

AUTORES

Alejandro De La Fuente Alonso
Carlos Antonio Vásquez Gándara
Carlos Antonio Vázquez Azuara

Carlos García Méndez

Carlos M. García Herrera

Cedma González Andrade

Crosby González Montiel

Esmeralda Martínez Lara

Heracleo Escobar Bernal

Jacobo Alejandro Domínguez Gudini

José Francisco Báez Corona

Juan Fernando González Porras

Juan Manuel TéllezRoa Ruiz

Petra Armenta Ramírez

Rafael Ortiz Castañeda

Las reformas del 6 y 10 de junio de 2011, en materia de Juicio de Amparo y Derechos Humanos respectivamente, así como la reforma del 18 de junio de 2008, en materia del Sistema Penal Acusatorio Adversarial, representaron un cambio de paradigma respecto del acceso a la justicia, pues en los procedimientos penales acusatorios y orales, se deben observar los principios de igualdad, concentración, continuidad, inmediación, contradicción, presunción de inocencia, entre otros, en medio de una argumentación jurídica basada en el control convencional, constitucional y la interpretación conforme, todo con el único y primordial fin de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos.

ISBN: 978-607-8156-31-3



García Méndez
Armenta Ramírez
Vázquez Azuara
Báez Corona

Los Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio Adversarial

Los Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio Adversarial



COORDINADORES

Carlos García Méndez

Petra Armenta Ramírez

Carlos Antonio Vázquez Azuara

José Francisco Báez Corona

Prólogo

José Manuel de Alba de Alba



Los Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio Adversarial

COORDINADORES

Carlos García Méndez

Petra Armenta Ramírez

Carlos Antonio Vázquez Azuara

José Francisco Báez Corona

Prólogo

José Manuel de Alba de Alba

Editorial Universidad de Xalapa, en coordinación con su
Instituto Interdisciplinario de Investigaciones y el Instituto
de Investigaciones Jurídicas de la Universidad
Veracruzana

Xalapa, Veracruz, México, 2015



DERECHOS RESERVADOS © 2015
POR UNIVERSIDAD DE XALAPA A.C.

El tiraje de ésta obra se realizó bajo el sello editorial de la Universidad de Xalapa A.C., a través de su Instituto Interdisciplinario de Investigaciones y en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, en octubre de 2015, la primera edición constó de 1000 ejemplares.

Oficinas en Km. 2 Carretera Xalapa-Veracruz. CP: 91190. Xalapa, Veracruz, México.



Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio sin el consentimiento previo y escrito de los autores.

Portada y diseño editorial: Dr. Carlos Antonio Vázquez Azuara

Las imágenes que la integran fueron recuperadas de Internet y modificadas digitalmente, utilizándolas al amparo del artículo 148 de la Ley Federal de Derechos de Autor en México, ya que se permite la reproducción fotografías e ilustraciones difundidos por cualquier medio, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho o el autor no aparece identificado en la misma.

NOTA PRELIMINAR

La presente obra, es resultado de los esfuerzos realizados de manera conjunta entre la Universidad de Xalapa, a través de su Instituto Interdisciplinario de Investigaciones y la Universidad Veracruzana, a través de su Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Es así, que se concentran diversos trabajos académicos y de investigación, de reconocidos juristas y autores de amplia trayectoria, siendo en todo momento, cada uno responsable de sus escritos.

Este trabajo, incluye aportaciones muy relevantes que son consecuencia de las trasformaciones jurídicas recientes en materia del Sistema Penal Acusatorio Adversarial, implementado en México a partir de la reforma del 18 de junio de 2008 y en materia de Derechos Humanos, mismos que se elevaron a rango constitucional federal a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, con lo cual se generó una gama más amplia de protección de los derechos humanos, a la luz de figuras tales como el control difuso convencional y constitucional y la interpretación conforme.

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
----------------------	----------

CAPÍTULO 1

LA DEFENSA TÉCNICA Y EL ADECUADO
OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA BINARIA,
COMO UN DERECHO HUMANO EN EL
PROCESO PENAL ACUSATORIO

Dr. Carlos Antonio Vázquez Azuara

Dr. Carlos García Méndez

C. a Dr. Carlos Antonio Vázquez Gándara 15

CAPÍTULO 2

LOS AGENTES INFILTRADOS Y LOS
DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA
JURÍDICO MEXICANO

Dra. Petra Armenta Ramírez

Dr. José Francisco Báez Corona

Mtro. Juan Manuel TéllezRoa Ruiz 63

CAPÍTULO 3

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS, EN EL CÓDIGO NACIONAL
DE PROCEDIMIENTOS PENALES VIGENTE
EN MÉXICO

Dr. Carlos M. García Herrera 105

CAPÍTULO 4

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL:
UN BREVE REPASO

Dra. Cedma González Andrade 149

CAPÍTULO 5

NEGLIGENCIA PROBATORIA EN EL SISTEMA
PENAL ACUSATORIO UN ENFOQUE DEL
MINISTERIO PÚBLICO O FISCAL

Dr. Crosby González Montiel 177

CAPÍTULO 6

UN ACERCAMIENTO TEÓRICO A LA
RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS EN MÉXICO

Dr. Alejandro De La Fuente Alonso..... 241

CAPÍTULO 7

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO UN
DERECHO HUMANO

Dra. Esmeralda Martínez Lara 275

CAPÍTULO 8

EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO A
LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

***Dr. Heracleo Escobar Bernál* 319**

CAPÍTULO 9

LA APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA
CIENTÍFICA EN LOS PROCESOS DE
INTERROGATORIO EN EL SISTEMA
ACUSATORIO ADVERSARIAL PARA
EVITAR LA TORTURA

***Dr. Juan Fernando Gonzáles Porras* 365**

CAPÍTULO 10

SISTEMA ACUSATORIO, PRUEBAS
Y DERECHOS HUMANOS

***Lic. Rafael Ortiz Castañeda* 431**

CAPÍTULO 11

PROCESO PENAL Y JURISDICCIÓN
INTERNACIONAL: EL CASO CABRERA
GARCÍA ET. AL VS MÉXICO

***Dr. Jacobo Alejandro Domínguez Gudini* 455**

PRÓLOGO

Sin lugar a dudas, en México, se dieron dos de las más relevantes reformas en los últimos tiempos, que transformaron la manera de ejercer el derecho en todo el país.

La primera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, trajo como consecuencia, la implementación obligatoria en todos los Estados de la República Mexicana, del Sistema Penal Acusatorio Adversarial, el cual representó una sustitución del Sistema Inquisitivo-Mixto y trajo consigo una transformación integral en la forma de llevar a cabo la justicia penal.

La segunda, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 10 de junio de 2011, trajo como consecuencia, la elevación a rango constitucional de los derechos humanos, reformando entre otros dispositivos, el capítulo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Para Quedar: “De los Derechos Humanos y sus Garantías”.

Lo anterior, no solo volvió objeto de tutela suprema estos derechos intrínsecamente válidos, sino que además, introdujo formalmente, figuras jurídicas para su protección tales como el control difuso convencional y constitucional y la interpretación conforme.

Es así, que ambas reformas, representaron un cambio de paradigma extraordinario en la manera de impartir justicia en México, pero al mismo tiempo también han representado retos, tanto en su adecuación, materialización y eficacia.

Por ello, en la academia, descansa una responsabilidad ineludible para generar más y mejor conocimiento, que permita

coadyuvar con la implementación de estas reformas, generando aportaciones útiles para los estudiosos de la ciencia jurídica y particularmente para los operadores y actores jurídicos de los derechos humanos y la justicia penal en el sistema acusatorio adversarial.

Así, la Universidad de Xalapa, a través de su Instituto Interdisciplinario de Investigaciones y la Universidad Veracruzana, a través de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, cumplen cabalmente con dicho compromiso, presentado ésta obra “Los Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio Adversarial”, en la cual se congrega a connotados juristas, académicos y operadores jurídicos, que de forma brillante, realizan aportaciones para la mejor comprensión del aparato reformista y de aplicación, que implican las reformas referidas.

En el capítulo 1, denominado “la defensa técnica y el adecuado ofrecimiento de la prueba binaria, como un derecho humano en el proceso penal acusatorio”, autoría del Dr. Carlos Antonio Vázquez Azuara, el Dr. Carlos García Méndez y el C. a Dr. Carlos Antonio Vázquez Gándara, de manera esplendida, nos presentan todo un análisis detallado sobre el derecho humano a contar con una defensa y asesoría técnicas adecuadas, las cuales, representan un reto mayor, cuando se trata de la prueba binaria, es decir, la prueba que involucra la parte digital y por ende, un defensor, asesor jurídico o fiscal, que en un procedimiento penal acusatorio, deba aportar como prueba, una que involucre la parte digital, de no estar preparado para ofertarla y desahogarla en juicio, siendo que tiene ciertos requerimientos muy específicos, podría vulnerar el derecho humano a la defensa y asesoría técnicas adecuadas.

En el capítulo 2, denominado “los agentes infiltrados y los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano”, autoría de la Dra. Petra Armenta Ramírez, el Dr. José Francisco Báez

Corona y el Mtro. Juan Manuel TéllezRoa Ruiz, se explica desde un enfoque doctrinal y práctico muy acertado, el dilema que envuelve a los agentes encubiertos que están contemplados en el sistema jurídico penal mexicano, pero que al realizar esta labor tan delicada, en diversas ocasiones, ven vulnerados sus derechos humanos.

En el capítulo 3, denominado “violación de los derechos humanos, en el código nacional de procedimientos penales vigente en México”, el Dr. Carlos M. García Herrera, nos habla acertadamente sobre la vulneración a los derechos intrínsecamente válidos, que se encuentran contenidas en la Ley Adjetiva Penal Nacional, la que sin duda, debe interpretarse conforme a la constitución, para que su aplicación eminentemente positivista, no traiga como consecuencia violar los derechos humanos de las partes en un procedimiento penal acusatorio.

En el capítulo 4, denominado “principios constitucionales en el nuevo sistema de justicia penal: un breve repaso”, de la Dra. Cedma González Andrade, se describe claramente los principios rectores del sistema de justicia penal acusatorio adversarial, como lo son el de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, lo cuales, de su debida observancia, tienden a una adecuada protección de los derechos humanos.

En el capítulo 5, denominado “negligencia probatoria en el sistema penal acusatorio un enfoque del ministerio público o fiscal”, el Dr. Crosby González Montiel, nos refiere desde una perspectiva práctica y teórica, como una inadecuada indagatoria, que permita allegarse de los datos de prueba suficientes para ser defendidos en el establecimiento de la teoría del caso por parte del fiscal o ministerio público, puede derivar en un detrimento del derecho humano de acceso a la justicia.

Asimismo, en el capítulo 6, denominado “un acercamiento teórico a la responsabilidad de las personas jurídicas en México”, el Dr. Alejandro De La Fuente Alonso, nos presenta una visión de protección de derechos humanos derivada de la responsabilidad que descansa en las personas jurídicas involucradas en un procedimiento jurisdiccional, todo ello, desde una visión doctrinaria.

Por otra parte, en el capítulo 7 denominado “la presunción de inocencia como un derecho humano” a cargo de la Dra. Esmeralda Martínez Lara, se presenta un análisis sumamente relevante con relación a este principio que se traduce como un derecho intrínsecamente válido que refleja una gran diferencia con el sistema inquisitivo mixto, en donde se privilegiaba la presunción de culpabilidad.

De igual forma en el capítulo 8 denominado “el sistema penal acusatorio a la luz de los derechos humanos”, el Dr. Heracleo Escobar Bernál, hace referencia muy adecuada, al binomio inseparable que refieren los derechos humanos y el sistema penal acusatorio, determinado la necesidad de contar con argumentación jurídica basada en la protección más amplia de estos derechos en los procedimientos de justicia penal.

Asimismo, en el capítulo 9, denominado “la aplicación de la metodología científica en los procesos de interrogatorio en el sistema acusatorio adversarial para evitar la tortura”, el Dr. Juan Fernando Gonzáles Porras, nos ilustra de forma muy puntual, la manera de impedir una de las violaciones a derechos humanos más común en los interrogatorios, como lo es la tortura, erradicando esta prohibición constitucional, mediante una preparación científica, que derive en una obtención de la verdad sin vulnerar derechos humanos, esto en el procedimiento penal acusatorio.

Por otra parte, en el capítulo 10 denominado “sistema acusatorio, pruebas y derechos humanos”, el Lic. Rafael Ortiz Castañeda, nos habla sobre los medios de convicción que generan en el juzgador la certeza para emitir una sentencia, esto con estricto apego y respeto a los derechos humanos.

Finalmente, en el capítulo 11, denominado “proceso penal y jurisdicción internacional: el caso Cabrera García et. al vs México”, el Dr. Jacobo Alejandro Domínguez Gudini, nos muestra desde una mirada internacional y atentos a un caso específico contra México ante las instancias internacionales, como debe privilegiarse en todo momento el respeto estricto a los derechos humanos en un sistema procesal acusatorio y oral.

Es así, como a lo largo de sus once capítulos, la presente obra, se convierte en referencia obligada, para estudiosos de los derechos humanos en el sistema penal acusatorio, otorgando una visión clara, científica y de alto valor académico, que sin lugar a dudas, coadyuvará con la formación profesional de estudiantes, profesionistas y operadores del sistema de justicia penal acusatorio, desde una perspectiva de los derechos humanos.

Dr. José Manuel De Alba De Alba

Xalapa, Veracruz, México

Octubre de 2015

CAPÍTULO 1

*LA DEFENSA TÉCNICA Y EL
ADECUADO OFRECIMIENTO DE LA
PRUEBA BINARIA, COMO UN
DERECHO HUMANO EN EL PROCESO
PENAL ACUSATORIO*

Dr. Carlos Antonio Vázquez Azuara

Dr. Carlos García Méndez

C. a Dr. Carlos Antonio Vásquez Gándara

LA DEFENSA TÉCNICA Y EL ADECUADO OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA BINARIA, COMO UN DERECHO HUMANO EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Carlos Antonio Vázquez Azuara¹

*Carlos García Méndez*²

*Carlos Antonio Vázquez Gándara*³

¹ Licenciado en Derecho, Licenciado en Ciencias de la Comunicación, Doctor en Derecho Público con mención honorífica, egresado del Instituto de Investigaciones Jurídicas, todo lo anterior, por parte de la Universidad Veracruzana, miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, Docente Capacitador, certificado en juicios orales por la SETEC-SEGOB, en todos los perfiles, en el perfil de Derechos Humanos y en el perfil de formador de formadores, Diplomado en Sistema Penal Acusatorio desde la perspectiva de la reforma constitucional, por parte del Instituto de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la federación, Diplomado en Juicios Orales, Diplomado en Medios Alternativos para la Solución de Conflictos y Justicia Restaurativa y Diplomado en Educación y Tecnologías de la Información, por parte de la Universidad de Xalapa, actualmente es investigador de tiempo completo de ésta casa de estudios.

² Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana, Maestro en Ciencias de la Educación por el Instituto de Estudios Superiores de Puebla, Doctor en Filosofía con especialidad en Ciencias de la Educación por la Atlantic International University y en Derecho, por la Universidad de Almería, España. Actualmente es Rector y Presidente de la Junta de Gobierno de la Universidad de Xalapa.

³ Licenciado en Derecho e Ingeniero Civil, por la Universidad Veracruzana, Maestro en Docencia Universitaria y Candidato a Doctor en Educación por la Universidad de Xalapa, cuenta con estudios concluidos de Maestría en Derecho Electoral por la referida casa de estudios, es docente certificado por la SETEC-SEGOB en el perfil de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos y en el perfil de Formador de Formadores, es Diplomado en Sistema Penal Acusatorio y Adversarial y Diplomado en Medios Alternativos para la Solución de Conflictos y Justicia Restaurativa y es académico de la Universidad de Xalapa.

SUMARIO.- ● Resumen / Abstract ● Palabras Clave / Key Words. ● Introducción. **1.** El Derecho Humano a una Defensa Técnica. **2.** Sistema Binario Informático. **3.** El Derecho Binario. **4.** El Delincuente Binario. **5.** Los Bienes Binarios. **6.** La Prueba Binaria y su desahogo en el Procedimiento Penal Acusatorio. **7.** Valoración de la Prueba Binaria, como medio de convicción para emitir sentencia en un Juicio Penal Acusatorio y Oral. ● Conclusiones. ● Bibliografía.

Resumen

Las tecnologías de la información y la comunicación, han permitido que exista una nueva generación de delincuentes, que utilizan estas tecnologías, para cometer actos ilícitos denominados delitos binarios y para poder castigar a quien los comete, se requieren pruebas binarias, las cuales deben ser desahogadas de forma muy particular a la luz del Sistema Penal Acusatorio y Oral, para que sean adecuadamente valoradas al momento de emitir sentencia y esto va de la mano con el derecho humano a una defensa técnica adecuada.

Abstract

The technologies of the information and the communication, they have allowed that there should exist a new generation of delinquents, who use these technologies, to commit illicit acts named binary crimes and to be able to punish the one who commits them, there are needed binary proofs, which must be vented of very particular form in the Penal Accusatory and Oral System, in order that they are valued adequately in the moment to pronounce sentence, and this is according with a technical adapted defense.

Palabras clave

Derecho Binario, Delincuentes Binarios, Sistema Penal Acusatorio y Oral, Pruebas Binarias, Defensa Técnica Adecuada.

Key words

Binary law, Binary Delinquents, Penal Accusatory and Oral System, Binary proofs, technical adapted defense.

Introducción

Los avances tecnológicos, han propiciado más y mejores maneras en que el individuo puede llevar a cabos sus tareas cotidianas de una forma más sencilla, eficiente, eficaz y en menor cantidad de tiempo, pero estos avances tecnológicos, a su vez, requieren de conocimientos sobre informática, de tal suerte, que hoy en día se habla de dos tipos de analfabetas, aquellos que no saben leer ni escribir y de aquellos que no saben utilizar una computadora, siendo estos últimos menos capaces de acceder a los beneficios que brindan las tecnologías de la información y la comunicación, pero en contraste con esta situación, tenemos a quienes se encuentran muy capacitados en el uso de éste tipo de tecnologías, lo que también ha propiciado, que surja un nuevo tipo de delincuentes, denominados delincuentes binarios, esto es, aquellos que usan las tecnologías de la información y la comunicación para delinquir, ya sea como un medio o canal, como un coadyuvante o bien como un objetivo o fin.

Por tanto, las TIC's, han revolucionado el entorno que conocemos, pero también ha hecho más difícil la labor de persecución de los delitos basados en este tipo de tecnologías, lo que a su vez, representa un reto para la labor de

administración e impartición de justicia, pero la situación se vuelve más compleja todavía, en un sistema penal garantista y protector de los derechos humanos, como el que actualmente impera en México, denominado Sistema Penal Acusatorio y Oral.

En éste sistema, entre otros derechos humanos, se procura la presunción de inocencia y esto refiere *grosso modo*, que ante una imputación de acto delictivo, deba existir un adecuado impulso procesal del órgano acusador, lo que a su vez requiere, que existan pruebas que acrediten la comisión del acto delictivo de la persona imputada, es decir, que el órgano acusador, en el caso de México, el Ministerio Público, deba sustentar con el material probatorio correspondiente, su acusación, pues de ello depende, que tales medios de convicción, sean valorados adecuadamente por el juez, culminando en una sentencia.

En esta inteligencia, cuando se trata de delitos binarios, es decir, aquellos cometidos con las tecnologías de la información y la comunicación (utilizándolos como medio o canal, como objetivo o finalidad o como coadyuvante), los medios de convicción, se vuelven de naturaleza especializada, lo que requiere un testigo experto, que deberá emitir su peritaje para perfeccionar el alcance y valor probatorio de tales medios de convicción y es en este sentido que debe existir preparación para el desahogo de la prueba binaria en juicio oral, pues de esto depende que se pueda o no fincar la correspondiente responsabilidad penal que pudiera resultar y esto va de la mano con una defensa técnica adecuada, apoyados en el actor jurídico idóneo para tales fines como lo es el asesor técnico.

1. El Derecho Humano a una Defensa Técnica

Con la entrada en vigor del sistema penal acusatorio en México, a partir del 18 de junio de 2008 y derivado de las reformas del 6 y 10 de junio de 2011, en materia de amparo y derechos humanos respectivamente, se integraron en la constitución diversos principios rectores de la justicia penal alineados a una protección preponderante y más amplia de los derechos humanos.

Uno de los derechos humanos de las partes en un procedimiento penal, es la defensa técnica adecuada, la cual en primer lugar deviene de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

B. De los derechos de toda persona imputada:

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y...

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y,

cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

La defensa y asesoría adecuadas, son un derecho humanos, que se plasma debidamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, asimismo el Código Nacional de Procedimientos Penales, también contempla estas figuras.

Artículo 17. Derecho a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata

La defensa es un derecho fundamental e irrenunciable que asiste a todo imputado, no obstante, deberá ejercerlo siempre con la asistencia de su Defensor o a través de éste. El Defensor deberá ser licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional.

Se entenderá por una defensa técnica, la que debe realizar el Defensor particular que el imputado elija libremente o el Defensor público que le corresponda, para que le asista desde su detención y a lo largo de todo el procedimiento, sin perjuicio de los actos de defensa material que el propio imputado pueda llevar a cabo.

La víctima u ofendido tendrá derecho a contar con un Asesor jurídico gratuito en cualquier etapa del procedimiento, en los términos de la legislación aplicable.

Corresponde al Órgano jurisdiccional velar sin preferencias ni desigualdades por la defensa adecuada y técnica del imputado.

Artículo 121. Garantía de la Defensa técnica

Siempre que el Órgano jurisdiccional advierta que existe una manifiesta y sistemática incapacidad técnica

del Defensor, prevendrá al imputado para que designe otro.

Si se trata de un Defensor privado, el imputado contará con tres días para designar un nuevo Defensor. Si prevenido el imputado, no se designa otro, un Defensor público será asignado para colaborar en su defensa.

Si se trata de un Defensor público, con independencia de la responsabilidad en que incurriere, se dará vista al superior jerárquico para los efectos de sustitución.

En ambos casos se otorgará un término que no excederá de diez días para que se desarrolle una defensa adecuada a partir del acto que suscitó el cambio.

Como se puede advertir de los numerales invocados anteriormente, la asesoría y defensa técnica adecuadas, son un derecho humano que permite al justiciable acceder a un procedimiento penal que observe adecuadamente las formalidades esenciales de dicho procedimiento, que dimanen de la Constitución Federal y de la Ley Adjetiva Penal Federal.

Esta obligación de ejercer una defensa técnica adecuada, también es extensiva al Fiscal, pues es quien lleva el impulso procesal y quien protege los intereses de la víctima y de la adecuada actuación del fiscal en el procedimiento, depende el acceso de la víctima a la justicia penal.

2. Sistema Binario Informático.

Uno de los aspectos más representativos de la informática, es el sistema binario, es decir, aquel que se constituye de unos y ceros, capaz de generar todo un universo digital, al que el ser

humano puede acceder, para lograr los fines para los que el propio sistema fue creado.

Binario (ria), significa: compuesto de dos elementos, unidades o guarismos: los ordenadores utilizan un sistema binario (Diccionario de la lengua española Espasa-Calpe, 2005: <http://www.wordreference.com/definicion/binario>).

