/217>
- Vergara Tejada, J. (2007). *Manual de derecho penal. Parte general*. México: Angel Editor.
- Vizcarra Dávalos, J. (2007). *Teoría general del proceso*. Novena Edición. México: Porrúa.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Artículo 19, 2008 [documento en pdf]. Recuperado de: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08_ima.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Artículo 19, 2011 [documento en pdf]. Recuperado de: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_195_14jul11.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Artículo 19, 2019 [documento en pdf]. Recuperado de: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_236_12abr19.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Artículo 19, segundo párrafo. [documento en pdf]. Recuperado de: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Código Nacional de Procedimientos Penales [CNPP]. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 05 de marzo del año 2014. Última reforma 19 de febrero de 2021.

OTRAS FUENTES

Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso Legislativo) (2008). Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información Subdirección de Archivo y Documentación [documento en pdf]. México. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH) (2018). Observaciones de la ONU-DH Sobre la Regulación de la Prisión Preventiva Oficiosa [documento en pdf]. México. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Anexo%20ONUDH%20sobre%20prisi%C3%B3n%20preventiva%20oficiosa.pdf>

Sistema de Información Legislativa de la Secretaría de Gobernación. Iniciativa que Reforma el Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por los Diputados Mariana Rodríguez Mier Y Terán, René Juárez Cisneros y Dulce María Sauri Riancho, del Grupo Parlamentario del PRI [documento en pdf]. Recuperado de: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/03/asun_4015754_20200310_1582226956.pdf

VISIONES PARA
EL FUTURO

Nava Tovar, Alejandro,

*POPULISMO
PUNITIVO.
CRÍTICA DEL DISCURSO
PENAL MODERNO*

◉ Salvador Hernández Garduño *

* Investigador independiente

Nava Tovar, Alejandro,
Populismo punitivo. Crítica del discurso penal moderno,
México, Instituto Nacional de Ciencias Penales,
ZELA Grupo Editorial, 2021.



La obra de Alejandro Nava Tovar se erige como punto de partida de una necesaria reflexión acerca del discurso penal contemporáneo, específicamente respecto del vértice en el que ocurre la intersección entre la política criminal y el populismo punitivo provocado por el pánico moral alentado por los medios de comunicación y las redes sociales.

La obra ofrece profundas reflexiones orientadas a formular una crítica de la forma en que las sociedades en general y las comunidades en particular han sido cooptadas por una retórica compleja orientada a la deshumanización del discurso penal para convertirlo en un discurso punitivista.

El primer capítulo de la obra, “El concepto de populismo punitivo. Entre la filosofía política y el derecho penal”, desarrolla el concepto de *populismo punitivo*, para lo cual el autor presenta una recopilación de cinco concepciones sobre el *populismo*, a saber, populismo como reacción hostil a la democracia representativa y sus instituciones, populismo como respuesta a una situación de crisis extrema, populismo como ideología carente de un núcleo de valores, populismo como exaltación de un líder y populismo como expresión de la soberanía del pueblo.

Agotado lo anterior, el autor procede a la exposición de la naturaleza específica del *populismo punitivo* en función de dos tesis que desarrolla a partir del análisis de lo *punitivo* desde el derecho penal. La primera es la tesis de la exclusión de medidas alternativas a la prisión, es decir, descartar cualquier opción diversa a la pena privativa de la libertad para tratar con la criminalidad. La segunda es la tesis de la desproporcionalidad de las penas, a partir de la cual se busca aumentar cada vez más las condenas de prisión a las

personas que delinquen como una media ejemplar que a su vez garantiza legitimidad política para quien las promueve e implementa. Ambas tesis abonan a la identificación de los criminales como enemigos a los cuales no es posible dar tregua en aras de la seguridad. Así, Nava Tovar conceptualiza al *populismo punitivo* como:

... el discurso político que pretende acabar con la criminalidad y la percepción de impunidad hacia los criminales mediante el aumento de las penas y los delitos que ameriten penas privativas de la libertad, valiéndose de las noticias de los medios de comunicación amarillistas y el rencor de ciertos grupos sociales o de la ciudadanía en general hacia la delincuencia, con el objetivo de obtener dividendos electorales en tiempos electorales o legitimidad en situaciones de crisis social, aun cuando dichas medidas no sean efectivas. (p. 22)

El capítulo segundo se denomina “Populismo punitivo y criminología mediática. La política del pánico”, y en él el autor se explaya en ilustrar el *carnaval criminológico* del que se nutre el *populismo punitivo*, el cual se diseña desde las imágenes creadas por los medios de comunicación masiva, particularmente la prensa impresa, la radio y la televisión.

En este capítulo se realiza un ejercicio sociológico en el que Nava Tovar nos explica cómo es que los medios de comunicación logran moldear el imaginario social hasta orientarlo hacia los impulsos *punitivistas* que exigen mayores y más ejemplares penas para las personas que cometen aquellos delitos que la *criminología mediática* ha seleccionado cuidadosamente como fundamento de los pánicos morales.