La palabra binario, proviene del latín bini, binae, bina (según sea femenino, masculino o neutro), es un adjetivo numeral distributivo que significa “de dos en dos”... Este sistema binario, se emplea en las computadoras, pues al ser eléctricas, solo pueden interpretar que un circuito esté activado [valor 1 (uno)] o desactivado [valor 0 (cero)], por lo que el sistema binario, solo emplea ceros y unos para formar todos los números (Origen de las palabras, 2012: <http://etimologias.dechile.net/?bit>).

Es así, como una combinación infinita de unos y ceros, se puede traducir en todo lo que hoy conocemos, relativo a las Tecnologías de la Información y la Comunicación, por tanto el código binario, es aquel “constituido por unos y ceros, que emplean las computadoras como lenguaje para descifrar las instrucciones dadas por el hombre...” (Vázquez-Azuara, 2013 b: 21).

El sistema binario es la base de las tecnologías que hoy conocemos, que permite presentar una forma que el usuario pueda entender para una mejor utilización, de tal suerte, que cuando utilizamos algún software de captura de texto y en él, advertimos una hoja, con una regla, lo que en realidad existe, es una combinación de unos y ceros, que permiten mostrar una serie de imágenes y conceptos que el usuario pueda

comprender con base en su realidad cotidiana, pero todo se reduce a un código binario.

El sistema binario de numeración es el más simple de todos los sistemas de numeración posicional. La base - o de la base - del sistema binario es 2, lo que significa que sólo dos dígitos - 0 y 1 - pueden aparecer en una representación binaria de cualquier número. El sistema binario es la base de la moderna tecnología de las computadoras electrónicas digitales. La memoria de computadora cuenta con pequeños elementos que sólo pueden estar en dos estados - off / on - que están asociados con los dígitos 0 y 1 (Ingeniatic, 2011: <http://ingeniatic.euitt.upm.es/index.php/tecnologias/item/410-c%C3%B3digo-binario>).

Por tanto, se debe entender, que todo aquello que advertimos mediante las TIC's, de forma habitual, se basa en una serie de datos digitales, que requieren un tratamiento particular y una preparación básica en informática para su utilización.

3. El Derecho Binario.

El derecho, como otras ciencias, resulta ser multidisciplinario, es decir, que requiere de otras ciencias, para poder alcanzar sus fines y en el caso del derecho, sus fines son la justicia, la seguridad jurídica y el bien común, por tanto, alcanzar estos fines, requiere del auxilio de otras ciencias.

En el caso de las TIC's, cuando estas se utilizan para alcanzar los fines antes mencionados, se puede hablar del surgimiento de una nueva rama del derecho denominada Derecho Binario, entendiéndose por este:

...la rama del derecho que se encarga del estudio de las normas que regulan la relación entre los individuos basada en su realidad virtual y de ellos con dicha realidad, así como el estudio de las normas que regulan la conducta de los individuos basada en las nuevas tecnologías e Internet (Vázquez-Azuara, 2012: 43).

Dentro de los ámbitos de estudio, que son competencia del Derecho Binario, se habla de un derecho penal binario y procesal penal binario, siendo éste último el que interesa para efectos del presente trabajo de investigación, debido a que de esta rama del derecho binario, depende el estudio, entre otros aspectos, del procedimiento penal relacionado con los delitos binarios, lo que a su vez, infiere el estudio del ofrecimiento y desahogo de las pruebas binarias en juicio, en una coyuntura permeada por el Sistema Penal Acusatorio y Oral.

4. El Delincuente Binario

El delincuente binario, por definición, es aquel individuo que comete un delito binario, pero al profundizar el concepto, se entiende lo siguiente:

Los delincuentes binarios, son aquellos que cometen un acto determinado como delito binario, dotados de conocimientos sobre el uso de las nuevas tecnologías y/o el internet, utilizándolos como un medio o canal, como el objetivo o finalidad y como el soporte o coadyuvante, para la comisión del acto antijurídico, antisocial, típico, culpable y punible, lo cual infiere un mayor grado de temibilidad y por tanto una dificultad mayor para su aprehensión y por ende dichos actos involucran una mayor sanción.

Por lo anterior, resulta necesario, entender lo que refiere un delito binario, es decir aquellas conductas ilícitas que se sustentan en las TIC's.

Se entenderá por delito binario, la comisión del acto antijurídico, antisocial, típico, culpable y punible basado en los delitos tradicionales o independientes de estos, cometidos con el uso de las nuevas tecnologías y/o el Internet, como un medio o canal, como el objetivo o finalidad y como el soporte o coadyuvante, pudiendo causar una afectación o no, a la propiedad y/o posesión binaria de que se trate. En consecuencia, los delitos binarios, pueden ser de tres tipos: 1. Basados en los delitos tradicionales 2. Independientes de otros delitos 3. En perjuicio de la propiedad y/o posesión binaria.

Con relación a los delitos binarios, se debe entender que son aquellos delitos que se cometen con el uso de las TIC's, ya sea utilizándolas como un medio o canal, como un objetivo o finalidad o como un soporte o coadyuvante.

Consecuentemente, al instaurar un procedimiento penal acusatorio y oral, por la probable comisión de un acto delictivo de naturaleza binaria, el órgano acusador, al plantear su teoría del caso (la armonía entre el elemento fáctico, probatorio y jurídico), debe cerciorarse que sus elementos probatorios, sean suficientes para sustentar su acusación, pero en tratándose de delitos binarios, necesariamente los medios de convicción, también deben ser de la misma naturaleza.

Un ejemplo de lo anterior, es cuando una persona amenaza de muerte a otra, mediante una cuenta de correo electrónico (delito binario, que utiliza las TIC's como medio o canal), evidentemente, la prueba central, para fincar responsabilidad, que deberá ofrecer y desahogar el Ministerio Público, son las

cuentas de correo electrónico, las cuales, se deben ofrecer de una forma muy particular, atendiendo al testigo experto que deberá emitir un peritaje, que valide la veracidad y procedencia de tales correos electrónicos y si estos fueron enviados por el imputado, esto se traduce como una prueba binaria y no resulta sencilla de desahogar, a la luz de un sistema penal acusatorio y oral, garantista, protector de derechos humanos y sobre todo, en donde la prueba se genera en presencia del juez.

Finalmente, se debe dejar claro, que la prueba binaria, no es exclusiva para los juicios orales penales, que involucran delitos binarios, sino que se utilizan en procedimientos penales acusatorio y orales, relativos a la comisión de cualquier acto delictivo cuya evidencia, involucre las TIC's.

5. Los Bienes Binarios

Patrimonio Binario

En apartados anteriores, se ha establecido lo que es el patrimonio, determinando *grosso modo*, que es el conjunto de derechos y obligaciones que se tienen sobre bienes que son susceptibles de ser apreciados en dinero.

Sin embargo, cuando hablamos de patrimonio, típicamente, nos referimos a bienes de la realidad material, pero si pretendemos hablar de patrimonio binario, es necesario hacer referencia a la realidad virtual entendiéndose por esta última:

La realidad material, es la que vivimos de forma cotidiana, tangible y palpable, desempeñando actividades sociales, familiares, emocionales, laborales, de recreación entre otras y las cuales están reguladas por los diversos ordenamientos normativos que imperan en cada país.

La realidad virtual, es una realidad que vivimos a la par de nuestra realidad material, es intangible y transportable, basada en un código binario y en muchos casos es una realidad en la que interactuamos la mayor parte de nuestro tiempo y refiere aquella donde realizamos todas nuestras actividades sociales, familiares, emocionales, laborales, de recreación, entre otras, mediante las nuevas tecnologías y la Internet, sin embargo, en esta realidad los ordenamientos jurídicos que salvaguardan nuestros derechos, aún son endebles y carentes de eficacia (VÁZQUEZ, 2012: 37-38).

De lo anterior, podemos destacar, que el individuo, vive dos realidades simultáneamente, la virtual y la material y por tanto, es comprensible dilucidar, que tenga dos tipos de patrimonio, e patrimonio de la realidad material y el patrimonio de la realidad virtual, denominado como binario.

Concepto de patrimonio binario

El patrimonio binario, es el conjunto de derechos y obligaciones que se tienen sobre los bienes binarios, alojados en nuestra realidad virtual, que son susceptibles de ser apreciados en dinero y sobre los cuales se puede ejercer la propiedad y la posesión.

Bienes Binarios

Concepto

Los bienes binarios, son cosas virtuales constituidas por bits, susceptibles de apropiación y posesión, almacenados en un espacio virtual, al que se tiene acceso mediante las tecnologías

de la información y la comunicación, con la característica de ser modificables, (en cuanto a contenido y en cuanto a configuración), dependientes (por software y por hardware), Intellectualmente protegibles, ciberespaciales, lógicamente perpetuos, almacenablemente deteriorables, medibles y valuales.

Elementos del concepto de “bienes binarios”

Son cosas virtuales

Los bienes binarios, son cosas virtuales, susceptibles de ser reguladas jurídicamente, es decir, sobre las que se pueden ejercer derechos y las que a su vez, pueden generar el surgimiento de obligaciones.

Constituidos por bits

Los bienes binarios, aunque se pueden materializar físicamente o se pueden transportar físicamente, en esencia, son integrados por unidades básicas de unos y ceros, que se traducen como un código binario.

Binary digit es una expresión inglesa que significa “dígito binario” y que da lugar al término bit, su acrónimo en nuestra lengua. El concepto se utiliza en la informática para nombrar a una unidad de medida de información que equivale a la selección entre dos alternativas que tienen el mismo grado de probabilidad.

Para la informática, el bit es la unidad más pequeña de información. Permite representar dos valores diferentes (como abierto/cerrado o verdadero/falso) y asignar dichos valores al estado de encendido (1) o apagado (0) (DEFINICIÓN DE BIT, 2013: <http://definicion.de/bit>).

Susceptibles de apropiación y posesión

Los bienes binarios, pueden ser apropiados o poseídos por una persona física o moral, acorde con los ordenamientos jurídicos civiles vigentes, lo que significa a su vez, que pueden ser regulados mediante las mismas reglas que los bienes no binarios.

Almacenables en un espacio virtual

Los bienes binarios, al estar constituidos por bits, necesariamente se almacenan en un espacio virtual, es decir, son bienes apreciables únicamente a través de un código binario, que se almacena en un espacio digital.

No obstante, se debe hacer la siguiente acotación, aunque los bienes binarios se almacenan en un espacio virtual, son contenidos en un espacio físico denominado hardware u ordenador y aunque existen bienes binarios, eminentemente virtuales, es decir que se albergan únicamente en un espacio digital, como lo puede ser el ciberespacio, no menos cierto es, que dicho espacio a su vez, necesariamente se resguarda en un ordenador, por lo que los bienes binarios son almacenables en un espacio virtual, pero contenidos en un espacio físico.

Se tiene acceso mediante las tecnologías de la información y la comunicación

Los bienes binarios, al ser virtuales, únicamente se puede acceder a ellos, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, ya que sin estas, sería imposible advertir, disfrutar, usar o realizar cualquier acción o ejercer algún derecho respecto a ellos.

Características de los bienes binarios

Modificables

Los bienes binarios, pueden sufrir cambios que alteran su estructura, tamaño, finalidad, entre otras características, dichos cambios o alteraciones, pueden ser desde dos aspectos, en cuanto a contenido y en cuanto a configuración.

En cuanto a su contenido.- Se refiere a cualquier cambio o alteración del bien binario, por cuanto hace a su integración y finalidad, por ejemplo, un archivo de texto, puede sufrir un cambio al integrarse en él, más texto.

En cuanto a su configuración.- Se refiere a cualquier cambio o alteración del bien binario, por cuanto hace a su operatividad y funcionamiento, por ejemplo, un archivo de texto, puede sufrir un cambio en sus márgenes, formato o modo de visualización.

Cabe añadir, que hay bienes binarios, que no son modificables de primer contacto, como lo son los archivos de “solo lectura” o aquellos guardados en formato no editable, pero estas circunstancias, pueden cambiar al “guardar como” el archivo o mediante un software específico, respectivamente. Por tanto en esencia, todos los bienes binarios, pueden sufrir una alteración o cambio y en ese sentido, son modificables.

Dependientes

Los bienes binarios, como ya se ha mencionado, pueden ser susceptibles de uso y aprovechamiento siempre que exista un espacio virtual o físico que los soporte, de ahí que los bienes binarios sean dependientes desde dos perspectivas.

Dependientes por software.- Los bienes binarios, requieren de un soporte lógico para poder ser visualizados y utilizados,

como lo es un sistema operativo o un programa que permite la lectura y modificación de tales bienes, por ejemplo, un archivo de texto, requiere de un procesador de textos para poder ser utilizado.

Dependientes por hardware.- Los bienes binarios, requieren de un soporte físico para poder ser almacenados y contenidos, como lo es una computadora o un servidor, por ejemplo para poder instalar un procesador de texto y leer un archivo de texto, es necesario un ordenador que permita el almacenamiento, configuración y desarrollo de tales bienes binarios.

Intelectualmente protegibles

Se debe dejar claro, que los bienes binarios, son distintos que la propiedad intelectual, pero no son opuestos ni ajenos a la misma, debido a que los bienes binarios, son susceptibles de protección jurídica, por ejemplo, la creación de un diseño de alguna imagen que constituye un logotipo, es susceptible de ser protegido jurídicamente como propiedad intelectual, pero el archivo que contiene dicha creación intelectual, es un bien binario.

Otro ejemplo que ayuda a comprender mejor la diferencia entre la propiedad intelectual y bienes binarios, es cuando se compra un libro por Internet, el cual, al haber sido adquirido mediante una compraventa electrónica, se convierte en un bien binario, propiedad del comprador, pero la propiedad intelectual sobre el contenido del libro, le pertenece al autor.

Ciberespaciales

Los bienes binarios, son susceptibles de ser puestos en el ciberespacio, entendiendo por este el “ámbito de comunicaciones constituido por una red informática (WORDREFERENCE, 2013: www.wordreference.com), un

ejemplo muy común es subir una foto digital tomada con un dispositivo de comunicación móvil, a una red social.

Lógicamente perpetuos

Los bienes binarios, como ya se ha mencionado, aunque pueden contenerse en un espacio físico, son virtuales, constituidos por bits, los que si bien, pueden sufrir daño lógico, no menos cierto es, que pueden prevalecer de forma indefinida, pues el transcurso del tiempo no los deteriora.

Almacenablemente deteriorables

Los bienes binarios, como ya se ha mencionado, al contenerse en un espacio físico, éste es susceptible a desgastarse por el transcurso del tiempo, no así el aspecto lógico, por ejemplo un archivo de audio, contenido en un CD, puede comenzar a presentar errores de reproducción debido a un daño en el CD, pero al transferir el archivo a otro CD, seguirá intacto, hasta que el nuevo contenedor del bien binario, se desgaste y deba ser remplazado nuevamente.

Medibles

Los bienes binarios, al estar constituidos por bits, tienen la característica de ser medibles en peso (digitalmente hablando), lo que sirve como parámetro para diversas cuestiones como lo son la capacidad de almacenamiento de los dispositivos extraíbles o el espacio que ocuparan en el ciberespacio.

El conjunto de ocho bits que forman una unidad de información recibe el nombre de octeto. Un byte, por otra parte, es una seguidilla de bites aledaños cuyo tamaño está vinculado al código de información en que esté definido. Es habitual, de todas formas, que un byte esté compuesto por 8 bites. Asimismo existen otros múltiplos de estos valores que hemos subrayado. En concreto, también está el kilobyte que

equivale a 1.024 bytes, el megabyte que es igual a 1024 kilobytes o el gigabyte que se corresponde con 1024 megabytes. La sucesión en crecimiento continúa con los terabytes, los petabytes, los exabytes, los zetabytes, los yotabytes y los xentabytes, entre otros múltiplos (DEFINICIÓN DE BIT, 2013: <http://definicion.de/bit>).

Valuables

Al igual que los bienes no binarios, los binarios, también pueden ser valuados, para determinar su apreciación económica, pero existe también la posibilidad de ubicar bienes binarios invaluable, es decir, aquellos cuya apreciación no pudiera equipararse a un valor económico.

Clasificación de los bienes binarios

Debido sus características, existe una muy amplia clasificación de los bienes binarios, misma que va a depender del enfoque desde el cual se advierta a este tipo de bienes, teniendo en consecuencia, que los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a:

- a) Su ocupación
- b) Su finalidad
- c) Su función
- d) Su sitio
- e) Su almacenamiento
- f) Su constitución
- g) Su importancia
- h) Quien va dirigido
- i) Su propietario y/o posesionario
- j) Su acción
- k) El software que los genera
- l) El hardware que los contiene

- m) Su relación con otros bienes binarios
- n) Su posibilidad de ser copiados
- o) La duración de su existencia
- p) Un daño lógico
- q) Con base en su naturaleza lógica
- r) Su vigencia
- s) La autorización de su utilización
- t) Su protección
- u) Su visualización
- v) Su composición
- w) Su exteriorización
- x) La restricción de su uso

Su ocupación

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su ocupación, en virtud de que puedan o no contener a su vez, otros bienes binarios, esto es algo similar a lo que ocurre con los bienes muebles e inmuebles en la realidad material, por ejemplo, un ladrillo, es un bien mueble, pero si se agrupan muchos de ellos, se construye una casa, lo que vuelve a un conjunto de ladrillos, en un bien inmueble.

En el caso de los bienes binarios, estos pueden clasificarse por cuanto hace a su ocupación en hospedantes y no hospedantes.

Hospedantes.- Son aquellos bienes binarios, que pueden contener a su vez otros bienes binarios y que pueden fungir como un espacio virtual de almacenamiento y/o interacción.

No hospedantes.- Son aquellos bienes binarios, que no pueden contener a su vez otros bienes binarios ni fungen como un espacio virtual de almacenamiento y/o interacción.

Esta clasificación, resulta sumamente relevante, para la comprensión de los bienes que se albergan en la realidad

virtual, es decir los bienes binarios, puesto que permite dilucidar si son bienes en los que nos hospedamos virtualmente o son bienes que utilizamos sin que reguarden o alberguen otros bienes.

Esto es algo similar con los bienes de la realidad material, es decir, los bienes muebles y los inmuebles, verbigracia, una cuenta de red social, misma que se traduce como un bien binario hospedante, puesto que permite que en tal cuenta, alojemos todo tipo de archivos, e interactuemos con otras personas, esto es algo similar a un departamento destinado para el uso de nuestra recreación. Tal y como se ha dicho, sobre los bienes binarios, también se puede ejercer la propiedad y la posesión, como en el caso de la cuenta de red social, es un bien binario hospedante, sobre el que se tiene la posesión y en algunos casos también la propiedad.

Otro ejemplo de un bien binario hospedante, lo es un directorio raíz o una carpeta, que a su vez, alberga un conjunto de bienes binarios no hospedantes, como lo pueden ser archivos de música, video, texto, etc. y que funge como un espacio virtual de almacenamiento.

La importancia de ésta clasificación, radica en el hecho de que, al advertir los bienes binarios como hospedantes y no hospedantes, se pueden aplicar las circunstancias jurídicas que sobre los bienes de la realidad material imperan, pero con evidente adecuación a la realidad virtual, por ejemplo, el caso del allanamiento en materia penal, que aplicado a una cuenta de red social, resulta en una invasión no autorizada de un espacio sobre el cual se tiene la posesión o la propiedad, con independencia de que también se traduzca como un delito binario, entendiéndose por tales “la comisión del acto antijurídico, antisocial, típico, culpable y punible basado en los delitos tradicionales o independientes de estos, cometidos con el uso de las nuevas tecnologías y/o el Internet, como un

medio o canal, como el objetivo o finalidad y como el soporte o coadyuvante, pudiendo causar una afectación o no, a la propiedad y/o posesión binaria de que se trate” (Vázquez, 2012: 45).

Su finalidad

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su finalidad, en virtud del propósito que busque su propietario o poseionario, respecto de los mismos, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a una finalidad de trabajo, entretenimiento, personal y de servicio.

Trabajo.- Son aquellos bienes binarios, cuyo propósito respecto de su poseionario o propietario, es cumplir con un fin laboral o de desarrollo profesional o académico.

Entretenimiento.- Son aquellos bienes binarios, cuyo propósito respecto de su poseionario o propietario, es cumplir con un fin recreativo, de esparcimiento, ocio o de diversión.

Personal.- Son aquellos bienes binarios, cuyo propósito respecto de su poseionario o propietario, es cumplir con un fin intrínseco, propio y/o con el ánimo de cumplir una satisfacción interna.

De servicio.- Son aquellos bienes binarios, cuyo propósito respecto de su poseionario o propietario, es cumplir con un fin de aprovechamiento para sí o para terceros, denominados clientes, con ánimo de lucro y/o de subsanar alguna necesidad personal o colectiva, previamente requerida.

Su función

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su función, en virtud de las actividades que se tiene destinadas realizar

respecto de los mismos, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a una función de almacenamiento, de interacción, de sistema, ejecutables y no ejecutables.

De almacenamiento.- Son aquellos bienes binarios, destinados a cumplir con una función de resguardo o contención de otros bienes binarios.

De interacción.- Son aquellos bienes binarios, destinados a fungir como plataforma virtual de socialización, convivencia, comunicación e información.

De sistema.- Son aquellos bienes binarios, destinados a soportar lógicamente un sistema operativo, permitiendo su adecuado funcionamiento.

Ejecutables.- Son aquellos bienes binarios, destinados a desarrollarse dentro de una plataforma y/o sistema operativo determinado, para realizar las funciones para las que fue creado que no podrían ser, de no ejecutarse.

No ejecutables.- Son aquellos bienes binarios, que no están destinados a desarrollarse dentro de una plataforma y/o sistema operativo determinado, pues su naturaleza no es ejecutable.

Su sitio

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su sitio, en virtud de la pertenencia del espacio virtual que ocupan, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a su sitio en servidor comercial, en servidor no comercial y en servidor gubernamental.

En servidor comercial.- Son aquellos bienes binarios, que se alojan en un espacio virtual perteneciente a una persona física o moral que tiene una finalidad mercantil.

En servidor no comercial.- Son aquellos bienes binarios, que se alojan en un espacio virtual perteneciente a una persona física o moral que no tiene ánimo de lucro.

En servidor gubernamental.- Son aquellos bienes binarios, que se alojan en un espacio virtual perteneciente al estado, en sus diferentes esferas de competencia y niveles de gobierno.

Su almacenamiento

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su almacenamiento, en virtud del hardware o medio físico que los contiene, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a su almacenamiento en medio extraíble y medio no extraíble.

En medio extraíble.- Son aquellos bienes binarios, que se almacenan en un hardware o medio físico portátil y por tanto, que puede ser insertado y retirado de un determinado ordenador receptor.

En medio no extraíble.- Son aquellos bienes binarios, que se almacenan en un hardware o medio físico, de forma permanente y por tanto, no puede ser insertado y retirado con frecuencia de un determinado ordenador receptor.

Su constitución

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su constitución, en virtud de estar integrados por un solo bien binario o por un conjunto de bienes binarios, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a su constitución en simples y compuestos.

Simples.- Son aquellos bienes binarios, que se constituyen por un solo bien binario.

Compuestos.- Son aquellos bienes binarios, que se constituyen por dos o más bienes binarios.

Su importancia

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su importancia, en virtud de la relevancia que tengan para el propietario o poseionario, con relación al funcionamiento, utilización o dependencia respecto de otros bienes binarios, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a su importancia, en relevantes y no relevantes.

Cabe añadir, que aunque parezca una clasificación subjetiva, puesto que lo relevante para unos, puede no serlo para otros, la calificación de relevancia, depende del impacto positivo o negativo que pudiera tener en el propietario o poseionario, en caso de que dichos bienes binarios, fueran dañados, sustraídos, deteriorados o destruidos y con ello, impedir el adecuado funcionamiento, utilización, aprovechamiento o dependencia de otros que también son del mismo propietario o poseionario.

Relevantes.- Son aquellos bienes binarios, que son indispensables para el adecuado funcionamiento, utilización, aprovechamiento o dependencia de otros que también son de la misma persona física o moral.

Irrelevantes.- Son aquellos bienes binarios, que en caso de ser dañados, sustraídos, deteriorados o destruidos, no son indispensables para el adecuado funcionamiento, utilización, aprovechamiento o dependencia de otros que también son de la misma persona física o moral.

Quien va dirigido

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a quien van dirigidos, en virtud de las personas que pueden acceder a ellos, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a quien van dirigidos, en públicos y privados.

Públicos.- Son aquellos bienes binarios, que van dirigidos a todas las personas en general y las cuales pueden acceder a ellos, sin restricción alguna o previa cobertura de requisitos generales.

Privados.- Son aquellos bienes binarios, que van dirigidos a personas previamente autorizadas y a los cuales se puede acceder siempre que el particular lo permita y previo los requisitos previamente impuestos.

Su propietario y/o poseionario

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su propietario y/o poseionario, en virtud de las personas que tienen derechos sobre los mismos, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a su propietario y/o poseionario, pertenecientes a personas físicas, personas morales o entes gubernamentales.

Perteneciente a personas físicas.- Son aquellos bienes binarios, que son propiedad y/o posesión de un particular.

Perteneciente a personas morales.- Son aquellos bienes binarios, que son propiedad y/o posesión de una sociedad civil o mercantil.

Perteneciente a entes gubernamentales.- Son aquellos bienes binarios, que son propiedad y/o posesión del estado en cualquiera de sus esferas de competencia o niveles de gobierno.

Su acción

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su acción, en virtud de su funcionamiento en el espacio virtual que los resguarda, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a su acción, en activos, inactivos, ejecutados y no ejecutados.

Activos.- Son aquellos bienes binarios, que pueden funcionar al ser utilizados por el propietario y/o poseionario.

Inactivos.- Son aquellos bienes binarios, que no funcionan al intentar ser utilizados por el propietario y/o poseionario.

Ejecutados.- Son aquellos bienes binarios, que se encuentran abiertos o realizando las funciones para las que fueron creados.

No ejecutados.- Son aquellos bienes binarios, que se encuentran cerrados o sin realizar las funciones para las que fueron creados.

El Software que los genera

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace al software que los genera, en virtud de la naturaleza del bien binario creado y destinados a determinados lectores o visualizadores, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace al software que los genera, en audio, video, texto, imagen, multimedia y operativo.

Cuando se hace referencia a que este tipo de bienes binarios, se destinan a determinados lectores o visualizadores, esto quiere decir, que al ser creados los bienes binarios, en algunos casos y dependiendo del programa que los desarrolla, adquieren un código que solo puede ser leído por determinados sistemas

operativos y/o software, generando en algunos casos una extensión que permite conocer la naturaleza del bien, por ejemplo, un bien binario como lo puede ser un archivo de texto, puede tener dependiendo del programa donde se cree, una extensión .TXT, o un archivo de imagen, una extensión .jpg, .png, .gif, etc.

Audio.- Son aquellos bienes binarios, cuya naturaleza refiere un contenido sonoro, capaz de ser ejecutado por un reproductor digital.

Video.- Son aquellos bienes binarios, cuya naturaleza refiere un contenido visual en secuencia, que representa escenas en movimiento, capaz de ser ejecutado por un reproductor digital.

Texto.- Son aquellos bienes binarios, cuya naturaleza refiere un contenido compuesto de signos, organizado mediante un sistema de escritura y en un determinado lenguaje, capaz de ser visualizado por un software determinado e impreso mediante una configuración previa.

Imágenes.- Son aquellos bienes binarios, cuya naturaleza refiere un contenido visual no secuencial, que representa escena fija y determinada, capaz de ser visualizada por un software determinado e impreso mediante una configuración previa.

Multimedia.- Son aquellos bienes binarios, cuya naturaleza refiere un contenido que agrupa y se integra por audio, video, texto, imagen, pudiendo contener todos ellos o bien combinaciones de estos.

Operativo.- Son aquellos bienes binarios, cuya naturaleza refiere un soporte lógico para el funcionamiento de un sistema operativo u ordenador.

El hardware que los contiene

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace al hardware que los contiene, en virtud del espacio físico que los contiene, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace al hardware que los contiene, en fijos y portátiles.

Fijos.- Son aquellos bienes binarios, contenidos en un espacio físico denominado hardware y/o medio de almacenamiento no extraíble, que no está diseñado para transportarse o trasladarse con facilidad y típicamente permanece en un solo sitio.

Portátiles.- Son aquellos bienes binarios, contenidos en un espacio físico denominado hardware y/o medio de almacenamiento extraíble, que está diseñado para transportarse o trasladarse con facilidad.

Su relación con otros bienes binarios

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su relación con otros bienes, en virtud de que sean o no indispensables para el funcionamiento de otros, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a su relación con otros bienes, en dependientes e independientes.

Dependientes.- Son aquellos bienes binarios, que debido a su constitución, requieren de otros para su funcionamiento.

Independientes.- Son aquellos bienes binarios, que debido a su constitución, pueden funcionar sin la existencia y/o relación con otros.

Su posibilidad de ser copiados

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su posibilidad de ser copiados, en virtud de que existe uno o

varios duplicados exactos de los mismos, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a su posibilidad de ser copiados, en únicos y repetidos.

Únicos.- Son aquellos bienes binarios, que no cuentan con un duplicado exacto, típicamente denominado respaldo.

Repetidos.- Son aquellos bienes binarios, que cuentan con uno o más duplicados exactos, típicamente denominados respaldo, asimismo, éste respaldo, puede ser total, si el bien binario fue duplicado hasta su versión más reciente y puede ser parcial, si el bien binario fue duplicado en una versión menos reciente.

La duración de su existencia

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a la duración de su existencia, en virtud de que hayan sido o no guardados en el espacio que los contiene, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a la duración de su existencia, en temporales y guardados.

Temporales.- Son aquellos bienes binarios, que únicamente existen por un determinado lapso de tiempo y al concluir su uso, desaparece sin quedar almacenado en el espacio donde se creó.

Guardados.- Son aquellos bienes binarios, que después de haber sido creados, quedan almacenados en el espacio donde se creó, para su uso posterior.

Un daño lógico

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a un daño lógico que pudieran sufrir, en virtud de que hayan sido objeto de una alteración o cambio que impidiera su adecuado funcionamiento, por tanto, los bienes binarios, pueden

clasificarse, por cuanto hace a un daño lógico que pudieran sufrir, en recuperables e irrecuperables.

Recuperables.- Son aquellos bienes binarios, que al sufrir algún tipo de daño lógico, pueden ser reparados y volver a funcionar con normalidad.

Irrecuperables.- Son aquellos bienes binarios, que al sufrir algún tipo de daño lógico, no pueden ser reparados o volver a funcionar con normalidad.

Con base en su naturaleza lógica

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su naturaleza lógica, en virtud de que sirvan como soporte primordial para otros que coadyuvan con ellos, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a su naturaleza lógica, en principales y accesorios.

Principales.- Son aquellos bienes binarios, que son primordiales para el funcionamiento de otros que a su vez, son accesorios de dichos primordiales.

Accesorios.- Son aquellos bienes binarios, que son coadyuvantes para el funcionamiento de otros que a su vez, fungen como principales.

Su vigencia

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su vigencia, en virtud de que sean compatibles con el software o espacio virtual más moderno que los pudiera contener o en virtud de contar con las mejoras que surgen como consecuencia del avance tecnológico, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por su vigencia, en actualizados y desactualizados.

Actualizados.- Son aquellos bienes binarios, que son compatibles con el software o espacio virtual más moderno que los contiene y/o que cuentan con las mejoras que surgen como consecuencia del avance tecnológico.

Desactualizados.- Son aquellos bienes binarios, que en virtud de su antigüedad ya no son compatibles con el software o espacio virtual que los contiene y/o no cuentan con las mejoras que surgen como consecuencia del avance tecnológico.

La autorización de su utilización

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a la autorización de su utilización, en virtud de que el desarrollador o propietario de los derechos sobre tales bienes, otorgue o no su consentimiento para que sean usados por terceros, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a la autorización de su utilización, en libres y reservados.

Libres.- Son aquellos bienes binarios, que en virtud del permiso otorgado por quien tiene los derechos sobre los mismos, pueden utilizarse sin más restricciones que las que marca la ley o las condiciones de uso.

Reservados.- Son aquellos bienes binarios, que no pueden utilizarse a menos que sea con la autorización previa de quien tiene los derechos sobre los mismos y en los términos y condiciones que marca la ley para su uso.

Su protección

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su protección, en virtud de los mecanismos lógicos que se empleen para impedir el acceso a los mismos, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a su protección, en encriptables por sí y encriptables por ruta.

Encriptables por sí.- Son aquellos bienes binarios, que al momento de ser creados o posterior a ello, son protegidos de forma lógica para condicionar el acceso a ellos mediante un determinado mecanismo.

Encriptables por ruta.- Son aquellos bienes binarios, que al momento de ser creados o posterior a ello, son colocados en un directorio o espacio virtual específico, el cual a su vez, está protegido de forma lógica para condicionar el acceso a dicho directorio o espacio (mediante un determinado mecanismo) y por ende se condiciona el acceso al bien o bienes binarios albergados.

Su visualización

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su visualización, en virtud de que puedan ser advertidos o no por el usuario, atentos al sistema operativo u ordenador del que se trate, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a su visualización, en ocultos y no ocultos.

Ocultos.- Son aquellos bienes binarios, que no pueden ser advertidos de primera instancia por el usuario, salvo que exista un cambio en la configuración del sistema operativo u ordenador que los contiene.

No ocultos.- Son aquellos bienes binarios, que pueden ser advertidos de primera instancia por el usuario, sin necesidad de que exista un cambio en la configuración del sistema operativo u ordenador que los contiene.

Su composición

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su composición, en virtud de que puedan estar constituidos por uno sólo o por dos o más bienes binarios, por tanto, los bienes

binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a su composición, en homogéneos y heterogéneos.

Homogéneos.- Son aquellos bienes binarios, que se constituyen por sí mismos, sin la intervención de otros en su estructura.

Heterogéneos.- Son aquellos bienes binarios, que se constituyen por dos o más bienes binarios en su estructura.

Su exteriorización

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su exteriorización, en virtud de que pueden materializarse los bits que los constituyen en un material físico, un ejemplo de esto lo sería la impresión en papel de un archivo de texto o bien el grabado de una imagen en tela de un diseño hecho digital previamente.

La restricción de su uso

Los bienes binarios, se clasifican por cuanto hace a su uso, en virtud de que puedan ser utilizados sin restricciones o de forma parcial, por tanto, los bienes binarios, pueden clasificarse, por cuanto hace a su uso, en parcial y total.

Parcial.- Son aquellos bienes binarios, que solo se pueden utilizar de forma restringida y no en su totalidad, pudiendo superar dichas restricciones por cuanto hace a sus funciones y constitución, mediante un procedimiento lógico específico.

Completa.- Son aquellos bienes binarios, que se pueden utilizar en su totalidad y sin restricciones por cuanto hace a sus funciones y constitución.

6. La Prueba Binaria y su desahogo en el Procedimiento Penal Acusatorio.

La prueba binaria, resulta necesaria para poder demostrar la imputación de la comisión de un delito binario, pues la naturaleza de éste tipo de delitos, infiere la utilización de las TIC's, como medios de convicción para fincar responsabilidad, pero como se dijo en líneas anteriores, la prueba binaria, no es exclusiva de procedimientos penales acusatorios y orales, que involucren delitos binarios, sino que se utilizan en asuntos relativos a la comisión de cualquier acto delictivo cuya evidencia, involucre las TIC's.

En esta inteligencia y con independencia de la naturaleza del delito que se pretenda imputar a determinado individuo, la prueba binaria, necesariamente, debe correr a cargo de un perito en materia de informática y/o tecnologías de la información y la comunicación y/o ciencias afines.

Por Prueba Binaria, se entiende todo aquel medio de convicción, derivado de las tecnologías de la información y la comunicación, validado en cuanto a su alcance y valor jurídico, por un perito en la materia y ofertado por las partes intervinientes en un juicio, con la finalidad de acreditar ciertos hechos jurídicos, con el fin de influir en la decisión del juzgador.

Este tipo de pruebas, en el procedimiento penal acusatorio, requiere ciertas características para ser ofertadas adecuadamente en juicio.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que al ser una prueba especializada, debe contar con el respaldo pericial, esto es una persona que tenga los conocimientos necesarios y la experticia suficiente para validar dicha prueba.

Código Nacional de Procedimientos Penales

Artículo 368. Prueba pericial

Podrá ofrecerse la prueba pericial cuando, para el examen de personas, hechos, objetos o circunstancias relevantes para el proceso, fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio.

Artículo 369. Título oficial

Los peritos deberán poseer título oficial en la materia relativa al punto sobre el cual dictaminarán y no tener impedimentos para el ejercicio profesional, siempre que la ciencia, el arte, la técnica o el oficio sobre la que verse la pericia en cuestión esté reglamentada; en caso contrario, deberá designarse a una persona de idoneidad manifiesta y que preferentemente pertenezca a un gremio o agrupación relativa a la actividad sobre la que verse la pericia.

Artículo 371. Declarantes en la audiencia de juicio

El juzgador que presida la audiencia de juicio identificará al perito o testigo, le tomará protesta de conducirse con verdad y le advertirá de las penas que se imponen si se incurre en falsedad de declaraciones.

Durante la audiencia, los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que consten anteriores declaraciones, o de otros documentos que las contengan, y sólo deberá referirse a ésta y a las preguntas realizadas por las partes.

Lo anterior, permite vislumbrar que es necesario en el caso de la prueba pericial, contar con el testigo experto en la materia de que se trate y en el caso de la prueba binaria, puede ser un

ingeniero en sistemas computacionales, un licenciado en informática, un técnico experto o ciencias afines.

Si se pretende ofertar en juicio, por ejemplo, el contenido de un mensaje de celular almacenado en un teléfono celular inteligente, no basta con presentar únicamente el aparato telefónico, y exhibirlo en juicio, sino que se debe presentar al perito que valide dicho contenido digital, su procedencia, autenticidad y alcance y valor probatorio.

En segundo lugar, el oferente de la prueba binaria, debe estar atento a los gastos de producción en juicio, debido a que este tipo de pruebas especializadas, tienen ciertos requerimientos que de no ser aportados por los oferentes, el juez no podrá subsanarlos.

Código Nacional de Procedimientos Penales

Artículo 103. Gastos de producción de prueba
Tratándose de la prueba pericial, el Órgano jurisdiccional ordenará, a petición de parte, la designación de peritos de instituciones públicas, las que estarán obligadas a practicar el peritaje correspondiente, siempre que no exista impedimento material para ello.

Artículo 130. Carga de la prueba La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal.

Como se puede advertir claramente, la pericial corre a cargo de la dirección de servicios periciales de los Estados, pero en caso de que exista un requerimiento para su desahogo en juicio, este deberá ser proporcionado por la parte oferente, atentos a la carga de la prueba.

Artículo 381. Reproducción en medios tecnológicos
En caso de que los datos de prueba o la prueba se encuentren contenidos en medios digitales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y el Órgano jurisdiccional no cuente con los medios necesarios para su reproducción, la parte que los ofrezca los deberá proporcionar o facilitar. Cuando la parte oferente, previo apercibimiento no provea del medio idóneo para su reproducción, no se podrá llevar a cabo el desahogo de la misma.

Así, al tratarse por ejemplo de una publicación en una cuenta de red social, cuyo contenido se presume alberga manifestaciones constitutivas de delito, entonces, el oferente debe mostrar dichas manifestaciones en presencia del juzgador, y para ello, deberá ingresar a la sala de juicio oral, una computadora portátil y un proyector en su caso, para poner de manifiesto el contenido electrónico, en incluso si es necesario validar la dirección IP para establecer la procedencia del mensaje, se deberá proveer de internet, ya sea mediante la solicitud de claves del juzgado para la conexión, o bien utilizar un servicio móvil de internet que pueda ser utilizado en juicio, esto recordando en todo momento, que la prueba en el sistema penal acusatorio, se genera en presencia del juzgador.

Así, las pruebas binarias, tendrán pleno alcance y valor probatorio y generaran en el juzgador la convicción necesaria para orientar su decisión al término del juicio, siempre que hayan sido ofrecidas adecuadamente.

Código Nacional de Procedimientos Penales

Artículo 259. Generalidades

Para efectos del dictado de la sentencia definitiva, sólo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido

desahogadas en la audiencia de juicio, salvo las excepciones previstas en este Código.

Pero el oferente, no puede dejar todo el peso de este tipo de pruebas únicamente en manos del perito, pues se debe tener en cuenta, que el mismo, será sometido a un interrogatorio y contrainterrogatorio, para validar la razón de su dicho y esto a su vez, requiere que el oferente, o la contraparte, cuenten con los conocimientos necesarios para defender o en su caso desestimar dicha prueba binaria y para estos fines, deberán contar con el apoyo del asesor técnico.

Código Nacional de Procedimientos Penales

Artículo 136. Consultores técnicos

Si por las circunstancias del caso, las partes que intervienen en el procedimiento consideran necesaria la asistencia de un consultor en una ciencia, arte o técnica, así lo plantearán al Órgano jurisdiccional. El consultor técnico podrá acompañar en las audiencias a la parte con quien colabora, para apoyarla técnicamente.

Es así, que la prueba binaria y su desahogo, tiene ciertos requerimientos especializados que de no acreditarse en juicio, no tendrá el alcance y valor probatorio necesario para influir en la sentencia.

7. Valoración de la Prueba Binaria, como medio de convicción para emitir sentencia en un Juicio Penal Acusatorio y Oral.

La prueba, debidamente constituida en presencia del juzgador en la etapa procesal correspondiente, puede ser valorada a fin acreditar los hechos que se derivan de procedimiento y servir

de sustento para fundar y motivar la sentencia correspondiente.

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

Artículo 359. Valoración de la prueba

El Tribunal de enjuiciamiento deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En

caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado.

Derivado de lo anterior, se puede advertir claramente que la libre valoración de la prueba, basada en la argumentación jurídica, el razonamiento lógico, la fundamentación y motivación, la libre convicción, la sana crítica y las máximas de la experiencia.

En el caso muy particular de la prueba binaria, ésta debe contar con una valoración muy particular, pues requiere cierto grado de experticia para su perfeccionamiento y en consecuencia para que pueda servir de medio de convicción en el juzgador.

En el procedimiento penal acusatorio, las pruebas tienen tres momentos, primero fungen como datos de prueba, posteriormente como medios de prueba y finalmente se generan en presencia del juez como pruebas.

Pero las pruebas con independencia de los momentos antes referidos, tienen etapas, esto es:

- a) Ofrecimiento
- b) Perfeccionamiento
- c) Preparación
- d) Admisión
- e) Desahogo
- f) Valoración

Estas etapas de la prueba, aunque comúnmente referidas en asuntos de corte civil, en realidad, desde una perspectiva de teoría general del proceso aplican también al procedimiento penal acusatorio y oral.

En el caso de la prueba binaria, ésta debe contar con un perfeccionamiento que valide su alcance y valor probatorio.

Verbigracia, si se ofrece en juicio un correo electrónico que contiene un mensaje amenazador de un remitente desconocido, esta prueba se debe ofrecer no con la simple impresión del correo en copia simple, pues esto carecería de un adecuado avance y valor probatorio, lo que en realidad, se debe hacer, es el día de la audiencia, llevar una computadora (portátil de preferencia), donde se ubique el código fuente y la detestación de la dirección Ip⁴, que valide la procedencia y veracidad del correo electrónico.

Aunado a lo anterior, se debe contar con un perito en la materia, que emita su opinión experta sobre lo expuesto de forma digital al juez y a las partes y después este perito ser sometido a un interrogatorio y contrainterrogatorio a fin de dar validez a la prueba binaria ofertada.

Cabe mencionar que en el caso del Fiscal, éste típicamente utiliza la ayuda en asuntos que involucran las tecnologías, a la policía cibernética, en caso de que exista a nivel estado, de lo contrario, solicita el apoyo a la policía cibernética con sede en el Distrito Federal.

Pero el defensor del imputado, aunque también puede solicitar ese mismo auxilio, a través de la fiscalía, está también en

⁴ Toda computadora conectada a internet (o a cualquier red) posee una identificación única, llamada dirección IP (en inglés, Internet Protocol), compuesta por cuatro combinaciones de números (p.ej. 187.25.14.190). Estos números, llamados octetos, pueden formar más de cuatro billones de direcciones diferentes. Cada uno de los cuatro octetos tiene una finalidad específica. Los dos primeros grupos se refieren generalmente al país y tipo de red (clases). Este número es un identificador único en el mundo: en conjunto con la hora y la fecha, puede ser utilizado, por ejemplo, por las autoridades, para saber el lugar de origen de una conexión.

libertad de ofertar la prueba mediante sus propios medios y peritos.

Si la prueba reúne los requisitos de validación para su ofrecimiento, admisión, desahogo y valoración, tendrá un alcance y valor jurídico pleno que fungirá como medio de convicción para orientar la sentencia.

Conclusiones.

La asesoría y defensa técnica adecuadas, son un derecho humano de la víctima u ofendido del delito y del imputado y este derecho humano se hace extensivo en cuanto a la responsabilidad de garantizarlo no solo al defensor público o privado o al asesor jurídico público o privado, sino también al Fiscal, asimismo, para hablar de una defensa o asesoría técnica adecuadas, con relación al ofrecimiento de la prueba binaria en juicio, esto representa que el oferente, esté preparado para un adecuado desahogo mediante una asesoría del consultor técnico pero además, basado en las tecnologías necesarias para su perfeccionamiento.

El sistema binario informático, es el medio que a través de un código constituido de unos y ceros, permite comunicar al ser humano con los sistemas lógicos computacionales, que son la base de las tecnologías de la información y la comunicación.

El Derecho Binario, es la rama del derecho que se encarga del estudio de las normas que regulan la relación entre los individuos basada en su realidad virtual y de ellos con dicha realidad, así como el estudio de las normas que regulan la conducta de los individuos basada en las nuevas tecnologías e Internet.