El autor define a la *criminología mediática* como:

... una criminología paralela a los discursos académicos, la cual, basada en el uso constante de los medios de comunicación, construye selectivamente imágenes distorsionadas y hasta perversas del delincuente, la víctima, los cuerpos policiales, los jueces y los vengadores anónimos, con el fin directo de aumentar el *rating* de noticias violentas y sembrar una política del rencor en la sociedad civil, permitiéndole así a diversos políticos aprovechar la situación para proponer medidas autoritarias y no darle a los jueces otra medida más que otorgar sanciones privativas de la libertad. (p. 30)

Nava atribuye tres características a la *criminología mediática*: la primera es la selectividad de los pánicos morales; la segunda, la representación falaz de los hechos y las personas, y, por último, la pretensión de reconfiguración del espacio y tiempo. Estas tres características son utilizadas para mantener una permanente campaña de (des)información orientada a consolidar un escenario de paranoia en la sociedad civil, el cual alienta los ánimos *punitivistas*.

Acto seguido, el autor realiza la exposición del espectáculo y de los actores que participan en el *carnaval criminológico*. Nava Tovar dibuja las figuras del delincuente, de la víctima, de la autoridad y del justiciero, quienes asumen roles protagónicos de la puesta en escena de la *criminología mediática*, que tiene por cometido distorsionar la realidad de una sociedad que requiere de muy poco para consolidar el *populismo punitivo*.

El tercer capítulo de la obra se intitula “Populismo punitivo y redes sociales. La política del linchamiento”. En él se ofrece un análisis del comportamiento de la sociedad en el espacio virtual de las redes sociales. Partiendo del concepto de sociedad civil desarrollado por Hegel, explica la forma en que la *criminología mediática* se nutre del encono, la polarización y la ira de las redes sociales, con lo cual se construyen los *pánicos morales* que habrán de permitir la proliferación de prácticas *punitivistas*, cuya más diáfana expresión es la política del linchamiento. Todo esto, sobre la base de moralismos que autoritariamente fijan los estándares de una corrección política a la que las personas deben ajustarse so riesgo de ser llevadas al patíbulo de la esfera pública.

Nava Tovar ilustra este escenario social a través del *sinóptico punitivo*, que consiste en un espacio virtual construido por las redes sociales en donde los observados se vuelven observadores y que es tierra fértil para cultivar el *populismo punitivo* a partir de dos tesis. La primera es la denominada *tesis de la continuación punitivista*, que plantea el hecho de que en las redes sociales las noticias amarillistas sobre los crímenes que la sociedad más repudia se repiten continuamente, lo que permite aumentar el pánico y la furia hacia las personas delincuentes. Por otra parte, *la tesis de la incorporación de la furia social* permite que el espacio virtual se erija como vertedero de la rabia, la furia y el desprecio que nutren la insaciable sed de venganza que solo logra apaciguarse un poco a través de los juicios en las redes sociales, en los cuales, sobra decir, no existen criterios de legalidad o racionalidad que merezcan ser respetados.

Posteriormente, el autor dedica el último acápite a las reflexiones en torno a la figura de los llamados *influencers*, quienes, aprovechando la proyección que el espacio virtual les otorga, sirven a los fines de la *criminología mediática* a partir de la difusión de información que en la mayoría de los casos carece de conocimientos especializados, propaga falazmente la furia social y se aprovecha de la adicción *emotivista* que caracteriza a las redes sociales. Todo lo cual, señala Nava Tovar, ha permitido la consolidación de un *apocalipsis cognitivo y punitivo* que empuña a la maquinaria del

linchamiento social como su más eficaz arma, no obstante la naturaleza falaz de sus argumentos y la irracionalidad de sus exigencias *punitivistas*.

“Populismo punitivo y política criminal. La política del oportunismo” es el cuarto capítulo del libro, en el que, a partir de conceptos de la dogmática penal y criminológica, el autor expone la relación entre *política criminal* y *legitimidad política*, que es una relación de dependencia en la que la primera requiere de la segunda para su instrumentalización.

Posteriormente, a la luz del pensamiento de Gustav Radbruch y siguiendo la propuesta teórica de Pablo Sánchez-Ostiz, Nava Tovar ofrece un método racional para la construcción de una política criminal a partir del establecimiento de axiomas, principios y subprincipios que permiten el aseguramiento tanto de la pretensión de corrección del derecho como de los postulados de la filosofía política liberal.

Lo anterior, como un ejercicio reflexivo indispensable frente a una política criminal que es resultado del oportunismo político de actores que, con tal de obtener dividendos electorales, están dispuestos a llevar a sus máximas posibilidades el poder coactivo del Estado como medida de satisfacción de las exigencias sociales *punitivistas* provocadas por las tácticas de la *criminología mediática* y, con ello, consolidar el giro hacia la criminalización y a la conformación de una *sociedad punitiva* que “... busca resolver los problemas sociales y las acciones humanas incorrectas o ilegales mediante castigos ejemplares, institucionalizados y no institucionalizados” (p. 116).

El capítulo quinto, “Populismo punitivo y derecho penal. La política del encierro”, trata sobre el tránsito de la *sociedad punitiva* a la *sociedad carcelaria*, que a juicio de Nava Tovar es la expresión más acabada del *populismo punitivo*.