El Delincuente Binario, es aquel individuo que comete un acto determinado como delito binario, dotado de conocimientos sobre el uso de las nuevas tecnologías y/o el internet, utilizándolo como un medio o canal, como el objetivo o finalidad y como el soporte o coadyuvante, para la comisión del acto antijurídico, antisocial, típico, culpable y punible, lo cual infiere un mayor grado de temibilidad y por tanto una dificultad mayor para su aprehensión y por ende dichos actos involucran una mayor sanción.

Los bienes binarios, son cosas virtuales constituidas por bits, susceptibles de apropiación y posesión, almacenados en un espacio virtual, al que se tiene acceso mediante las tecnologías de la información y la comunicación, con la característica de ser modificables, (en cuanto a contenido y en cuanto a configuración), dependientes (por software y por hardware), Intellectualmente protegibles, ciberespaciales, lógicamente perpetuos, almacenablemente deteriorables, medibles y valuales.

La prueba binaria, se entiende como todo aquel medio de convicción, derivado de las tecnologías de la información y la comunicación, validado en cuanto a su alcance y valor jurídico, por un perito en la materia y ofertado por las partes intervinientes en un juicio, con la finalidad de acreditar ciertos hechos jurídicos, con el fin de influir en la decisión del juzgador.

El desahogo de la prueba binaria, representa el cumplimiento de ciertos requerimientos especializados que de no acreditarse en juicio, no tendrá el alcance y valor probatorio necesario para influir en la sentencia, tales requerimientos son: El ofrecimiento por medios digitales, el perfeccionamiento mediante perito en la materia y la defensa a través de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio previa asesoría del consultor técnico.

La valoración de la prueba binaria, como medio de convicción para emitir sentencia en un juicio penal acusatorio y oral, corre a cargo del juzgador mediante la libre valoración de la prueba, basada en la argumentación jurídica, el razonamiento lógico, la fundamentación y motivación, la libre convicción, la sana crítica y las máximas de la experiencia.

Bibliografía.

- VÁZQUEZ-AZUARA, Carlos Antonio (2013 a), Propiedad y Posesión de los Bienes Binarios, México, Universidad de Xalapa.
- VÁZQUEZ-AZUARA, Carlos Antonio (2013 b), Sociología Binaria; Análisis de las Redes Sociales desde un enfoque Social y Jurídico, México, Foro Fiscal.
- VÁZQUEZ-AZUARA, Carlos Antonio (2012), Combate a la Delincuencia Cibernética, 2ed., México, Universidad de Xalapa.
- ORIGEN DE LAS PALABRAS (2012), etimología de bit, <http://etimologias.dechile.net/?bit>, consultado el 10 de septiembre de 2012.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA ESPASA-CALPE (2005), definición de binario, <http://www.wordreference.com/definicion/binario>, consultado el 10 de septiembre de 2012.
- INGENIATIC (2011), código binario, <http://ingeniatic.euitt.upm.es/index.php/tecnologias/item/410-c%C3%B3digo-binario>, consultado el 5 de septiembre de 2012.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

CAPÍTULO 2

LOS AGENTES INFILTRADOS Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

**Petra Armenta Ramírez
José Francisco Báez Corona
Juan Manuel TéllezRoa Ruiz**

LOS AGENTES INFILTRADOS Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Petra Armenta Ramírez⁵

José Francisco Báez Corona⁶

Juan Manuel TéllezRoa Ruiz⁷

SUMARIO: 1. Síntesis introductoria, 2. El derecho penal del enemigo y el Estado constitucional de derecho, 3. Los agentes infiltrados, 3.1. Los usuarios simulados, 3.2. Los agentes encubiertos, 4. Marco normativo de los agentes infiltrados en el sistema jurídico mexicano. 4.1. Los agentes encubiertos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, 4.2. Los agentes encubiertos en el Código Nacional de Procedimientos Penales, 4.3. Los agentes encubiertos en la Ley de la Policía Federal y su Reglamento, 5. Acción de inconstitucionalidad 48/2009 contra la Ley de la Policía Federal y los Derechos Humanos, 6. Reflexiones finales. 7. Referencias.

⁵ Doctora en Derecho Público, Perfil PROMEP, perteneciente a cuerpo académico consolidado Redes para el Desarrollo. Cultura, Ciencia y Tecnología en Transdisciplinariedad, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Especialista en temas electorales con obra publicada a nivel Nacional e Internacional.

⁶ Licenciado en Derecho y en Pedagogía, Especialista y Maestro en Docencia Universitaria, Doctor en Derecho Público graduado con honores, actualmente es investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana y Coordina el Doctorado en Derecho de dicha entidad, es miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT , nivel 1.

⁷ Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana con Mención Honorífica, Maestro en Derecho Constitucional y Juicio de Amparo por la Universidad de Xalapa con Mención Honorífica, actualmente se desempeña como Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana impartiendo las experiencias educativas de Metodología de la Investigación Jurídica, Derecho Romano e Instituciones de Derecho Privado Romano.

Palabras clave: Agentes infiltrados, Derechos humanos, usuarios simulados, agentes encubiertos.

1. Síntesis introductoria

El respeto y promoción a los derechos humanos es un principio de justicia fundamental en los Estados Democráticos de Derecho; no obstante, es un principio que en ocasiones puede encontrarse en una aparente contradicción con algunas figuras que se justifican en el mismo principio de justicia o en otros como el de seguridad jurídica o bien público, tal es el caso del denominado “derecho penal del enemigo”.

Para este trabajo en particular se analiza la figura de los “agentes infiltrados” como elementos que en la justificación de investigar ofensas importantes a la seguridad y la población, pueden inmiscuirse en las entrañas del fenómeno delictivo, volverse en cierta forma, parte de él, lo cual pone en seriamente en crisis derechos como la privacidad, presunción de inocencia, debido proceso o inclusive la propia seguridad, ya que el agente debe inmiscuirse en la organización presuntamente delictiva inclusive mediante la realización o simulación de actividades ilícitas.

¿Cuáles son las bases teóricas y fundamentos racionales de ésta figura?, ¿Cómo se encuentra regulada en el sistema jurídico mexicano? ¿Cuáles son las implicaciones que puede tener respecto de los derechos humanos? son las preguntas que guían el desarrollo de los siguientes apartados.

2. El derecho penal del enemigo y el Estado constitucional de derecho

El derecho penal del enemigo fue gestado en el pensamiento de Günther Jakobs y Manuel Cancio (2003), pues desde su

perspectiva era evidente que conforme avanzaba la sociedad de modo paralelo evolucionaban sus riesgos. Surgiendo dos tipos o clases de derechos penales: Del enemigo (*Feindstrafrecht*) y del ciudadano (*Bürgerstrafrecht*). El “enemigo” es aquella persona que actuando de manera individual o como parte de una organización convierte la afectación de los derechos humanos en su *modus vivendi*, lo manifiesta en conductas reiteradas, opera con profesionalidad en su actuar delictivo y puede formar parte de las filas de las organizaciones delictivas. Ante éste panorama el derecho penal del enemigo sostiene que es necesario crear un ordenamiento jurídico especial.

Es característico del derecho penal del enemigo ser agresivo y violento, pero además, en opinión de Eugenio Zaffaroni y otros (2005) en vez de perseguir el acto delictivo, es un derecho que persigue al autor de delito o posible delito, es decir se amplía la protección temporal del derecho penal de lo que ya aconteció a lo que puede pasar. Otro rasgo es el aumento de las sanciones penales; el cambio radical de una legislación jurídico-penal a una legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales (Jakobs y Cancio, 2003).

La vulneración de derechos humanos y sus garantías implican la afectación tanto a derecho fundamentales sustantivos como aquellos que se relacionan con el proceso y en ese sentido las últimas se vinculan con el correcto funcionamiento por parte de los poderes públicos que intervienen en los procesos jurisdiccionales. Rolín Sánchez expone y hace el sólido el argumento expuesto de manera clara y concreta, sobre lo referente al derecho penal del enemigo al definirlo como:

... un derecho de emergencia, en la que la sociedad ante la situación excepcional de conflicto creada, renuncia a sus garantías personales. Estas características del derecho material punitivo

también se trasladan al Derecho Procesal y se hacen visibles ante determinados imputados ‘peligrosos’ mediante institutos como la prisión preventiva, la incomunicación, las intervenciones telefónicas, los investigadores encubiertos (2007: 12).

He aquí la presentación perfecta para la institución que será la protagonista en el análisis a efectuarse: los investigadores encubiertos, como los denomina el citado autor o para éste trabajo agentes infiltrados. El análisis resulta particularmente interesante considerando el contraste que implica esta medida que el Estado mexicano generó a raíz de una lucha o “guerra” contra el narcotráfico iniciada aproximadamente en el año 2006 en el que se desplegaron fuerzas armadas; aumentaron en las sanciones penales de los delitos vinculados con la delincuencia organizada; se implementó de la extinción de dominio y los agentes infiltrados, como medidas propias del derecho penal del enemigo, lo cual contrasta con la reforma constitucional de 2011 en materia de Derechos Humanos.

Antes de finalizar sobre éste punto cabe señalar que existe una posibilidad en la que comulguen tanto el Estado constitucional de derecho con el derecho penal del enemigo, en la cual éste último se encuentre claramente delimitado (Jakobs y Cancio, 2003). Pero la realidad es que el derecho penal del enemigo detrás de sí, como causa de su actuar, se hayan intereses políticos, los cuales lo harían constantemente maleable atendiendo al contexto político en el que se encuentre (la ideología del partido dominante, tendencias globales, etc), por tanto se debe optar por la primacía de la Constitución y el estado democrático de derechos humanos, sin descuidar la búsqueda de la seguridad pública pues ésta es un derecho contenido en aquella, sólo que no puede reñir con otras disposiciones constitucionales, todo debe ser coherente, basta citar a Juventino Castro:

...la necesidad de determinaciones rápidas, el gran campo de la administración pública que está a su cargo, la falta de controles políticos o bien jurisdiccionales, motivan que con frecuencia se produzca en esos ejecutivos, en sus colaboradores y en sus auxiliares la posibilidad de arbitrariedad... (2002: 319).

3. Los agentes infiltrados

Esta figura es utilizada actualmente en el combate al crimen organizado, pero no es nada nuevo, Sun Tzu (1993) en “El arte de la guerra” desde hace más de dos milenios había establecido la necesidad, que para obtener información del enemigo era indispensable que alguien la proporcionara, particularmente cuando de fines bélicos se trata.

Propiamente como instrumento policial surge en el siglo XX en Estados Unidos de Norteamérica, operando de la siguiente manera: los “policías”, llevaban a cabo actos para prevenir el delito, consistía en situar ciertos objetos en lugares estratégicos, atendiendo a la gran cantidad de personas que pasaban por ese lugar o el índice delincuencia de esa zona. Mientras que los agentes policiales vestidos de “civil”, observaban el objeto que era una trampa o señuelo. Cuando una persona tomaba el bien los agentes intervenían. Se buscaba controlar las conductas de las personas con tendencia a delinquir (Mejía y otros, 2008). Los agentes infiltrados reciben varios nombres, la doctrina los conoce como clandestinos, al respecto a éste término Jorge Rivero brinda una definición:

Serán agentes clandestinos aquellos que se encuentran en las entrañas del monstruo, es decir, realizando investigaciones en la dinámica delictiva, ya sea dentro de una organización criminal o en un medio social en el

que fácilmente puedan contactar a otras personas que tengan intenciones de delinquir. Los hay infiltrados o encubiertos y provocadores (2009: 263).

Uno de los puntos delicados con el auxilio de los agentes infiltrados es la posibilidad de que en cualquier momento el agente policial puede ser “desechado”, lo cual prácticamente se traduce en una sentencia de muerte, además del truncamiento de la investigación policial y el blindaje por parte de los grupos delictivos para evitar la entrada de más “parásitos” a su sistema.

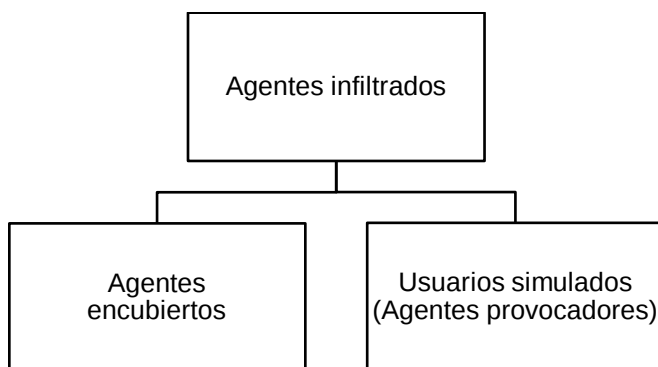
Boris Barrios señala una definición muy similar a la anterior sobre las operaciones encubiertas al indicar que éstas “... son una técnica de investigación penal, que permite penetrar, de afuera hacia adentro, en una organización que se presume dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, a través de la infiltración de un agente, con la finalidad de obtener información para identificar a los miembros de la organización y desarticularla” (1999:8). El anterior autor panameño esbozó tal definición hace aproximadamente 15 años, lo que refleja que México se encuentra en el desarrollo de ésta figura en el aspecto doctrinario y jurisdiccional. Aunque el término clandestino encierra el significante de ser ilegal, lo cual resulta polémico pues, estos agentes operan bajo el amparo de la Ley (no de la Constitución) por lo que se opta el término de infiltrado como lo señaló Jorge Rivero en las primeras líneas de su definición, el agente estará inmerso en el fenómeno delincencial.

Antes de continuar cabe aclarar que los denominados “madrinas” o informantes no son agentes infiltrados, ya que no forman parte de las instituciones estatales, específicamente de la policía; en adición, la función de informar, que es su función principal, puede apoyar contra la delincuencia, pero siempre

buscan recibir una contraprestación de tipo material o de cualquier otro tipo por ese “apoyo” (De la Cruz, 2008).

Dentro de los agentes infiltrados es posible definir dos especies, la primera se denomina encubierto; mientras que la otra doctrinariamente se le identifica como provocador o atendiendo a la Ley de la policía federal (LPF) y su Reglamento, usuarios simulados, lo cual se ilustra en el esquema 1, para a posteriormente abundar en la explicación de dichas especies.

Esquema 1: Clasificación de los agentes infiltrados.



Elaboración propia.

3.1. Los usuarios simulados

La figura de los usuarios simulados o agentes provocadores encontraba su fundamento en el derogado Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) en su artículo 180 bis, el cual establecía que:

... en los delitos de narcomenudeo y para fines de investigación, el titular del Ministerio Público de la Federación podrá autorizar que agentes de la policía bajo su conducción y mando compren, adquieran o reciban la transmisión material de algún narcótico para lograr la detención del probable responsable del comercio o suministro de narcóticos o de la posesión de los mismos con dichos fines y el aseguramiento correspondiente (Rivero, 2009: 266).

A partir de la definición expuesta, es posible ejemplificar a los agentes provocadores/usuarios simulados como aquellos personajes que aparentan ser vendedores o compradores de drogas, con la intención de arrestar a aquel sujeto que se acerque en busca de las sustancias ilegales o viceversa.

Actualmente se debe cotejar este artículo con lo que dispone el nuevo código Nacional de Procedimientos Penales CNPP en su artículo 251 a señalar las “entregas vigiladas” la cuales implican la misma técnica policial del agente provocador/usuario simulado, con otro nombre.

Las entregas vigiladas hacen referencia a una actividad policiaca consistente en que los agentes pueden: adquirir, tener posesión, transportar, entregar sustancias, y plantas clasificadas como estupefacientes, sustancias utilizadas para la fabricación ilícita de productos estupefacientes y materiales que sirvan para dicha fabricación. De igual modo pueden poner a disposición a las personas que cometan las infracciones. PGR. (S/A).

Los usuarios simulados o en el operativo que los utiliza tienen precisamente el propósito de prevenir el delito, a través de que el agente policial se presente en lugares previamente señalados para solicitar algún trámite o servicio como si se tratara de

cualquier ciudadano con el objeto de evitar o, en su caso, advertir actos delictivos.

Una crítica a este agente, desde la perspectiva de organizaciones de los Derechos Humanos consiste en que debería de prevenir los delitos en personas con disponibilidad para delinquir (pre delinquentes) y ponerlos al resguardo de la justicia para lograr su rehabilitación o bien atrapar a delinquentes consuetudinarios, como lo indicó Sergio Aguirre Anguiano al discutir la acción de inconstitucionalidad 48/2009, precisamente sobre la LPF y el uso de las operaciones encubiertas y de usuarios simulados evitando el riesgo que manifiesta Rivero "... es preciso que el agente actúe para poner en manifiesto que el sujeto, por ejemplo, ya se encuentra dedicado al tráfico de drogas, no para provocar infracciones por parte de un individuo que no estaba dedicado a ese tráfico" (2009: 266).

En la perspectiva de los Derechos Humanos, el sistema jurídico debe prever que los agentes provocadores/usuarios simulados actúen ya sea como ciudadanos en busca de un servicio relacionado con la delincuencia organizada o incluso que lo ofrezcan como un mecanismo policial especial y deben utilizarse en ese sentido, tutelando los bienes jurídicos más importantes de la sociedad.

Por el modo en el que lleva a cabo la función que realiza es posible que un extenso equipo policiaco se encuentre oculto si la situación se saliera de control, por lo cual en éste tipo de agentes existe mayor previsibilidad de los acontecimientos futuros que con un agente encubierto, en el cual resultaría muy difícil que un equipo se encuentre siguiendo en todo momento al agente. Por demás podría existir el uso de tecnologías que respaldaran que la actuación del usuario simulado no vulneró derechos humanos, que aunque también pueden hacerse presentes con los encubiertos la realidad es que los mismos

grupos delincuenciales sabedores de ésta situación pudieran inutilizar las mismas y resulta riesgoso su uso por el agente.

Alrededor de éstos agentes provocadores se ha desarrollado una teoría, propiamente en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América denominada *entrapment defense*, la cual señala cuando la provocación del agente es válida y cuando el origen de la conducta delictiva no se encuentra en el agente, siendo éste un mero acelador, Mejía y otros (2008) manifiestan su punto de vista sobre el término anterior:

... versa sobre la legalidad de la actividad desarrollada por el agente tomando en consideración que el origen de la intención delictiva se encuentra en la intervención del agente provocador y si existe en el provocado una predisposición para delinquir; es decir que a partir de esta doctrina se hace un estudio minucioso del caso, en el cual actúa un agente encubierto, para comprobar si existió coacción o violencia para que el provocado cometiera el delito y si este se encontraba predispuesto a cometerlo, valiéndose en éste caso el policía, de un engaño o trampa con el sólo objeto de poner de manifiesto la comisión del ilícito, que no se hubiera dado sin su intervención. En éste caso la prueba aportada por el agente encubierto era sometida a la regla de exclusión. Por otro lado cuando, no obstante hay una incitación a delinquir, la decisión última de realizar la conducta delictiva queda reservada a la entera voluntad del investigado, reconoce la doctrina que en este caso no hay violación a los derechos fundamentales y por consiguiente la declaración rendida por el agente cumple con los visos de legalidad (2008: 15).

Es decir, partiendo de lo anterior el agente es sólo un acelerador de la conducta delictiva que de todos modos iba a cometerse (Rivero, 2008), por ello se critica el nombre de provocador el cual indica que el agente es quien da marcha a la materialización de la acción delictiva desde el origen, lo cual no debe ocurrir, no se incita al delito desde el inicio; esto ocurre en todo caso para finalizar la acción delictiva.

Un ejemplo: un agente de la policía actúa como un vendedor de armas de uso exclusivo del ejército. Una persona desea comprar una, aquí el elemento volitivo surge de la persona, el agente no ha intervenido aún. Ésta persona se dirige donde el agente para adquirir el arma, el usuarios simulado ofrece la mercancía con el objetivo de que se la compre. Puede persuadir para que se lleve a cabo tal acción y a continuación surgen a consideración del autor de la investigación 3 posibilidades:

1. La persona compra el arma, el agente policial lo detiene.
2. La persona se retira, únicamente se configura una tentativa por comprar esa clase de armas.
3. El agente coacciona por medio de la violencia o el engaño para que adquiera el arma, en ésta última hipótesis existe una violación de derechos fundamentales desarrollada en esa doctrina, por lo cual la prueba testimonial ofrecida en el proceso jurisdiccional, será ilícita. Por eso el uso de las tecnologías en éste tipo de operaciones es de vital importancia para tener un reflejo de cómo se llevó a cabo la operación.

Saber cuándo un agente en un operativo de usuario simulado actuó sin vulnerar derechos fundamentales, varía según el caso, por lo cual las autoridades policiales deben actuar con respeto a los derechos humanos contemplados en el orden constitucional, analizando el caso concreto y si de dicha tarea se desprende que existió vulnerabilidad a los derechos

humanos, no debe ofrecerse ante el M.P. y en consecuencia ante el órgano jurisdiccional, las instituciones en general no tienen como propósito el buscar resultados de carácter político sino cumplir con su función constitucional y todo lo emanado de ella.

Sin embargo en el caso de España, la Jurisprudencia del Tribunal supremo indica cuales son los márgenes de legalidad en la actuación del agente infiltrado afirmando la licitud de la misma siempre y cuando no se caiga o genere una provocación para delinquir y no haya una transgresión hacia los derechos fundamentales de las personas. Pero si la actuación por parte del agente en consecuencia provoca el delito que se encuentra investigado y ésta provocación surge antes de la comisión del delito, se actualiza una figura ilegítima a consideración del Tribunal supremo español: la del agente provocador (Redondo, 2008).

El anterior autor precisa que se debe distinguir entre dos tipos de delitos: Provocado y el comprobado. En éste último se refiere a la actividad propia del agente encubierto el cual busca descubrir delitos pero ya consumados y su objetivo es el recoger los indicios y evidencias en general información que en el proceso se constituirán en pruebas relacionadas con la actividad ilícita. Cuando se está en presencia del delito provocado, existe una interferencia con la voluntad del delincuente, no se da en el acusado una decisión libre de cometer un acto ilícito. Sin embargo en México poco se ha teorizado sobre dicha distinción.

3.2. Los agentes encubiertos

Arturo Redondo (2008) indica que hay un choque de intereses, por un lado el derecho a la intimidad, relacionando estrechamente con la dignidad humana, ya por ejemplo, el

Tribunal Europeo de Derecho Humanos, señaló que en ciertos casos que la actividad del agente infiltrado se puede invadir lícitamente la intimidad de la persona que se encuentra investigando, ya que en el otro extremo se encuentra la seguridad pública de la sociedad, ante esta ponderación, el agente encubierto puede introducirse, es decir infiltrarse, en el círculo íntimo del delincuente(s).

El jurista argentino Carlos Edwards, como detractor de la infiltración de agentes policiales en grupos delictivos (en su caso se refiere exclusivamente a la drogas) en su momento se pronunció y es que existe en su opinión una "... evidencia que el Estado se vale de un medio inhumano para la represión del delito, ya que el agente encubierto utilizará la mentira y la traición, como medio para descubrir los delitos y desarticular a la organización" (1996: 54). Por demás realiza una reflexión muy importante que se relaciona con la licitud de las pruebas que recaba el encubierto al señalar que:

... en el marco de la actividad de las operaciones encubiertas, el agente encubierto puede llegar a cometer delitos en ejercicio de su función, y como consecuencia de las actividades delictivas de la organización de narcotráfico, o incluso para ganar la confianza de los integrantes de la misma; esto nos lleva a la consideración cierta de que el Estado, a través del agente encubierto, estaría delinquir; se combate así, el delito con otro delito, poniéndose al mismo nivel de los delincuentes (1996: 54).