En palabras del autor:

La sociedad carcelaria es aquella que, harta por la criminalidad y la percepción mediática de los medios de comunicación, exige medidas privativas de libertad, más agravantes para los delitos y mayores penas para las conductas consideradas lesivas para la sociedad, lo cual llevará a un aumento de la población carcelaria. (p. 119)

Este tipo de sociedad representa un importante factor de presión para los poderes del Estado, particularmente para el Legislativo y el Judicial. No obstante, es el segundo de los mencionados el que mayores problemas tendrá al lidiar con las exigencias de la *sociedad carcelaria*, ya que el Legislativo, dada su naturaleza política-democrática-representativa y echando mano del oportunismo de sus integrantes, cuenta con elementos retóricos que le

permiten eludir su responsabilidad bajo la justificación de haber atendido las demandas sociales. Por lo tanto, las personas juzgadoras son puestas entre la espada y la pared pues, ante las presiones de la *sociedad carcelaria*, el Legislativo crea ordenamientos cuya aplicación inevitablemente implica sobreponer el principio de seguridad del orden social por encima de los principios de legalidad y dignidad humana.

Como consecuencia de lo anterior, el autor concluye que el *populismo punitivo* busca la aplicación de dolor a partir de la imposición de penas y castigos ejemplares, entre los que la pena de prisión es la protagonista. Esto, debido a que la evidencia empírica ha demostrado que el encarcelamiento resulta doloroso para las personas en distintos ámbitos de la vida, desde los estragos mentales y psicológicos que provoca hasta la estigmatización que produce el haber pertenecido a la comunidad carcelaria. Igualmente, resulta que en Latinoamérica el encarcelamiento masivo, lejos de atender los problemas que pretende resolver, los acentúa.

Por lo tanto, lo que el autor sugiere es realizar un juicio a la prisión como institución y como concepto orientado al supuesto tratamiento eficaz del fenómeno criminológico, para lo cual resulta necesario cancelar del espacio público alternativo los extremismos *punitivistas* que exigen más penas, castigos más severos y mayor dolor para las personas delincuentes. Esto, sin abandonar las formas de coerción del sistema penal, pero apostando por la institucionalización de formas más humanas de lidiar con la criminalidad.

El sexto y último capítulo de la obra lleva por título “Coerción y auto-ridad. Hacia un discurso político-penal racional”, e inicia con el reproche a la criminología crítica por la ausencia de una agenda clara para hacer frente al *populismo punitivo* que pretende consolidar un Estado autoritario.

Nava Tovar, de la mano de la tesis de la doble dimensión del derecho de Robert Alexy, explica cómo es que el populismo punitivo busca que el derecho penal acentúe la dimensión real del derecho, aquella que encuentra en la coerción su carácter *justificatorio*, apabullando así la dimensión ideal que reposa en la pretensión de corrección que lo dota de validez moral.

El autor considera que ambas dimensiones tienen tareas pendientes para legitimar al sistema penal y combatir el *populismo punitivo*, las cuales se orientan a la figura de cada uno de los personajes que participan en el *car-naval criminológico*.

En cuanto a las personas delincuentes, la tarea es la de combatir su estigmatización como seres peligrosos, incorregibles y enemigos de la sociedad. Por su parte, respecto de las víctimas es indispensable limitar la

información amarillista que los medios de comunicación difunden para obtener utilidades económicas, aumentar sus niveles de audiencias y crear pánicos morales, así como fortalecer a las instituciones del Estado encargadas de su asesoramiento, acompañamiento y atención. Acerca de las instituciones policiales, el autor destaca la necesidad de su refundación mediante la capacitación de sus elementos en distintas materias como derechos humanos, derecho constitucional, criminología y comunicación con el fin de reducir la mala percepción que la sociedad civil tiene de dichas corporaciones. Por último, con relación a los justicieros se propone incrementar la efectividad de las instituciones del sistema penal a partir de una lógica de reducción de las penas, en la que la impartición de justicia procure un trato humano a todas las partes involucradas y se fortalezca la comunicación institucional sobre las decisiones que se toman en los casos mediáticos a fin de reducir el descontento de la sociedad civil.

En la conclusión de su obra, Nava Tovar hace una invitación a considerar el derecho penal mínimo como la única opción para hacer frente al *populismo punitivo*, pues a pesar de su crítica al desbordamiento del sistema penal a través del discurso *punitivista*, considera que el abolicionismo resulta inviable.

Igualmente, resulta en suma interesante el reconocimiento del espacio virtual de las redes sociales como un nuevo escenario en la dinámica cotidiana de las sociedades contemporáneas, así como los pocos límites que las expresiones encuentran en dicho espacio.

Hay que ser conscientes de que *Populismo punitivo. Crítica del discurso penal contemporáneo* despertará tanto interés como críticas, pues es una obra que refleja la realidad de nuestras sociedades en un momento histórico en donde, sorprendentemente, el progreso de los derechos y las libertades sigue encontrando obstáculos para su efectiva concreción.