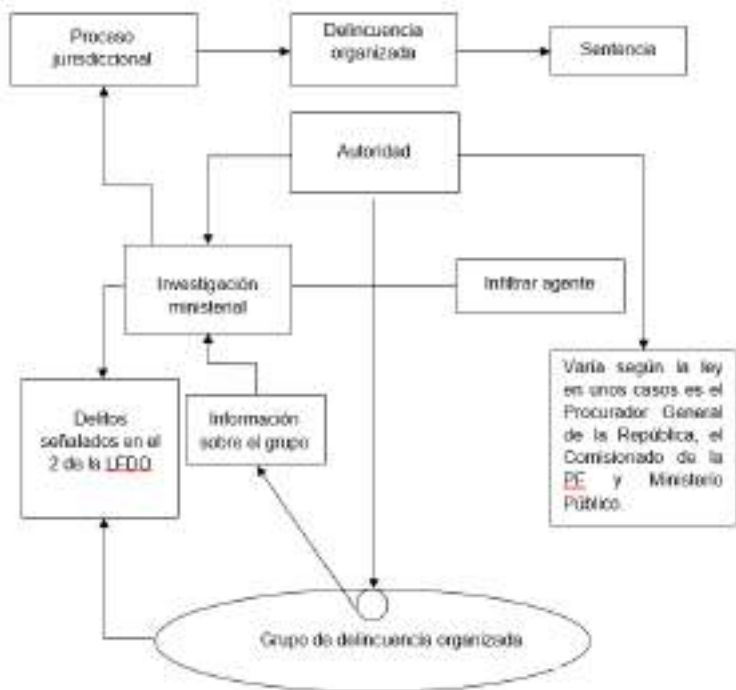
Barrios, precisa que "... el agente encubierto es una actividad extraña y por lo menos forzada que repugna en nuestro sistema constitucional de garantías que sólo puede ser asimilada con reservas" (1999: 10); Sin embargo, esta es sólo una cara de la moneda, pues existen doctrinarios que apoyan la medida por considerarla eficaz en el combate contra la

delincuencia organizada, aunque no necesariamente implique que se respeten derechos humanos, la cuestión medular es revisar si en la realidad y no sólo en el texto jurídico se hacen efectivas dichas reservas.

Antes de proseguir, es pertinente manifestar que la delincuencia organizada evoluciona, su estructura horizontal (a manera de red) dificulta la captura de los líderes, además de otras dificultades como la diversificación de actividades y el modo en el que operan que se presentan en la nueva delincuencia organizada (Granadillo, 2006). Por ello, la intención de utilizar los agentes encubiertos con el propósito esencial de conocer cómo se conforman dichos grupos delictivos, la manera en la que llevan a cabo todas sus actividades, en donde e incluso investigar a las personas colectivas o morales vinculadas con la delincuencia organizada.

A partir de lo anterior, la figura se puede definir como aquellos agentes que se adentran en un grupo de delincuencia organizada, con el objetivo del conocerlos internamente y recabar información que permita así la captura de sus integrantes y disolución, es decir prevenir delitos futuros. La siguiente grafica permite visualizar la función del agente encubierto.

Esquema 2: Actividad de los agentes encubiertos, objetivos y su relación con la investigación ministerial.



Elaboración propia.

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

En complemento a lo anterior, la tabla 1, muestra las diversas disposiciones jurídicas que regulan a los agentes encubiertos con el propósito de llevar a cabo un análisis detallado de la figura.

Tabla 1: Los agentes infiltrados en los ordenamientos del sistema jurídico mexicano.

Disposición Jurídica	Publicación y/o adición respecto a la figura de agentes infiltrados (genero)	Artículos que regulan a los agentes infiltrados	Tipo de agentes
Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO).	7 de noviembre de 1996 (P) y 23 de enero de 2009 (A).	11 y 11 bis (adición).	Encubierto.
Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP).	20 de agosto de 2009 (A). DEROGADO.	180 bis (adición).	Provocador.
Código Nacional de Procedimiento Penales (CNPP)	5 de marzo de 2014 (P)	251.	Ambos.

Ley de la Policía Federal (LPF)	1 de junio de 2009 (P).	8, fr. VII y 10, fr. XII.	Ambos.
Reglamento de la Ley de la Policía Federal (RLPF)	17 de mayo de 2010 (P).	6, fr. IX, 11, fr. XXXVI, XXXVII, XXXVIII, 15, fr. XIX, 19, fr. XIV, XXVI, 22, fr. I, II, III, IV, VI, XIII, XV, 25, fr. XII, 31, fr. VI, 50, fr. III, IV, V, 52, fr. I, II, III, 64, fr. VI, 65, fr. XVI, 77, fr. X, 80, fr. VI, IX, 81, fr. XVIII, 82, VIII, 98, fr. IV, 104, fr. III, 207, 209 a 218.	Ambos.

Elaboración propia.

4. Marco normativo de los agentes infiltrados en el sistema jurídico mexicano.

4.1. Los agentes encubiertos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

Se podría decir que estos agentes son recientes en México a comparación de otros países, al menos en su regulación oficial, la primera regulación legal de los mismos se encuentra en la LFDO en los s 11 y 11 bis, este último adicionado en el año dos mil nueve, obedeciendo a los hechos de gran y preocupante violencia relacionados con la actividad de la delincuencia organizada; la cual es definida en el artículo 16, párrafo 9 de la CPEUM: “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.

Es así como fue necesario implementar medidas para combatir tal situación no sólo en este ordenamiento jurídico sino en otros más. Sin embargo, pareciera que todo es un ciclo pues cuando se expidió la LFDO en el año de mil novecientos noventa y siete, el Estado mexicano vivía una situación similar de “peligro” por lo grupos delictivos, sólo hay que recordar los enfrentamientos entre los diversos Carteles de Juárez, Sinaloa, Tijuana, etc.

El artículo 11 de la citada Ley, faculta al titular de la Procuraduría General de la República, que con la reforma constitucional en materia política se convertiría en Fiscalía General de la República, a que se utilice la figura de agentes infiltrados cuando se trate de delitos vinculados con la delincuencia organizada con el propósito de conocer al ente (grupo delictivo que los cometió).

Edwin Duarte-Delgado (2008) indica la negativa que existe para que los agentes encubiertos cometan actos delictivos, simplemente no debe de suceder; por su parte Jorge Rivero (2009) comparte este punto de vista sobre la legalidad en las actuaciones, sólo que es más realista y señala que ésta situación es muy difícil al suscitarse en el seno delincriminal.

A partir de la realidad en contraposición al aspecto jurídico surgen ciertas interrogantes, por ejemplo: la situación jurídica del agente (la cuestión de su culpabilidad respecto de los delitos que pudo cometer), la continuidad de la investigación y en el eje central de la investigación; la validez de las pruebas en el proceso mismas que fueron recabadas por el agente encubierto en la operación, pues se trata de una disposición de carácter constitucional, que en la actividad delictiva en la que se encuentra inmerso resultaría muy difícil que no cometiera actos violatorios de derechos fundamentales por los cuales obtuviera información .

En cuanto el artículo 11 bis, amplía la participación a otra autoridad al tratarse de infiltrar agentes, pero su función se vincula con el aspecto operativo de este agente e incluso con la reserva de la identidad. El titular de la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO) que en el dos mil doce cambio su nombre a Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada (SEIDO) es quien interviene con ese propósito.

La reserva no sólo aplica para agentes infiltrados sino para los agentes policiales que participen en la ejecución de órdenes de aprehensión, detenciones en flagrancia y cateos relacionados con los delitos señalados en el artículo 2 de la LFDO. A través de una resolución la cual debe estar fundada y señalando el tipo de investigación, la peligrosidad que representa, deberá de omitirse los datos del agente en la carpeta de investigación (el

texto original señala averiguación previa) con el objetivo de que no sea identificado.

Una clave numérica será el modo de identificar al agente y nuevamente surgen observaciones interesantes, pues se indica que el Procurador General conocerá dicha clave, el Titular de la SEIDO, el Secretario de Seguridad Pública, pero ésta ya se encuentra extinta y el cuestionamiento versa sobre qué autoridad la sustituye: la Comisión Nacional de Seguridad Pública (CNSP) o el Sistema Nacional de Seguridad Pública (SNSP), o simplemente se omite esa autoridad, pero mientras no exista disposición expresa, sólo es especulación la cual es contraria a la seguridad jurídica. Por último y es obvio quien debe de conocer de la clave es el propio agente.

En la carpeta de investigación, cuando se ejerce la acción penal, durante el proceso penal, la clave numérica es la que deberá aparecer mediante la citación que realice el Ministerio Público y la autoridad judicial ante la cual se ventile el asunto. Si fuera necesario que el agente de la policía infiltrado deba intervenir personalmente en diligencias de desahogo de pruebas, se podrá utilizar cualquier modo o procedimiento en el que se proteja identidad reservada del agente.

En el caso de México a diferencia de otros países, como se observó opera bajo la autorización del procurador, sin embargo puede autorizarse la infiltración por medio de un juez y operan los mismos supuestos sobre la protección de la identidad, es decir cuando el agente deba testificar lo hará pero manteniendo. Requisito que en la realidad se antoja muy difícil pues es sabido que la delincuencia organizada se ha infiltrado hasta lo más profundo de la administración pública o en otros casos la violencia sobre los funcionarios que pudieran conocer los datos del agente encubierto se hará presente con el fin de conocer los verdaderos datos.

En España, la Ley de enjuiciamiento criminal en su artículo 282, nuevamente se aprecia la tendencia del derecho penal del enemigo; la protección extrema de valores a través de medios extraordinarios, señala que tratándose de delitos especialmente graves (terrorismo, narcotráfico y criminalidad organizada), es posible la infiltración, y sólo podrá emplearse cuando el esclarecimiento y conocimiento de las actividades ilícitas resulte imposible o muy difícil por otros medios de investigación, es decir se refiere a un principio de proporcionalidad.

Éste principio de proporcionalidad en la LFDO no se aprecia, es decir no se requiere la dificultad para obtener datos de los grupos delincuenciales sino que es empleado como un medio normal en la investigación, lo cual rompe con su característica de extraordinario o especial, que en el caso de España a pesar de del uso de ése instrumento tiende a ser utilizado sólo en casos de particular dificultad. Aclarando que la cuestión es que en la realidad, el uso de estos agentes obedece a muchos factores como lo señaló y fue citado anteriormente Juventino Castro. Intereses que se reflejan en una especie de mercadotecnia política; consistente en que la administración manejada por un determinado partido político es eficaz en materia de seguridad y las fallas en el sistema jurídico produzcan una vulneración no sólo en el aspecto legal sino constitucional lo cual es aún más grave.

4.2. Los agentes encubiertos en el Código Nacional de Procedimientos Penales

El CFPP preveía una regulación más detallada en comparación al CNPP, aunque el primero desarrollaba la figura de los agentes provocadores mientras que el nuevo ordenamiento jurídico pareciera que regula ambos al introducir el término entregas vigiladas como se observó. El CNPP únicamente

señala en su artículo 251 que no se requiere de autorización por parte del Juez de control en determinados actos de investigación entre los cuales aparecen en la fracción IX las entregas vigiladas y las operaciones encubiertas, en el marco de una investigación y en los términos que establezcan los protocolos emitidos para tal efecto por el Procurador o basándose en la reforma constitucional en el fiscal.

Como primera observación no se definen los términos de entregas vigiladas u operaciones encubiertas, lo cual implica un riesgo en la comisión de arbitrariedades al contar la autoridad federal o estatal con la facultad de uso de ésta técnica de investigación, misma que no se encuentra debidamente delimitada por la norma jurídica.

Asimismo, de la lectura se aprecia la falta expresa de señalar que autoridad tiene la facultad legal de autorizar las operaciones encubiertas, es decir si no se necesita la autorización del Juez de control (la Constitución federal en su numeral 16, párrafo catorce señala que esa es su función: controlar ciertas técnicas de investigación de la autoridad, etc), pero es lógico pensar quien lleve a cabo la autorización de las operaciones encubiertas sea el Ministerio Público (M.P.), pero nada debe de quedar al sentido común debe fundarse expresamente en el derecho, pues podría darse que incluso las agencias de investigaciones policiales (No confundir con M.P.) por sí mismas lleven a cabo esas operaciones.

La cuestión es que al ser un Código Nacional, la disposición legal abordada hace extensiva a que los Ministerios Públicos o fiscales de las entidades federativas utilicen a los agentes, contrariando una de las características de los agentes encubiertos y es su uso ante casos extremos, sin olvidar por demás que en las entidades federativas se carecen de ordenamientos que regulen las operaciones con agentes encubiertos.

4.3. Los agentes encubiertos en la Ley de la Policía Federal y su Reglamento

De todos los ordenamientos jurídicos que contemplan dentro de su contenido a la figura de los agentes encubiertos, es la LPF en conjugación con su Reglamento son las cuales abordan con mayor detalle esta institución de investigación policial. Estas disposiciones jurídicas como se plasmó en la tabla 1 regulan tanto a los agentes encubiertos (RLPF artículo 211, fracción I) y a los provocadores/usuarios simulados (RLPF artículo 217).

La LPF estipula en su artículo 8, fracción 7º que la infiltración así como operaciones con usuarios simulados es una facultad que goza la policía federal, dejando todo el peso a la regulación de éstas figuras al Reglamento. El artículo 10 en su fracción doce señala que el Comisionado General es quien autorizara las operaciones tanto de infiltración como de usuarios simulados, pero al igual como se analizó en su momento con la LFDO, aparece un inconveniente porque el Comisionado necesita previo acuerdo con el Secretario de Seguridad Pública Federal, aplica lo mismo que se precisó, que autoridad sustituirá al titular de la ya extinta secretaría. Aparte de lo arriba indicado, otras autoridades pertenecientes a la policía federal intervienen en tales operaciones, en la LPF se indica la Unidad de asuntos internos (Artículo 31), pero el Reglamento señala a otras como lo son:

1. División de inteligencia (DInt) - Artículo 11, XXXVI, XXXVII y XXXVIII,
2. División de investigación (DInv) - Artículo 12, XV,
3. División científica (DC) - Artículo 15, XV y XIX,
4. División antidrogas (DA) - Artículo 16, XV,
5. Asuntos internos (AI) Artículo 19, II y XIV),

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

6. Coordinación de operaciones encubiertas (COE) - Artículo 22,
7. Coordinación de Investigación de Campo (CIC) - Artículo 25, XII,
8. Coordinación para la Prevención de Delitos Electrónicos (CPDE) - Artículo 27, XII),
9. Coordinación de Investigación de Campo y Técnica Antidrogas (CICTA) - Artículo 31, VI y XV,
10. Coordinación de Investigación de Recursos de Procedencia Ilícita (CIRPI) - Artículo 32, VIII,
11. Dirección General de Operaciones e Infiltración (DGOI) - Artículo 50,
12. Dirección General de Supervisión y Vigilancia (DGSV) - Artículo 52, I, II y III,
13. Dirección General de Apoyo Táctico (DGAT) - Artículo 64, VI,
14. Dirección General de Operación Técnica Antidrogas (DGOTA) - Artículo 77, X,
15. Dirección General de Análisis Táctico de Delitos Contra el Sistema Financiero (DGATDSF) - Artículo 80, VI y IX,
16. Dirección General de Inteligencia Financiera para la Prevención (DGIFP) - Artículo 81, XVIII),
17. Dirección General de Prevención de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (DGPORPI) - Artículo 82, VIII,
18. Dirección General de Vigilancia y Supervisión Interna (DGVSI) - Artículo 104, III).

Por la gran cantidad de direcciones, coordinaciones y otras pertenecientes a la política federal pareciera que existe una duplicidad de funciones innecesaria que en vez de otorgar seguridad a la operación en la que intervienen ya sea agentes encubiertos o provocadores/usuarios simulados, asemejara a un colador en el cual puede existir fuga de información y de éste modo ponga en peligro la operación y la vida del agente.

Por otro lado, es propiamente en el artículo 207 del RLPF donde se establecen las características propias de los agentes infiltrados en el capítulo denominado de la técnicas especiales, la cuales tienen como propósito prevenir el delito mediante la recopilación de información sobre cómo operan, así como la composición de los grupos delictivos y quien los combatirá será el M.P., la policía federal se encontrara bajo la conducción y mando del M.P.

Pero hay un problema y es que no señala el citado artículo que deberá perseguir delitos graves, indica toda actividad delictiva, lo cual pareciera quitarle el carácter de extraordinario. El artículo 208 en su última fracción (VI) se aprecia el principio de mínima intervención, al referirse que la investigación al tener como objetivo la prevención de delitos.

Debe obedecer al carácter de *última ratio* es decir última razón o argumento, superior a todos (a otras técnicas de investigación) para la tutela de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves. Al analizarse el numeral 207 con el 208 pareciera existir un conflicto, pero como resultado de la nueva dimensión de derechos humanos, es el último precepto quien tiene mayor peso, debiéndose utilizar en casos extremos las operaciones encubiertas en esa misma línea se encuentra la LFDO a diferencia del CNPP.

Sólo que éste último a diferencia de las anteriores tiene una mayor repercusión que las dos primeras; por su alcance en la vida diaria, la deficiencia de los operadores jurídicos encargados de su aplicación omitirían la protección a los derechos humanos en pro de la investigación, de éste modo es preocupante la falta de regulación de la figura de los agentes encubiertos en el CNPP. Otros principios rectores que se encuentran en el artículo 208 se exponen en la siguiente tabla.

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

Tabla 2: Crítica a los principios rectores de los agentes encubiertos.

Principio	Contenido	Crítica
Legalidad	La investigación preventiva se desarrollará en los términos y condiciones que establezcan las disposiciones legales aplicables.	En cuanto a la autorización de la operación encubierta es viable y obvio que se regirá por la Ley. Sin embargo, llevar a cabo la operación en la realidad dista mucho del control de la Ley, el agente encubierto se convierte en una pieza más de los grupos delictivos, teniendo que actuar como tal para preservar la investigación y su vida, con implicaciones para los derechos humanos.
Necesidad	Se ordena la práctica de la técnica especial cuando exista la probabilidad de que, utilizando en sistema ordinario de investigación no se logrará la obtención de la información	Es cuestionable éste principio hasta cierto punto, pues se podría obtener datos similares usando “informantes” internos del grupo investigado o los beneficios a los que se hace referencia en el artículo 20 en su apartado b), fracción

	buscada.	III, párrafo dos, en el cual un integrante del grupo pudiera señalar la información que es necesaria.
Reserva	Las actuaciones en las técnicas especiales sólo sean del conocimiento de los funcionarios autorizados.	Es obligatorio, la cuestión es si en la realidad esto sucede, pues como se indicó antes la infiltración por parte del crimen organizado en las instituciones del Estado es un hecho.
Proporcionalidad	La técnica autorizada y adoptada por la Policía Federal debe guardar una estricta proporción con la finalidad que se persigue.	Es evidente que si el objetivo es prevenir delitos se hará por operaciones encubiertas y de usuario simulado y no a través de interviniendo comunicaciones.
Individualización	Excluye la posibilidad de extender formas de investigación penal a sujetos que no tengan relación con el hecho a investigar.	Difícil que suceda, la dinámica delictiva en la cual se encuentra el agente lo hará que conozca personas físicas y morales que se encuentra en el ámbito delictivo. Cuestión que la LFDO si plantea, mientras que la RLPF limita al hecho investigar.

Fuente: Elaboración propia

El uso de los agentes pareciera ser una actividad discrecional de la autoridad tanto en la LFDO así como el CNPP, pues sólo facultan a la autoridad a llevar a cabo la infiltración, sin embargo el RLPP en su artículo 210, señala los lineamientos obligatorios que se deben de exponer para la realización de operaciones encubiertas:

1. Argumentos sobre la necesidad de la medida.
2. Información de la que se desprenda la preparación de delitos.
3. Finalidad de inteligencia, relativa a la identificación de probables autores o partícipes del delito.
4. Autorización formal del Comisionado General, previo acuerdo con el Secretario (Controversia al referirse quién es la autoridad que substituye al Secretario de Seguridad Pública Federal).
5. Planeamiento táctico de la operación y designación de los agentes.
6. Si al caso fuere aplicable la coordinación con autoridades extranjeras.
7. Supervisión por parte de la autoridad competente.

No está por demás mencionar que en adición a los puntos anteriores se necesita un acuerdo anterior con el Secretario de Seguridad Pública Federal, situación ya señalada en este apartado. La autorización por demás debe de indicar en donde se llevara la operación encubierta; duración, no puede ser mayor a un año, a menos que exista autorización expresa del Comisionado General, y por ultimo indicar quien es el responsable de la operación, el o los Integrantes a infiltrarse y sus nombres clave, principio que se encuentra presente en la LFDO anteriormente analizada, sin embargo en el caso de la policía federal conocerán tal clave el Comisionado General, el Jefe de la División de Inteligencia y del Coordinador de Operaciones Encubiertas.

Es evidente que el agente a infiltrar se encuentre en condiciones de hacerlo, debe de contar con un perfil con determinadas características que permitan un alto contenido de éxito en la operación, el RLPF señala que el agente a participar tanto como encubierto o usuario simulado necesite estar certificado por la División de Inteligencia, garantizando su confiabilidad y sus capacidades. La situación jurídica del agente encubierto, se encuentra protegida al encuadrarse dentro del cumplimiento del deber, un excluyente de responsabilidad penal, aunque existen otros requisitos que el agente debe cumplir como lo establece el artículo 212 del Reglamento.

Tabla 3: Requisitos a cubrir durante la operación encubierta por parte del agente y de las autoridades de la policía federal.

Requisitos	Critica desde la perspectiva Derechos Humanos
1. Se haya tratado de una operación autorizada legalmente.	Es evidente que se necesita aprobación puesto que sino todos los actos emanados de esta figura serían ilícitos, no obstante, la aprobación meramente “legal” no toma en consideración el espectro normativo más amplio que implican los derechos humanos.
2. Que durante toda la operación el Integrante rindió puntualmente sus informes.	Se antoja difícil ésta situación más no imposible, a lo largo de la investigación se ha señalado que el agente encubierto se convierte en un miembro más de la delincuencia organizada. Si sucediera que el agente se encontrara en un periodo en el

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

	cual lleva a cabo “misiones delictivas” le resultaría complicado cumplir con éste punto.
3. El Integrante se haya sujetado a los lineamientos de la autorización.	Es decir si cumplió o no con los puntos anteriormente señalados, lo cual nuevamente es muy difícil en el ambiente criminal. El legislador y en el caso del Reglamento el ejecutivo, al elaborar la disposición jurídica diseñaron a la norma jurídica de un modo que se aleja totalmente de la realidad; es intentar manejar el fuego en la mano, siempre resultara con quemaduras la persona que lo manipula o quienes se encuentren cerca.
4. La conducta realizada por el Integrante haya sido ineludible y con el exclusivo propósito de preservar su integridad, su cobertura o la propia investigación.	Esta situación sucederá muy a menudo, pues es un ámbito violento y cruel; el agente no puede argumentar objeción de conciencia ante sus superiores delincuentes, en consecuencia produciendo violaciones a los derechos humanos de las personas que se relacionen con su actuar. Ej. Asesina a un miembro de un grupo delictivo rival, tortura a una persona con el objetivo de obtener información, allana un domicilio con el propósito de sembrar armas o drogas, interviene

	comunicaciones de grupos rivales, etc. Se relaciona mucho con la prueba ilícita a desarrollar en el próximo capítulo.
5. El Integrante haya entregado oportunamente todos los recursos, bienes e información obtenidos con motivo de la operación.	Información es obvio que el agente a través de lo que el observe y presencio durante la operación aporte su testimonio, Aquí en éste punto es más viable que el agente pueda dar un “pitazo” o aviso a sus superiores sobre hechos delictivos futuros o donde pueden encontrar evidencia física (armas, droga, dinero falsificado, personas en cautiverio – Secuestro/Trata de personas), a que entregue los reportes del punto 2.
6. El Integrante haya tomado las medidas necesarias, conforme a sus posibilidades, para evitar al máximo la producción de daños.	Se relaciona con el punto número 4.

Elaboración propia, con fuente en el RLPF.

Lo anterior, es decir el cumplimiento de un deber, se encuentra dentro de las causas de justificación como elemento negativo de la antijuridicidad. Pero Zaffaroni y otros, desde su perspectiva indican que en su caso debería de operar la ausencia de la culpabilidad:

El caso que presenta incuestionable ausencia de culpabilidad por la inexistencia y eventualmente la inoponibilidad del esfuerzo por la vulnerabilidad, tiene

lugar cuando el mismo poder punitivo es el que determina a la realización del injusto. Esto sucede normalmente con la intervención de los llamados agentes provocadores, sea o no en la forma de agentes encubiertos o espías. Cuando el sujeto ha sido determinado a la realización del injusto por cualquiera de estos personajes, puede suceder que realice una acción atípica, o sea, un llamado delito experimental que no constituya una tentativa típica. En tal caso, no habrá delito del inducido, por atipicidad de su acción. Pero puede suceder que la acción sea realmente típica y antijurídica, sea en grado de tentativa o consumada, en cuyo caso siempre el sujeto será inculpable, por no haber mediado de su parte un esfuerzo por la vulnerabilidad, toda vez que este habría sido condicionado por la propia manifestación del poder punitivo del Estado, lo que hace absolutamente Insostenible que se pretenda ejercer ese poder sobre quien ese poder determino (2005: 682).

A pesar de lo antes citado, si se analiza con detalle, pareciera ser peligroso incluir a la actividad de los agentes dentro de la ausencia de culpabilidad en vez causas de justificación, generaría impunidad, puesto que no se podría castigar a alguien que actuó bajo un mandato de la autoridad. Deberían de revisarse las características que solicitan la LPF y su Reglamento para validar la actuación del agente, pues muchas veces por cuestiones externas al agente no las podría cumplir. Independientemente de cómo se catalogue la actividad del agente, debe existir una revisión de la actividad de los agentes policiales que participen en las operaciones como encubiertos o usuarios simulados.

A partir de que la autorización se ha elaborado, quien estará a cargo de la operación encubierta es la División de Inteligencia, encargándose de la cuestión de la logística. De igual modo la

Dirección General de Operaciones Encubiertas e Infiltración asesorará a los agentes investigadores en lo relativo al análisis, solicitud, preparación, ejecución y control de las operaciones encubiertas, de igual modo tiene la misión de garantizar la integridad física del agente y por último es su obligación que se cumpla con lo establecido en la Ley, Reglamento y otras disposiciones legales e instrucciones generales o específicas que rijan las operaciones encubiertas.

Cuando finalice la operación, y el riesgo contra el agente encubierto o incluso contra la operación en sí misma ya no exista, según lo disponga nuevamente el titular de la ya extinta Seguridad Pública Federal, la Unidad de Asuntos Internos intervendrá para que, si así lo cree conveniente (gran observación, es decir no es obligatorio sino a discreción de dicha unidad), revisar si se cumplió la normatividad aplicable, preservando la secrecía de la información. El período en el que debe efectuarse todo lo anterior el RLPF indica que no podrá ser menor a 5 años, es decir que se debe de actuar hasta después de ese lapso lo cual pareciera que fomenta la impunidad disfrazándolo en protección de la integridad del agente y de la investigación.

5. Acción de inconstitucionalidad 48/2009 contra la Ley de la Policía Federal y los Derechos Humanos

La LPF ha tenido un antecedente en su contra, específicamente en lo relativo a las operaciones encubiertas y de usuarios simulados. La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) atendiendo a su facultad constitucional referida en el artículo 105, fracción II, inciso g, promovió la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Pues los preceptos legales 8, fracción VII y 10, fracción XII, a juicio de la CNDH no contenían una regulación mínima relativa a las operaciones encubiertas y los agentes que participan en ellas en consecuencia eran considerados como violatorios de los artículos 14 y 21 constitucionales, no únicamente se atacó a las operaciones encubiertas y de usuarios simulados, sino otros artículos dentro de la misma Ley por consideradas como violatorias de derechos humanos: Discriminación por razón de origen nacional para ocupar determinados cargos públicos y la incertidumbre jurídica respecto a la previsión legal consistente en la conclusión del servicio de un integrante de la Policía Federal en determinada hipótesis.

Raúl Plascencia, titular de la CNDH señaló en dicha demanda del citado control constitucional, que el uso de estas técnicas de investigación puede generar una transgresión de los derechos humanos de las personas, sin dejar de lado que implica una posible vulneración de la seguridad jurídica, pues las operaciones no se encuentran debidamente delimitadas por la Ley, violando la certeza y legalidad.

Los puntos controvertidos de la LPF por dicha acción bien se podrían resumir en 5 puntos:

1. Duración y prorroga jurídica sobre operaciones encubiertas y de usuarios simulados.
2. Situación jurídica de los agentes policiales que participen en las operaciones.
3. Se transgrede el principio de proporcionalidad, pues la Ley al parecer permite que se puedan utilizar las operaciones encubiertas y de usuarios simulados para todos los delitos, cuando fue concebido únicamente como medio de combate para la delincuencia organizada.

4. En qué momento el Ministerio Público se hace cargo de la operación encubierta, si es que llega hacerse cargo de esta.
5. Lineamientos o requisitos que deben contenerse en la autorización para las operaciones encubiertas y de usuarios simulados.

La resolución que emitió la SCJN en sesión del jueves 14 de abril de 2011, fue muy discutida, por mayoría de 6 votos fueron declarados como válidos los preceptos combatidos referentes a las operaciones encubiertas y de usuarios simulados, aunque ciertos ministros como Zaldívar Lelo de Larrea, Cossío Díaz, Sánchez Cordero y Silva Meza se manifestaron en contra, desde su perspectiva el precepto combatido en la acción resultaba inconstitucional sobre el punto 5.

Consideraban que dentro de la LPF no se encontraban los lineamientos mínimos para poder ejercer debidamente la facultad de autorizar las operaciones encubiertas y de usuarios simulados, y es evidente que deben contenerse atendiendo al aspecto formal de la Ley y aunado a la naturaleza misma de la función de prevención y de investigación de los delitos, que trae consigo una afectación directamente en los derechos fundamentales. No es necesario que la Ley contenga el ámbito completo de las operaciones, sólo "... los lineamientos generales y sustantivos en su desarrollo, entre los que se ubican, en todo caso, la forma y términos en que se permitirá una interferencia en los derechos fundamentales de los individuos, sujetos a esas operaciones" (García, 2011: 4).

Respecto al punto 4 se indicó que no se transgrede lo dispuesto en el artículo 21 constitucional, pues en términos de la Norma Fundamental, la investigación de los delitos está a cargo del Ministerio Público Federal y para esa función los policías están al mando y conducción del mismo. Sin dejar de lado el ministro

ponente Sergio Valls manifestó que los artículos 15 y 19 de la LPF disponen que la actuación de sus integrantes, es decir los agentes de la policía federal se sujetara invariablemente a los principios de legalidad objetiva, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos, reconocidos en la Constitución, cuestión que ya estableció Edwards: al ser parte de la operación y adentrarse en la delincuencia organizada resulta bastante compleja de creer.

En el lapso de los 2 años en los cuales tardó en resolverse la acción de inconstitucionalidad, el ejecutivo federal expidió el RLPF en el cual se subsanan algunas de las deficiencias que se planteaban en la acción de inconstitucionalidad, aunque si se hubieran declarado inválidos los artículos combatidos de nada hubiera servido que el RLPF contuviera los lineamientos, pues sería la LPF el ordenamiento jurídico que los debería de contener. De lo cual surge una observación y es que la política criminal interviene constantemente no sólo en el derecho penal sino en el ámbito constitucional, nuevamente Barrios indica que:

La misma Corte Suprema de Justicia [Panameña], en fallos controversiales y por razón de política criminal se ha visto obligada a admitir el empleo del agente encubierto en nuestro derecho, afirmando su plena congruencia con los principios y garantías constitucionales; fallos que se sustentan más en el poder de la jurisdicción que en la justeza lógica de su fundamentación... (1999: 10).

La situación indica que existe una tendencia global en atacar al crimen organizado, la política criminal que persigue objetivos eficaces, que se traduzcan en la captura de los líderes e integrantes de los grupos de la delincuencia organizada, sin importar muchas veces que se afecten otros valores jurídicos de igual o mayor importancia, legitimando su actuar por

decisiones de las máximas autoridades jurisdiccionales de los Estados.

6. Reflexiones finales

A lo largo de este trabajo, se analizaron las figuras de los agentes encubiertos y usuarios simulados (provocadores). Es pertinente el señalar de nuevo que estas figuras de investigación policial si bien tienen el carácter de extraordinario son un producto del derecho penal del enemigo.

Jakobs y Cancio (2003) señalan que el derecho penal del enemigo, a menudo se encuentra en la Constitución impulsado por una política criminal que muchas veces manipula a la propia Constitución como lo refirió también Juventino Castro (2002), propiciando la arbitrariedad en detrimento de lo dispuesto en la norma constitucional y los derechos humanos.

No cabe duda que la legislación que regula a los agentes infiltrados, revela una deficiente o escasa planificación por parte del legislador en los siguientes aspectos:

1. Varias legislaciones plantean el uso de dichas figuras, en vez de que una sola lo haga para evitar duplicidad en facultades, dilución de mando y responsabilidades
2. El CNPP, la LPF y su Reglamento, atendiendo a la resolución de la SCJN sobre el mando que ejerce el M.P. en la investigación, establecen procedimientos transgresores. Puesto de la lectura al RLPF, se desprende que la propia policía federal por voluntad propia puede llevar a cabo las operaciones y prevenir futuros delitos. Por otro lado el M.P. como obligación constitucional debe investigar los delitos, pero ya cometidos. Si se lleva a cabo una interpretación sistemática, la LPF y su Reglamento es quien tendría

que adecuar su contenido al CNPP, pero ésta última no tiene los lineamientos, cuestión que se controvertió en la acción de inconstitucionalidad de la LPF y al igual no se encuentra en su texto el principio de proporcionalidad.

3. Doctrinariamente y en el ordenamiento jurídico se defiende que la actividad del agente no busca cometer delitos o en dado caso “justificar ciertos delitos que cometa el agente encubierto, más no en una permisibilidad absoluta” (Barrios, 1999: 10). Pero la realidad es que en la operación pueden presentarse cientos de situaciones problemáticas que afecten este principio. De entrada dando un beneficio al agente, todos los delitos que él pudiera cometer serían para garantizar la investigación y su integridad física. Si él se negara, los miembros de la organización podrían ejecutarlo o limitarlo en funciones por considerar que no sirve.

La investigación se entorpece, afectando la función misma del agente, es un círculo vicioso. La salida es que si bien ya se cometieron en un momento daños por parte del agente a la esfera jurídica de las personas, que no se sigan efectuando violaciones a derechos humanos y específicamente en el proceso al ofrecer pruebas ilícitas, pues como se mencionó existen intereses que muchas veces riñen con el orden constitucional y de derechos humanos.

7. Referencias

- Barrios, Boris. (1999). Las operaciones encubiertas. Tomado de:
<http://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011>

- [/08/las-operaciones-encubiertas.pdf](#) Fecha de consulta: 25 de enero de 2014.
- Barrios, Boris. (2001). Ideología de la prueba penal. Tomado de:
<http://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/ideolog3ada-de-la-prueba-penal-boris-barrios-gonzalez.pdf> Fecha de consulta: 30 de enero de 2014.
- Castro, Juventino. (2002). El amparo en materia penal. México; Oxford.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- De la Cruz, Ramón. (2006). Criminalidad organizada y proceso penal. Tomado de:
<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-574s.pdf> Fecha de consulta: 27 de enero de 2014.
- Duarte-Delgado, Edwin. (2008). El agente encubierto en los delitos de narcotráfico, en Acta académica de la UACA. Costa rica. 22 (43). Pp 255 – 290.
- Edwards, Carlos. (1996). El arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada. Argentina: Ad Hoc.
- García, Saúl. (2011). Crónicas del Pleno y de las Salas. Sesión del jueves 14 de abril de 2011. México: SCJN.
- Jakobs, Günther y Cancio, Manuel. (2003). Derecho Penal del enemigo. España: Thomson-Civitas.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley de la Policía Federal.
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.
- Mejía, Ricardo, Melara, José y Peraza, Roxana. (2008). El agente encubierto y el agente provocador en el proceso penal salvadoreño. Validez de sus actuaciones. Tesis para licenciatura en ciencias jurídicas. El Salvador: Universidad Francisco Gavidia.
- Reglamento de la Ley de la Policía Federal.
- Redondo, Álvaro. (2008). El 'agente infiltrado' y su regulación por el Derecho español. Tomado de

<http://intelpage.info/forum/viewtopic.php?t=962>

Fecha de consulta: 5 de noviembre de 2013.

Rivero, Jorge. (2009). Los agentes clandestinos y el debido proceso, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. México. 12 (28). Pp. 257 – 273.

Sánchez, Rolín. (2007). *Derecho penal del enemigo*. Tomado de:

<http://www.uss.edu.pe/Facultades/derecho/documentos/produccionjuridica/2007-I/articulo1rolin.pdf>

Fecha de consulta: 13 de octubre de 2011.

Sun Tzu. (1993). *El Arte de la Guerra*. España: EDAF.

Zaffaroni, Eugenio, Aliaga, Alejandra y Slokar, Alejandro. (2005). *Derecho penal. Parte general*. México: Porrúa.

CAPÍTULO 3

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS, EN EL CÓDIGO NACIONAL
DE PROCEDIMIENTOS PENALES
VIGENTE EN MÉXICO

Carlos M. García Herrera

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES VIGENTE EN MÉXICO

Carlos M. García Herrera*

SUMARIO.- • Resumen. • Palabras Clave. **1.** Los Derechos Humanos y el Derecho Natural **2.** La capacitación en el Sistema Penal Acusatorio. **3.** Violación a los Derechos Humanos. • Conclusiones. • Bibliografía.

Resumen

El sistema penal acusatorio, representa un gran reto para los juristas en la actualidad como operadores, pero también representa un reto desde la perspectiva legislativa, debido a que las normas deben estar armonizadas con los derechos humanos y en todo momento respetar los principios rectores del sistema penal acusatorio.

En medio de todo esto, se debe cuidar también un respeto a la jurisprudencia local e internacional, así como los tratados internacionales de los que México sea parte, lo que en suma se conoce como un respeto al bloque de constitucionalidad y que la corte lo ha definido como control de regularidad.

* Licenciado en Derecho por parte de la Universidad Veracruzana, Maestro en Derecho Electoral y Doctor en Derecho con mención honorífica por la Universidad de Xalapa, cuenta con estudios concluidos de Maestría en Docencia Universitaria por la misma casa de estudios, Diplomado en Sistema Penal Acusatorio desde la perspectiva de la reforma constitucional, por parte del Instituto de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la federación, actualmente es Notario adscrito en la décima demarcación notarial del Estado de Veracruz con sede en Perote, catedrático e investigador en la Universidad de Xalapa.

Sin embargo, actualmente, el Código Nacional de Procedimientos Penales, contiene diversas disposiciones que son violatorias de derechos humanos, lo cual sin lugar a dudas, representa un retroceso en el proteccionismo reciente de derechos humanos que debiera imperar en el sistema penal acusatorio adversarial.

Palabras clave

Derechos Humanos, Sistema Penal Acusatorio, Código Nacional de Procedimientos Penales.

1. Los Derechos Humanos y el Derecho Natural.

Acorde con Vázquez, García y Báez (2013), el Derecho Positivo es el sistema de normas emanadas de la autoridad competente y promulgada de acuerdo con el procedimiento de creación imperante en una nación determinada” (Villoro, 2007:8), así como que “es el conjunto de normas (Derecho objetivo) creadas de acuerdo con los procedimientos establecidos por una autoridad soberana competente, que rigen (Derecho vigente) en un momento y lugar histórico determinados y de las cuales se derivan facultades o prerrogativas (derecho subjetivo) en relación con los sujetos a los que se dirige” (Álvarez, 2010:79-80).

La positividad del Derecho toma en consideración únicamente su forma. Es decir: el procedimiento conforme al cual fue creada, su reconocimiento por el Estado y la estructura lógica con que se encuentra plasmada. Por tanto, la positividad no se detiene en el estudio del contenido de una norma. Es entonces cuando se hace referencia al Derecho Natural, que sí toma en consideración el contenido de la norma y su adecuación a criterios de justicia y dignidad humana.

“La palabra derecho en ciertos casos alude a la dimensión valorativa o axiológica del Derecho. El derecho al que se alude, no es el objetivo, sino otro Derecho que desde antiguo muchos autores han considerado sinónimo de justicia. Esto es, el Derecho natural” (Álvarez, 2010:79-80). Con la expresión Derecho natural se busca significar aquel derecho que por su contenido es acorde con la naturaleza humana, protege su dignidad y sus valores y por lo tanto es justo.

En términos ideales, derecho positivo y derecho natural no deberían estar separados el uno del otro. Las normas jurídicas, además de su formalidad, deben proteger un contenido axiológicamente significativo para el ser humano. No obstante, los casos históricos de separación entre lo positivo y natural, son numerosos y remotos. Como ejemplo está la obra *Antígona* de Sófocles (siglo V antes de Cristo) en la cual el personaje de Antígona hace una reflexión acerca de si la ley proclamada por un hombre no obstante sea el gobernador (derecho positivo) puede contradecir a las leyes superiores y eternas, y aunque en la obra se relacionan con las divinidades griegas, en cierto modo se deja ver que son leyes para todos los hombres y están por encima de las leyes de los gobernantes (derecho natural); algunos encuentran en este fragmento uno de los antecedentes más remotos de la reflexión sobre los derechos humanos; dice Antígona a Creonte en el fragmento clave:

CREONTE:-¿Y Aún así osaste a trasgredir estas leyes?

ANTÍGONA:-Es que no fue Zeus, ni por asomo, quien dio esta orden, ni tampoco la Justicia aquella que es convencida de los dioses del mundo subterráneo. No, no fijaron ellos entre los hombres estas leyes. Tampoco suponía que esas tus proclamas tuvieran tal fuerza que tú, un simple mortal, pudieras rebasar con ellas las leyes de los dioses anteriores a todo escrito e inmutables. Pues

esas leyes divinas no están vigentes, ni por lo más remoto, sólo desde hoy ni desde ayer, sino permanentemente y en toda ocasión, y no hay quien sepa en que fecha aparecieron. ¡No iba yo, por miedo a la decisión de hombre alguno, a pagar a los dioses el justo castigo por haberlas trasgredido! (...) (Sófocles, 1997: 148).

Afortunadamente en la actualidad, con el avance e internacionalización de las normas sobre Derechos Humanos y su incorporación a los ordenamientos jurídicos positivos, la brecha que pudiera existir entre normas positivas y el derecho natural es cada vez menor.

Consideraciones sobre Derecho natural

“El Derecho Natural está compuesto de aquellos principios y normas éticos que rigen, según el criterio formal de la Justicia, la conducta social de los hombres y que son conocidos por ‘la recta de la razón escrita en todos los corazones’ por estar impresos en la naturaleza humana y conformarse al orden natural de las cosas” (Villoro, 2007:8).

La Doctrina del derecho natural ha sido conocida como iusnaturalismo. Algunos de sus postulados y características más importantes son:

- Es una corriente de la filosofía del Derecho que afirma que las normas convencionales del Derecho deben estar asentadas en principios universales e inmutables.
- Las normas que contravengan la naturaleza humana son injustas y carecen de inoperatividad legal, aun cuando hayan sido promulgadas por la autoridad competente cumpliendo los requisitos formales exigibles.

- Tradicionalmente se ha contrapuesto al positivismo.
- Remonta su influencia tras la Segunda Guerra Mundial, dado el cuestionamiento de los totalitarismos basados en la obediencia del ciudadano y el desprecio al Derecho internacional público.
- Sólo se tiene en cuenta lo que el derecho debe ser, con independencia de lo que sus muchas y contradictorias regulaciones establezcan en el espacio y en el tiempo.
- Así, según esta escuela, lo que es el derecho no consiste en la mera autoridad del legislador.
- Sus corrientes son: la cosmológica, teleológica, racionalista.
- Desde el racionalismo es una reflexión, sustentada en la naturaleza y dignidad humana. señala como criterio de la conducta humana al orden de la naturaleza.
- Busca a través de la razón, valores que no dependan exclusivamente de la voluntad del Estado, sino que sean susceptibles de imponerse a ésta para así limitarla y controlarla.

El iusnaturalismo representa un contrapeso muy importante para el positivismo, pues plantea su atención sobre un punto que resulta de la mayor importancia: el contenido y no sólo la forma de las normas jurídicas. “El simple hecho de sujetar la legislación vigente a un criterio superior a la voluntad del legislador implica la negación de la omnipotencia del régimen jurídico establecido. Y esto es lo que vino a ser el Derecho Natural, al instalar a la razón como último criterio de validez de las leyes positivas.

La crítica racional se va a establecer desde varios ángulos, pero todos ellos tendrán esto de común: la razón ya no va a servir para afianzar el orden establecido sino que se transforma en una arma para denunciar los defectos de ese orden” (Villoro, 2007: 19-20).

Por ende, el derecho natural no debe entenderse en oposición al derecho positivo. Por el contrario, ambos conceptos deben encontrarse siempre hermanados en la formulación, aplicación y análisis de cualquier norma jurídica. “Los principios del Derecho Natural, sirven para fundamentar filosóficamente al Derecho Positivo. (...) El iusnaturalismo no será ya una mera doctrina revolucionaria, sino que servirá en adelante como base racional de la autoridad de las decisiones judiciales” (Villoro, 2007:27).

2. Capacitación en el Sistema Penal Acusatorio.

En la república mexicana, ha existido una lenta implementación de los juicios orales penales, lo que implica que también haya una lenta capacitación.

Acorde con el informe de la SETEC, en los últimos años, los estados han avanzado de forma parcial, total e incluso algunos estados están a punto de comenzar a menos de un año de vencer la vacatio legis.

IMPLEMENTACIÓN DE JUICIOS ORALES A SIETE AÑOS DE APROBACIÓN DE LA REFORMA PENAL



IMPLEMENTACIÓN A ÚLTIMA HORA

Número de estados
que iniciaron implementación

*Chihuahua y Oaxaca comenzaron cambio
de sistema antes de la reforma de 2008



Nota: la reforma penal se aprobó en 2008. En 2016 vence el plazo para transición
Fuente: SETEC

La implementación y capacitación ha avanzado a pasos lentos y esto se puede referir mejor con la siguiente información tomada del portal “animal político”, publicada en mayo de 2015, con el nombre “Juicios orales: a un año de fecha límite implementación no alcanza el 60%”:

Faltan 26 estados; Sonora foco rojo

Solamente seis estados operan al 100 por ciento el nuevo sistema: Morelos, Chihuahua, Estado de México, Yucatán, Nuevo León y Durango. En 24 entidades del país opera pero parcialmente, es decir por regiones o por delitos, y en otros dos –Sonora y Baja California Sur– no funciona en lo absoluto.

En términos demográficos, dijo Fromow, el 58.2 por ciento de la población está cubierta por el nuevo sistema penal. Esto significa que por lo menos 4 de cada 10 mexicanos vive en un sitio en donde los juicios orales aun no existen.

“Estamos a poco más de 400 días del plazo para implementar la reforma y son días claves para sumar para coadyuvar y empujar al resto de los estados que aún están con la implementación gradual” dijo la funcionaria.

Según la valoración de la SETEC, de entre todas las entidades pendientes el caso más grave es el de Sonora, donde la administración del gobernador Guillermo Padrés Elías no ha fijado ni siquiera una fecha para arrancar la implementación del nuevo sistema.

Alejandro Martí acusó que el problema en Sonora es de no querer hacer las cosas: “Hay una gran indolencia. Los sonorenses han desplegado en el periódico sus quejas porque aquí no hablamos de falta de dinero sino de falta de voluntad política”.

Fromow dijo que incluso ya están estudiando un “plan B” para implementar el nuevo sistema en Sonora con los recursos federales en caso de que la entidad no logre materializar un plan factible en el tiempo que queda.

Otro reto es el tiempo que está llevando completar la implementación del sistema. Hay estados como Oaxaca que iniciaron el proceso incluso antes de que se aprobara la reforma de 2008 pero hasta el día de hoy no han terminado. Más de la mitad de los estados del

país comenzó con la implementación apenas del 2013 a la fecha.

Par atender esto la secretaría Técnica está elaborando un esquema que de acuerdo con Fromow permitirá agilizar el arranque del sistema con la infraestructura prioritaria y el marco legal básico para que trabaje.

Marco legal incompleto

El funcionamiento equilibrado del nuevo sistema penal acusatorio aún requiere de seis leyes deben aplicarse en todo el país: la Ley Nacional de Ejecución de Sanciones Penales, la Ley de Amparo, una nueva Ley de Delincuencia Organizada, la Ley de Justicia para Adolescentes, la Ley de Colegiación para Abogados y la nueva Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Transcurridos siete de los ocho años de que se aprobó la reforma penal, ninguna de esas leyes ha sido aprobada por el Congreso de la Unión y en consecuencia, ningún estado ha podido adaptarla a su sistema de justicia.

Alejandro Martí, quien desde hace siete años ha impulsado foros para agilizar la implementación de la reforma, sostuvo que todas las leyes están en las mesas de trabajo de la Cámara de Diputados y se espera que en el próximo periodo de sesiones, penúltimo antes de que venza el plazo para aplicar la reforma, finalmente se aprueben y se publiquen.

Lo que si se aprobó en 2014 es el Código Nacional de Procedimientos Penales, que ordena la forma en cómo se investigan los delitos y se realizan los procesos

penales orales. En diciembre del 2014 venció el plazo para que todos los estados hicieran las modificaciones legales necesarias en sus códigos locales para adaptarlo en nacional.

Sin embargo hay entidades que ya están en falta con esa obligación constitucional como Sonora, Aguascalientes o Tabasco que aún tienen pendientes varias modificaciones.

Un análisis de la SETEC referente a la armonización de por lo menos once leyes básicas, intermedias y complementarias que los estados deben hacer para adaptarse al nuevo Código Nacional aprobado y a los juicios orales, muestra que el avance es de entre el 80 y el 90 por ciento en este rubro.

Falta más dinero pero niegan recorte

El presupuesto con el que se contará en el 2016 para la implementación de la reforma no está definido aún, reconoció Ángeles Fromow. Actualmente se está trabajando con los cinco mil millones de pesos aprobados para este 2015 provenientes de distintos subsidios, y será en agosto cuando se analice junto con Hacienda la cantidad que se requerirá.

En septiembre del año pasado la Secretaría Técnica había estimado que entre 2015 y 2016 se necesitaría un presupuesto total estimado de 30 mil millones de pesos para finiquitar la implementación de la reforma penal.

Pero este año, luego del deterioro económico provocado por la caída de los precios del petróleo, el gobierno señaló que todas las estimaciones de

presupuesto partirían para 2016 de una base cero y se analizaría de forma cuidadosa cada inversión.

Aun con lo anterior Fromow dijo que los recortes presupuestales no alcanzarán al tema de la implementación de la reforma penal: “Lo que sí quiero dejar claro es que no habrá ningún recorte, el gobierno tiene el compromiso de que en el tema de la implementación de la reforma no habrá limitantes”.

La necesidad de recursos del nuevo sistema no terminará con su implementación, dijo la funcionaria, pues luego se requerirá trabar en su consolidación y en la corrección de aquello que no funciona, para lo cual se está haciendo un “plan estratégico de infraestructura y capacitación” cuya aplicación se extenderá hasta 2020.

Presentarán evaluación

El 20 y 21 de mayo se realizará el Séptimo Foro Nacional sobre Seguridad y Justicia “Reforma al Sistema de Justicia Penal a un año de vigencia” en el que participarán más de cien organizaciones agrupadas en la Red Nacional a favor de Juicios Orales para evaluar los avances y pendientes en la implementación de la Reforma.

El presidente de la Red, Ernesto Canales, dijo que se hará una revisión cuidadosa de lo que hace falta y destacó que la sociedad civil ha jugado un papel clave en el impulso que se ha dado al nuevo sistema de justicia desde que se comenzó a hablar de una reforma.

En el foro participarán entre otros el Presidente Enrique Peña Nieto, el Presidente de la Suprema Corte

de Justicia Luis María Aguilar Morales, la Procuradora General de la República Arely Gómez, el secretario de Gobernación Miguel Ángel Osorio Chong.

En Veracruz, existe con relación al número de abogados, un índice de capacitación de actores jurídicos del 12% aproximadamente, estas cifras son graves debido a que el resultado de una inadecuada capacitación sobre el nuevo sistema de justicia penal, lo pagan los justiciables.

3. Reforma Constitucional del 18 de junio de 2008

Mediante decreto publicado el 18 de junio de 2008, se implementó el sistema penal acusatorio y adversarial en México, de la siguiente forma:

Se reforman y adicionan diversas disposiciones de la constitución política de los estados unidos mexicanos.

Único. Se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

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

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese

hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

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

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

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

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas

que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá

autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

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

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

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

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

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto.

El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración

a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

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.

La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o

contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. 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 esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su

terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad;

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su

detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto

hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor de los reglamentos gubernativos y de policía fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa que se imponga por infracción de los reglamentos gubernativos y de policía, no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas:

a) La regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La

operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios en el ámbito de sus respectivas atribuciones.

b) El establecimiento de las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificado y registrado en el sistema.

c) La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.

d) Se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito así como de las instituciones de seguridad pública.

e) Los fondos de ayuda federal para la seguridad pública, a nivel nacional serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines.

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;

II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:

a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.

b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.

c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.

d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. a XX. ...

XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de delincuencia organizada.

...

...

XXII. ...

XXIII. Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, así como para establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de esta Constitución.

XXIV. a XXX. ...

Artículo 115. ...

I. a VI. ...

VII. La policía preventiva estará al mando del presidente municipal en los términos de la Ley de Seguridad Pública del Estado. Aquélla acatará las órdenes que el Gobernador del Estado le transmita en aquellos casos que éste juzgue como de fuerza mayor o alteración grave del orden público.

...

VIII. ...

...

IX. y X. ...

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

Apartado A...

Apartado B...

I. a XII. ...

XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes

vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.

Las autoridades del orden federal, estatal, del Distrito Federal y municipal, a fin de propiciar el fortalecimiento del sistema de seguridad social del personal del Ministerio Público, de las corporaciones policiales y de los servicios periciales, de sus familias y dependientes, instrumentarán sistemas complementarios de seguridad social.

El Estado proporcionará a los miembros en el activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones. XIII bis. y XIV. ...

4. Violación a los Derechos Humanos.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) mediante acción de inconstitucionalidad, impugnó algunas partes del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), al estimar que se trata de violaciones a los Derechos Humanos.

Se trata de la demanda de acción de inconstitucionalidad 10/2014, presentada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 3 de abril del 2014, en contra de los artículos 132,

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

147, 148, 153, 155, 242, 249, 251, 266, 268, 303, 355 y 434, del Código Nacional de Procedimientos Penales vigente en México.

En su mayoría, los artículos se refieren a las facultades que el CNPP da a la policía para realizar inspecciones a personas o vehículos sin orden judicial, o al Ministerio Público (la procuraduría) para que congele los bienes de un detenido u ordene a una empresa de telefonía celular localizar en tiempo real un aparato ligado a un delito.

1	Artículo 132. Obligaciones del Policía ... VII. Practicar las inspecciones y otros actos de investigación, así como reportar sus resultados al Ministerio Público. En aquellos que se requiera autorización judicial, deberá solicitarla a través del Ministerio Público;	Los artículos 132, 147, 251, 266 y 268, son inconstitucionales e inconvenientes al ser contrarios a los numerales 14, 16 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3, 9, y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 5, 7, 8, 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 9 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ser violatorios de los derechos humanos a la libertad personal, a la libertad de tránsito, a la seguridad jurídica, a la privacidad o vida privada, a la
2	Artículo 147. Detención en caso de flagrancia ... La inspección realizada por los cuerpos de seguridad al imputado deberá conducirse conforme a los lineamientos establecidos para tal efecto en el presente Código. ...	
3	Artículo 251. Actuaciones en la investigación que no requieren autorización previa del Juez de control No requieren autorización del Juez de control los siguientes actos de investigación: I. La inspección del lugar del hecho o del hallazgo; II. La inspección de lugar distinto	

	al de los hechos o del hallazgo; III. La inspección de personas; IV. La revisión corporal; V. La inspección de vehículos; VI. El levantamiento e identificación de cadáver; VII. La aportación de comunicaciones entre particulares; VIII. El reconocimiento de personas; IX. La entrega vigilada y las operaciones encubiertas, en el marco de una investigación y en los términos que establezcan los protocolos emitidos para tal efecto por el Procurador; X. La entrevista a testigos, y XI. Las demás en las que expresamente no se prevea control judicial. En los casos de la fracción IX, dichas actuaciones deberán ser autorizadas por el Procurador o por el servidor público en quien éste delegue dicha facultad. Para los efectos de la fracción X de este artículo, cuando un testigo se niegue a ser entrevistado, será citado por el Ministerio Público o en su caso por el Juez de control en los términos que prevé el presente Código.	integridad personal, de no injerencias arbitrarias, así como de los principios de legalidad y de certeza jurídica.
4	Artículo 266. Actos de molestia Todo acto de molestia deberá llevarse a cabo con respeto a la dignidad de la persona en cuestión. Antes de que el procedimiento se lleve a cabo, la autoridad deberá informarle sobre los derechos que	

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

	le asisten y solicitar su cooperación. Se realizará un registro forzoso sólo si la persona no está dispuesta a cooperar o se resiste. Si la persona sujeta al procedimiento no habla español, la autoridad deberá tomar medidas razonables para brindar a la persona información sobre sus derechos y para solicitar su cooperación.	
5	Artículo 268. Inspección de personas En la investigación de los delitos, la Policía podrá realizar la inspección sobre una persona y sus posesiones en caso de flagrancia, o cuando existan indicios de que oculta entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo instrumentos, objetos o productos relacionados con el hecho considerado como delito que se investiga. La revisión consistirá en una exploración externa de la persona y sus posesiones. Cualquier inspección que implique una exposición de partes íntimas del cuerpo requerirá autorización judicial. Antes de cualquier inspección, la Policía deberá informar a la persona del motivo de dicha revisión, respetando en todo momento su dignidad.	
6	Artículo 148. Detención en flagrancia por delitos que requieran querrela Cuando se detenga a una persona por un hecho que pudiera constituir un delito que requiera	El artículo 148, es inconstitucional e inconvencional al ser contrario a los artículos 1º, 14, 16, 20 y 21 de la

	querella de la parte ofendida, será informado inmediatamente quien pueda presentarla. Se le concederá para tal efecto un plazo razonable, de acuerdo con las circunstancias del caso, que en ningún supuesto podrá ser mayor de doce horas, contadas a partir de que la víctima u ofendido fue notificado o de veinticuatro horas a partir de su detención en caso de que no fuera posible su localización. Si transcurridos estos plazos no se presenta la querella, el detenido será puesto en libertad de inmediato. En caso de que la víctima u ofendido tenga imposibilidad física de presentar su querella, se agotará el plazo legal de detención del imputado. En este caso serán los parientes por consanguinidad hasta el tercer grado o por afinidad en primer grado, quienes podrán legitimar la querella, con independencia de que la víctima u ofendido la ratifique o no con posterioridad.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3, 9, 10, 11, 12 y 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 5, 7, 8, y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 9, 14 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por ser violatorios del principio pro persona, de presunción de inocencia, de legalidad, formalidades esenciales del procedimiento, así como a los derechos a la seguridad jurídica y a la libertad personal.
7	Artículo 153. Reglas generales de las medidas cautelares Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento. Corresponderá a las autoridades competentes de la Federación y de	El artículo 153, es inconstitucional e inconvenacional al ser contrario a los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 7 y 8, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9 del Pacto Internacional de

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

	las entidades federativas, para medidas cautelares, vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.	Derechos Civiles y Políticos, así como 3, 9 y 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por ende, violan directamente los principios de legalidad, seguridad jurídicas y exacta aplicación de la ley penal.
8	Artículo 155. Tipos de medidas cautelares A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares: I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe; II. La exhibición de una garantía económica; III. El embargo de bienes; IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero; V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada; VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares; VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las	El artículo 155, es inconstitucional e inconveniente al ser contrario a los artículos 11, 14, 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 5, 7 y 8, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 3, 9 y 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que tutelan los derechos y los principios pro persona, seguridad jurídica, legalidad, presunción de inocencia, prohibición de detenciones arbitrarias y debido proceso.

	víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa; IX. La separación inmediata del domicilio; X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos; XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral; XII. La colocación de localizadores electrónicos; XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, XIV. La prisión preventiva. Las medidas cautelares no podrán ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada.	
9	Artículo 242. Aseguramiento de bienes o derechos relacionados con operaciones financieras El Ministerio Público o a solicitud de la Policía podrá ordenar la suspensión, o el aseguramiento de cuentas, títulos de crédito y en general cualquier bien o derecho relativos a operaciones que las instituciones financieras establecidas en el país celebren con sus clientes y dará aviso inmediato a la autoridad encargada de la administración de los bienes asegurados y a las autoridades competentes, quienes tomarán las medidas necesarias para evitar que los titulares respectivos realicen cualquier acto contrario al	Los artículos 242 y 249, resultan actos de molestia que se encuentran fuera del marco convencional; artículos 8, 11 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y constitucional; en los numerales 14 y 16.

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

	aseguramiento.	
10	Artículo 249. Aseguramiento por valor equivalente En caso de que el producto, los instrumentos u objetos del hecho delictivo hayan desaparecido o no se localicen por causa atribuible al imputado, el Ministerio Público decretará o solicitará al Órgano jurisdiccional correspondiente el embargo precautorio, el aseguramiento y, en su caso, el decomiso de bienes propiedad del o de los imputados, así como de aquellos respecto de los cuales se conduzcan como dueños, cuyo valor equivalga a dicho producto, sin menoscabo de las disposiciones aplicables en materia de extinción de dominio.	
11	Artículo 303. Localización geográfica en tiempo real Cuando exista denuncia o querella, y bajo su más estricta responsabilidad, el Procurador, o el servidor público en quien se delegue la facultad, solicitará a los concesionarios o permisionarios o comercializadoras del servicio de telecomunicaciones o comunicación vía satélite, la localización geográfica en tiempo real de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con los hechos que se investigan en términos de las disposiciones aplicables. Asimismo, se le podrá requerir la conservación inmediata de datos	El artículo 303, es trasgresor de los convenios internacionales suscritos por el Estado Mexicano, en concreto de los artículos 8 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por lo que respecta a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los artículos 1 y 16. Todo

	contenidos en redes, sistemas o equipos de informática, hasta por un tiempo máximo de noventa días en los casos de delitos relacionados o cometidos con medios informáticos.	esto se traduce en la explícita violación a los derechos a la privacidad o vida privada, a la protección de datos personales y de no injerencias arbitrarias.
12	Artículo 355. Disciplina en la audiencia El Juzgador que preside la audiencia de juicio velará por que se respete la disciplina en la audiencia cuidando que se mantenga el orden, para lo cual solicitará al Tribunal de enjuiciamiento o a los asistentes, el respeto y las consideraciones debidas, corrigiendo en el acto las faltas que se cometan, para lo cual podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas: ... V. Desalojo público de la sala de audiencia. ... El Tribunal de enjuiciamiento podrá ordenar el arresto hasta por quince días ante la contumacia de las obligaciones procesales de testigos o peritos que atenten contra el principio de continuidad, como lo pueden ser sus incomparecencias injustificadas a audiencia o aquellos actos que impidan que las pruebas puedan desahogarse en tiempo y forma.	El numeral 355 resulta contrario en el plano internacional al artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que respecta al marco normativo nacional se trasgreden los artículos 16, 17 y 21 de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de todo lo anterior se desprende que los principios de legalidad, seguridad jurídica, fundamentación, motivación y proporcionalidad de las medidas de apremio, así como a los derechos a la libertad e integridad personales se ven ultrajados.
13	Artículo 434. Ámbito de aplicación La asistencia jurídica internacional tiene como finalidad brindar apoyo entre las autoridades competentes en relación con asuntos de	El numeral 434 en el ámbito internacional contraviene las disposiciones adoptadas en la Convención

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

	naturaleza penal. De conformidad con los compromisos internacionales suscritos por el Estado Mexicano en materia de asistencia jurídica, así como de los respectivos ordenamientos internos, se deberá prestar la mayor colaboración para la investigación y persecución de los delitos, y en cualquiera de las actuaciones comprendidas en el marco de procedimientos del orden penal que sean competencia de las autoridades de la parte requirente en el momento en que la asistencia sea solicitada. La asistencia jurídica sólo podrá ser invocada para la obtención de medios de prueba ordenados por la autoridad investigadora, o bien la judicial para mejor proveer, pero jamás para las ofrecidas por los imputados o sus defensas, aun cuando sean aceptadas o acordadas favorablemente por las autoridades judiciales.	Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, en su artículo 9 y, por lo que respecta al plano nacional, resulta contrario a los artículos 1° y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de esto se concluye como trasgresor de los principios de legalidad, seguridad jurídica y especialmente del de supremacía constitucional.
--	---	---

Conclusiones

La reforma del 6 y 10 de junio de 2011, que se suscitó con posterioridad a la reforma que incorporó el sistema penal acusatorio en México, representó un avance también sin precedentes en la tutela efectiva de protección de los derechos humanos, trayendo consigo la incorporación a rango constitucional de figuras tales como el control convencional, el control constitucional y la interpretación conforme, lo que salvo algunas excepciones, permite ponderar por sobre todo ordenamiento jurídico, la tutela de los derechos humanos.

Para homogeneizar los criterios procedimentales en materia de juicios penales en toda la república, se expidió un Código Nacional de Procedimientos Penales, que permite que en todos los estados y el distrito federal, operen los mismos criterios para llevar a cabo un juicio a la luz del sistema penal acusatorio, sin embargo, este ordenamiento jurídico adjetivo nacional en materia penal, contiene dentro de sus numerales, disposiciones que contravienen y violan derechos humanos.

Es necesaria una mayor y mejor capacitación en materia de Sistema Penal Acusatorio, pero también en materia de derechos humanos, a efectos de que los actores jurídicos y operadores de este nuevo sistema, puedan superar dichas violaciones invocando un control difuso o bien realizando una adecuada argumentación jurídica, que permita lograr un tutela efectiva de los derechos humanos, que la víctima alcance la justicia y que el culpable, sea sancionado.

BIBLIOGRAFÍA

- AMUCHATEGUI Requena, I. Griselda (2005), Editorial Oxford, México
- BARRAGÁN Salvatierra, Carlos (2002), Derecho Procesal Penal, Editorial Mc Graw Hill, México,
- COLÍN Sánchez, Guillermo (2006), Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, México.
- Diccionario de Derecho Penal (2002), Malej S.A. de C.V., México.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, "Filosofía del Derecho", Porrúa, México, 1986
- GARCÍA Ramírez, Sergio (1990), Porrúa, México.
- GÓNGORA Rodríguez Roberto, Sánchez Iarraga, Vado Grajales Luis Octavio, Vega Hernández José Rodolfo

- Arturo (2009), Medios alternos de resolución de conflictos con énfasis en mediación, editorial Funda. México.
- GONZÁLEZ de la Vega, René, (1993), La Justicia Logros y Retos, Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. (2010), Introducción al Derecho, Segunda Edición, México, Mc Graw Hill.
- VILLORO TORANZO, Miguel (2007), Introducción al Estudio del Derecho, México, Vigésima Edición, Porrúa.
- Vázquez Azuara, C.A., García Méndez, C., Báez Corona, J. F. (2013), Introducción a la Ciencia Jurídica I, México, Universidad de Xalapa.

CAPÍTULO 4

**PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN
EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA
PENAL: UN BREVE REPASO**

Cedma González Andrade

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: UN BREVE REPASO

Cedma González Andrade ⁸

SUMARIO

I. Revista sobre los derechos fundamentales, A) Los derechos y garantías; B) Las generaciones de los derechos fundamentales, C) Sobre los principios que rigen los derechos humanos; II. Revista sobre la reforma constitucional al sistema de justicia penal; A) Los principios, B) Las características; C) Los mecanismos complementarios; III. Correlación entre los principios de la reforma penal y el estado garantista; A) Transparencia/publicidad de las actuaciones dentro del proceso penal; B) Justicia alternativa; C) Argumentación como base de la oralidad en los juicios penales; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

Resumen

El propósito general de este ensayo es el de sustraer analíticamente los principios constitucionales del nuevo sistema de justicia penal acusatoria, para correlacionarlos con los del estado democrático contemporáneo. Tarea que conlleva un repaso generalizado de la reforma en comento, al tiempo que conduce a la comprensión integral del fenómeno jurídico.

Palabras clave

Principios constitucionales, transparencia, medios alternos de solución de controversias, interpretación, argumentación.

⁸ Doctora y maestra en derecho por la UNAM. Investigadora de la Universidad Veracruzana.

I. Revista sobre los derechos fundamentales.

Abordar el tema de los derechos fundamentales en relación al sistema de justicia penal en México, que ha venido implementándose en etapas y ritmos diversos, según la entidad federativa que se analice, nos remite por un lado, a lo que parece la natural correlación de la materia penal con el estado de derecho garantista que ha venido moldeándose a partir de la ola de reformas constitucionales estructurales de los últimos años.

Por otro lado, esta reforma en materia penal constituye la respuesta del estado mexicano, a las diferentes demandas tanto internas (de la sociedad civil) como de los organismos internacionales de derechos humanos, en el sentido de la innegable opacidad, dilación, impunidad y en muchos casos, imposibilidad de acceder a un sistema de justicia eficiente y eficaz.

Al situar a los derechos fundamentales como el centro de convergencia por el que pasa todo lo que ocurre en el mundo social y jurídico, el impacto es multidisciplinario, y por cuestiones de la importancia de la materia penal y de su consabida opacidad, también debía tener modificaciones profundas.

Nos situamos en un modelo de sistema jurídico garantista, que pasa de una metodología de corte formalista a una propuesta de corte funcional y sociológico que tiene entre sus principales fundamentos la reforma sobre derechos humanos y juicio de amparo de junio de 2011; la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco de 23 de noviembre de 2009, y el Expediente Varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de julio de 2011, en las cuales se establecen con gran claridad

los principios rectores de los derechos fundamentales, su interpretación y aplicación, no obstante la sentencia sobre contradicción de tesis 293/2011 sobre la jerarquía de tratados internacionales en el ámbito constitucional, emitida por la Suprema Corte de Justicia en el mes de septiembre de 2013.

En tal sentido, el propósito de este ensayo es la identificación de los principios constitucionales que al menos en nuestra mirada, representan el fundamento del estado de derecho democrático, y que por tanto constituirán pautas importantes de seguimiento en su aplicación.

Iniciando, con un brevísimo repaso sobre los principios que analizaremos, recordamos que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar. (Ferrajoli, 1999, Pp. 10-13).

Entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones, de respetar) adscrita a un sujeto por una norma jurídica;

Y por *status*, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Considerando que a cada valor le corresponde un derecho subjetivo y que en todo caso, a cada derecho natural le corresponde un derecho positivado.

A) Los derechos y garantías.

El derecho es una concepción sustantiva, relativa al contenido y la garantía es una concepción adjetiva que tiene referencia al medio para hacer eficaz el derecho, esto es, para devolverlo a su estado original, antes de que fuera violado o no respetado. (Fix-Zamudio, 2005, p. 178 y ss).

Esto último es de especial relevancia si consideramos la materia penal, pues precisamente este punto de reparar o restaurar las cosas al estado en que se encontraban, o bien, operar eficazmente la indemnización que corresponda, se convierte ahora en uno de los pilares del nuevo sistema acusatorio.

Podemos sumariamente identificar que las garantías en el estado de derecho moderno, hacen referencia a las garantías individuales del gobernado, es decir, a los derechos de libertad (primera generación).

Y las garantías en el estado contemporáneo de derecho constitucional, hacen referencia a los medios de defensa de los derechos fundamentales, ya sean procedimientos jurisdiccionales o administrativos y no jurisdiccionales (en este rubro se incluyen todos los que se desahoguen a través de los procedimiento contencioso/administrativo en estricto sentido; aquellos que están a cargo de los Ombudsman por violaciones de naturaleza administrativa; y también los Medios Alternos de Solución de Conflictos (MASC).

Medios alternos que en un análisis extensivo incluyen los privados y los públicos, y que abarcan un sinnúmero de materias jurídicas, desde derechos ambientales y de consumidores, pasando por actos comerciales, entre muchos otros, y muy recientemente incluso en algunos casos de la materia penal.

En el estado constitucional de derecho, el concepto para acuñar la referencia a las garantías individuales, es precisamente el de derechos fundamentales.

B) Las generaciones de los derechos fundamentales

En términos de la teoría sobre derechos humanos, identificamos:

- 1) Derechos de primera generación / civiles y políticos.
- 2) Derechos de segunda generación / sociales, económicos y culturales.
- 3) Derechos de tercera generación / difusos y colectivos.

La primera generación de derechos fundamentales es fruto del liberalismo político del siglo XVIII, que se instaura en las primeras constituciones escritas (construcción del estado de derecho moderno).

Los derechos de segunda generación están constituidos por los derechos económicos, sociales y culturales del hombre.

Se reconocen en los textos normativos a principios del siglo XX, particularmente cuando el Constituyente de 1917 en México incluye en su articulado los derechos que son fruto de las luchas sociales por las condiciones de los trabajadores y el reparto de tierras.

Corresponde al Estado una obligación de hacer, dado que tales derechos tienen que realizarse a través o por medio del Estado.

El Estado debe actuar como promotor y protector de bienestar económico y social, es decir, convertirse en el garante del

bienestar de todas las personas dependientes de su jurisdicción, para que éstas desarrollen sus facultades al máximo, individual y colectivamente.

En el caso de los derechos colectivos e intereses difusos o derechos fundamentales de tercera generación, distinguimos: (Barbosa, 1992, p. 235).

- 1) Derechos colectivos: son aquellos que corresponden a una colectividad determinada, es decir, a un grupo humano determinado que tiene características comunes, en virtud de que existe un vínculo (jurídico). Por ejemplo, las sociedades mercantiles, el sindicato, el condominio, las comunidades indígenas, entre otros.
- 2) Intereses difusos: Son aquellos que pertenecen a una comunidad indeterminada, entre los cuales no existe una relación jurídica base. Inciden en factores de hecho frecuentemente genéricos, accidentales y mutables.

Como características comunes a los derechos colectivos y los intereses difusos, se encuentran su transindividualidad y su naturaleza indivisible.

Por lo que los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo, constituye la lesión de la comunidad entera.

Por su parte, una de las diferencias entre los derechos colectivos y los intereses difusos es que estos últimos pertenecen a una comunidad de personas indeterminadas, entre las cuales no existe relación jurídica base.

Mientras que en los intereses colectivos la comunidad de personas si es determinada o determinable, en la medida en que dichas personas constituyen un grupo, una categoría o una clase, y en que además, existe una relación jurídica base entre estas y un tercero.

Algunos ejemplos de intereses colectivos son los derechos étnicos, los derechos de consumidores así como sus reparaciones e indemnizaciones. Sobre los difusos podemos mencionar el derecho a la paz, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

A manera de repaso, traemos a colación la identificación que hace el maestro Jorge Witker (2010) en relación a que la primera generación de derechos se refiere a los derechos civiles o derechos contra el Estado.

La segunda, es sobre los derechos políticos o derechos a participar en el Estado.

La tercera, tiene que ver con los derechos económicos, sociales y culturales o derechos crédito.

Y la cuarta con los derechos de solidaridad, es decir, los derechos por encima del Estado. El destinatario es el género humano, por ejemplo el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la paz, el derecho a la autodeterminación de los pueblos (sistema de jurisdicción internacional).

C) Sobre los principios que rigen los derechos humanos.

Bajo esta perspectiva, en conexión natural con la propia reforma constitucional de 2011, el sistema penal acusatorio queda implícita e intrínsecamente ligado a los propios

principios que rigen para los derechos fundamentales y que quedaron previstos en el artículo 1º constitucional, a saber:

- 1) El principio de universalidad, según el cual se procura la observancia de un mínimo común en todo el mundo, de ciertos derechos fundamentales. (Sagües, 2006, p. 219)
- 2) El principio de interdependencia, que nos refiere que por la naturaleza especial del ser humano, los derechos son indivisibles y por tanto no deben limitarse a los previstos en el texto normativo positivo, refiriendo que la tutela del valor de la persona no puede tener límites (Hitters y Fappiano, 2007, p. 54)
- 3) El principio de indivisibilidad, por el que se advierte la imposibilidad de aducir la separación de los derechos al hacer una interpretación o defensa de los mismos, debiendo entenderlos como mencionamos previamente, entidades de unidad y no como entidades divididas.
- 4) Y el principio de progresividad, conforme al cual entre las diversas alternativas para aplicar la norma, debe elegirse, en todos los casos y en cualquier tiempo futuro, aquella que restrinja en menor medida el derecho en cuestión. (Sagües, 2006)

Considerando que tales principios resultan aplicables tanto al sistema interno como al supranacional de justicia, en los ámbitos:

- 1) Jurisdiccional,
- 2) Administrativo, y de
- 3) Organismos no jurisdiccionales.

II. Revista sobre la reforma constitucional al sistema de justicia penal.

La metodología para continuar el análisis en el presente ensayo se basa en la identificación de los principios y características generales del nuevo sistema penal acusatorio, correlacionando tales principios, con los de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, desde una perspectiva que desde luego, no sólo es muy particular, sino que además podría en cada rubro desarrollarse con mucho mayor profundidad, conforme se vaya aplicando en el tiempo.

Con la reforma de 18 de junio de 2008 publicada en el Diario Oficial de la Federación, se lleva a cabo la incorporación del sistema procesal penal acusatorio, mismo que representa un cambio en las reglas del procesamiento en beneficio de las expectativas de un estado de derecho democrático.

Una reforma tan profunda, tiene como propósito modificar no solamente las reglas del proceso o las previsiones legales, sino que trasciende a un cambio en la cultura de la propia sociedad mexicana, entendiendo por cultura, un código de creencias, valores compartidos que se transmiten a través de significados sutiles y subliminales (Basañez, 2010).

Valores que por tanto, son cambiantes y se modifican al ritmo de la sociedad misma.

Tiene que ver con el proceso de interiorización de la norma, para que se ejerza plenamente requiere que la sociedad a la que se aplique, lo acepte y tenga confianza en el sistema, sus instituciones y sus operadores.

A) Los principios.

Como principios de esta reforma encontramos los prescritos en el artículo 20 constitucional, a saber (Consejo de la Judicatura Federal, 2011):

- 1) Publicidad, todo acto jurisdiccional debe ser público, salvo razones fundadas en la protección de las víctimas o del interés público.
- 2) Contradicción, que consiste en el indispensable interés de someter a refutación y contraargumentación la información, actos y pruebas de la contraparte.

Equilibrada confrontación que materializa el sistema de pares, pues en un procedimiento marcadamente contradictorio, toda la actividad procesal depende de la intervención de las partes.

- 3) Concentración, que se entiende como la posibilidad de desarrollar la máxima actividad del procedimiento en la audiencia del juicio oral, o en el menor número posible de sesiones. El derecho a un juicio sin interrupciones o dilaciones injustificadas. El desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deben ocurrir en un mismo acto procesal.
- 4) Continuidad, en la presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate, se desarrollarán ante el juez y las partes en una audiencia que será continua, sucesiva y secuencial, salvo casos excepcionales previstos en la ley.
- 5) Inmediación, entendido como la actividad propia del juzgador de presenciar de manera directa y personalísima la recepción o desahogo de pruebas y de

los alegatos de las partes, debiendo regir para todo vínculo de los intervinientes en el proceso. Considerando que la inmediatez tiene que ver con la cercanía de la prueba a los hechos (se trata de un tema de temporalidad), a diferencia de la inmediación, es un tema de conexión, de cercanía, de autenticidad en cuanto a que el juez conozca directamente la prueba, y no a través de intermediaciones.

Como vemos, el nuevo sistema se basa en actos concentrados y continuos que procuran la inmediatez. Se constituye como un sistema de partes, que advierte la necesaria contradicción entre ellas, en el que cada una ejerce sus habilidades y argumentos para el logro de sus objetivos.

Retomando lo que establece la Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que sostuvo que las garantías englobadas dentro del debido proceso deben respetarse en tres momentos: 1. Al momento de la detención, 2. En el desarrollo de procedimientos judiciales y 3. En el cumplimiento de una medida reeducativa o de internamiento (incluso la prisión).

B) Las características.

Como características del proceso penal, se encuentran las de:

- 1) Acusatoriedad, por lo que las facultades de investigación, acusación y juzgamiento están claramente separadas.
- 2) Adversarialidad, referimos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado al reconocer que el derecho a un juicio

adversarial contradictorio significa que los principales contendientes (fiscal y defensa) tengan la misma oportunidad de conocer y comentar las observaciones documentadas y evidencias aducidas por la otra parte (igualdad entre las partes / igualdad en derechos).

- 3) Oralidad, tomando en cuenta que en el proceso dialéctico prevalecen la idea de debate, de controversia, de contradicción, entonces será la síntesis dialéctica de la actividad de las partes encaminada a velar por los intereses que representan.

C) Los mecanismos complementarios.

Estableciendo como nuevos mecanismos complementarios dentro del proceso penal, aquellos alternativos de salida o de culminación anticipada del proceso en sentido estricto, o bien, los mecanismos alternos de solución de conflictos penales, tales como la mediación y la conciliación.

Como soluciones anticipadas al proceso penal que evitan llegar al juicio oral, una vez iniciado el proceso, se reconoce por parte del inculpado la comisión del hecho, y se llega a una forma de acuerdo de como restaurar el daño, pudiendo alcanzar una suspensión condicionada del proceso o una resolución con efectos atenuados.

La otra forma tiene que ver con los acuerdos reparatorios, que se reservan a cierta clase de delitos, donde los bienes jurídicos son generalmente disponibles y sólo se afectan los intereses del directamente agraviado particular, caso en que con autorización del juez se puede llegar a un acuerdo reparatorio o restauratorio.

En soporte de lo anterior, la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas establece los

principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa.

Una vez que hemos esbozado de forma muy genérica, pero sin duda esquemática, los principios, características y mecanismos del nuevo sistema acusatorio, los correlacionamos con los principios constitucionales del estado de derecho garantista, que nos estarían posicionando en un paradigma diferente al del estado formalista.

III. Correlación entre los principios de la reforma penal y el estado garantista.

A) Transparencia / publicidad de las actuaciones dentro del proceso penal.

Un derecho fundamental que puede contraponerse a la corrupción que colma un país como el nuestro, es precisamente la transparencia de los procedimientos y operaciones realizadas por entes públicos y entes privados que en todo caso implican consecuencias de beneficio o perjuicio hacia particulares.

Sin descontar los indiscutibles avances de la reforma constitucional de 2011 en relación a la procedencia del juicio de amparo como medio por excelencia para la defensa de los derechos humanos y la referencia a la procedencia de los medios alternos por parte de asociaciones civiles y grupos específicos, en ciertas materias y cumpliendo ciertas condiciones, de manera plena, la realidad es que en México, los derechos fundamentales no son directamente oponibles a particulares; y específicamente en el caso de la publicidad de las actuaciones judiciales, nos hemos caracterizado por una opacidad infinita.

En tal sentido, se siguen imponiendo limitaciones al ejercicio extensivo de las prerrogativas de acceso a la información y

publicidad, que al menos en materia penal, quedarían mejor colmadas de aplicarse cabalmente el principio de transparencia de la reforma en comento.

Como nos señala el doctor Ernesto Villanueva (2011) el derecho a la información abarca las relaciones entre Estado, medios y sociedad, así como los alcances y límites del ejercicio de las libertades de expresión y de información y el derecho a la información a través de cualquier medio.

El derecho a la información incluye diferentes supuestos, como son:

- 1) El derecho a atraerse información, que incluye facultades de acceso a los archivos, registros, documentos públicos; así como la decisión de qué medio se lee, escucha o contempla.
- 2) El derecho a informar, incluye libertades de expresión y de imprenta, así como la constitución de sociedades y empresas informativas.
- 3) El derecho a ser informado, incluye facultades de recibir información objetiva, oportuna y veraz, la cual debe ser completa y con carácter universal.

Por su parte existe también una diferencia entre transparencia y acceso a la información pública.

La transparencia significa que las razones de toda decisión gubernamental y administrativa, así como los costos y recursos comprometidos en esa decisión y su aplicación, están accesibles, son claros y se comunican al público en general.

No se trata solamente de exponer cifras, datos, referencias y cuadros, la transparencia apunta principalmente a conocer la

información precisa y clara para la toma de decisiones; conocer de manera directa la razonabilidad que aplican los jueces en sus resoluciones durante el desarrollo de un juicio; la publicidad de las audiencias, la motivación y argumentación de los jueces y las partes; así como el conocimiento veraz por parte de los ciudadanos para la exigibilidad de la rendición de cuentas, que en el caso proceda.

B) Justicia alternativa.

¿Qué podemos entender por justicia alternativa?, es la interrogante con la que me parece interesante iniciar este apartado.

Tradicionalmente, hemos reconocido como vía por excelencia para el acceso a la justicia el de las garantías jurisdiccionales, esto englobaría todo aquello que conocemos como los juicios, ya sean en materia civil, penal, mercantil, amparo, entre otros.

No obstante, el estado garantista de derecho nos obliga a reconocer medios diversos que nos lleven al mismo propósito, acceder a la justicia, reparar el daño, indemnizar adecuadamente a la víctima, por citar los más comunes.

En tal sentido, señalamos que las formas para llegar a la solución de un conflicto, en principio pueden ser:

- 1) De carácter privado, o bien
- 2) De carácter público.

Haciendo referencia a la doctrina, prevalecen dos categorías:

- 1) Medios autocompositivos, que consideran la solución a la controversia propuesta por uno o por ambos

elementos subjetivos parciales (partes), llegando a un acuerdo/arreglo que es aceptado por ambos.

- 2) Medios heterocompositivos, en los que la solución al conflicto es dada por un tercero ajeno al problema, siendo que dicho tercero resuelve de forma vinculativa la controversia.

De tal forma, la solución a los conflictos, además de las múltiples garantías (procedimientos adjetivos) previstos en la Constitución, a grandes rasgos, pueden tener cualquiera de las combinaciones anteriores; privados y autocompositivos, como sería una conciliación comercial; privados y heterocompositivos, tales como un arbitraje entre dos empresas celebrado ante una Cámara de Comercio; públicos y autocompositivos, como lo es la conciliación que se desahoga ante la Procuraduría Federal del Consumidor entre proveedores y consumidores; y públicos y heterocompositivos, como lo es un arbitraje que se lleva a cabo ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico; o bien, como un juicio penal que resuelven los juzgados en la materia.

En refuerzo de lo anterior, destacamos que en relación al rubro administrativo, el Comité de Derechos Económico Sociales de la Organización de las Naciones Unidas, Observación General número 9 en correlación con el artículo 17 constitucional sobre Medios Alternos de Solución de Controversias, establece que:

Paralelo a la creación de recursos judiciales, el Comité implementó un concepto más amplio al que denomina “recursos legales”, considerando así a los recursos administrativos, debiendo ser: accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces, dejando a salvo la posibilidad de plantear una apelación judicial (léase procedimiento contencioso administrativo/medios alternos de solución de controversias).

En la misma tesitura, con publicación en el Diario Oficial de la Federación de fecha 29 de julio de 2010, el artículo 17 constitucional fue reformado para establecer la:

- 1) Regulación de acciones colectivas, dejando la competencia a los jueces federales, así como la determinación de las materias a la legislación secundaria.
- 2) Regulación sobre mecanismos alternos de solución de controversias.

Siendo así, la reforma constitucional al sistema de justicia penal prevé los mecanismos alternos de solución de controversias para (Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, 2007): ¹¹

- 1) Cambiar al paradigma de la justicia restaurativa.
- 2) Propiciar una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí.
- 3) Privilegiar la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo.
- 4) Que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño.
- 5) Despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales.

Se colocan así, mediación y conciliación penales, como garantías adicionales de acceder a la justicia de forma más eficiente y menos dilatada (ONU, 2006)

Entendiendo que en el caso de la mediación penal, se trata de un programa restaurativo, en el cual un tercero, denominado facilitador, sin intervenir en las decisiones de las partes víctima-victimario, facilita la vía del diálogo y el acuerdo común, a fin de que al primero se le repare el daño y el segundo se reincorpore a la sociedad.

Por otro lado, la conciliación penal constituye un programa restaurativo, en el cual un tercero, denominado facilitador, interviene en las decisiones de las partes víctima-victimario, facilita la vía del diálogo y el acuerdo común a fin de que al primero se le repare el daño y el segundo se reincorpore a la sociedad.

Por tanto, la diferencia entre mediación y conciliación radica en la participación que lleva a cabo el facilitador; en la mediación conduce el proceso pero no interviene directamente y en la conciliación sí puede sugerir pautas de acuerdo.

C) Argumentación como base en la oralidad de los juicios penales.

Finalmente, un elemento que consistentemente se ha señalado en relación al nuevo sistema de justicia penal es el de la oralidad de los juicios. Si bien, no se concibe como un principio, ni como un mecanismo complementario, sino como una característica, eso sí, de todas y cada una de las actuaciones del proceso en comento, resulta fundamental destacar su importancia, en relación a cómo impacta en la transición de un estado formalista a uno de corte garantista.

Pues el abordar la oralidad nos lleva sin duda a tomar en cuenta dos de las actividades más relevantes de los sistemas jurídicos contemporáneos, la interpretación y la argumentación; sin estas no hay proceso dialógico, ni comprensión, ni razonabilidad.

Si dejamos de lado finalmente la visión estatalista del derecho y lo concebimos como un fenómeno social objeto de interpretación, la interpretación se delinea como la pre-comprensión, o en su caso, una comprensión con base en el horizonte hermenéutico¹³ del operador que intente llevar a cabo la interpretación, es decir, con base en el bagaje cultural y las vivencias que posee.

Sintetizando el proceso de interpretación se puede señalar el siguiente esquema:

Deliberación o juicio	Actualización de la Norma	Aplicación del derecho
El juez debe tener presente que el derecho no es una ciencia exacta, sino una ciencia social que evoluciona con el tiempo y con las circunstancias. El juez debe tener presente que el derecho no es una ciencia exacta, sino una ciencia social que evoluciona con el tiempo y con las circunstancias.	El juez debe tener presente que el derecho no es una ciencia exacta, sino una ciencia social que evoluciona con el tiempo y con las circunstancias. El juez debe tener presente que el derecho no es una ciencia exacta, sino una ciencia social que evoluciona con el tiempo y con las circunstancias.	El juez debe tener presente que el derecho no es una ciencia exacta, sino una ciencia social que evoluciona con el tiempo y con las circunstancias. El juez debe tener presente que el derecho no es una ciencia exacta, sino una ciencia social que evoluciona con el tiempo y con las circunstancias.

Siendo que al momento de aplicarse el derecho, es indispensable motivar la decisión, es decir, expresar sus razones y alejarla de todo arbitrio (como lo consideran Kelsen o Hart).

La aplicación exige de la motivación para lograr el convencimiento de las partes y la persuasión del auditorio universal (decisión razonable); por lo tanto, en un juicio basado en la oralidad de las actuaciones, la argumentación se erige como el instrumento de la aplicación.

Por su parte, la interpretación de autoridad es por tanto, un acto discrecional, y la interpretación jurídica hace referencia a la indeterminación del derecho.

Para Hart (Cárdenas, 2006, p. 63) la interpretación se explica a partir de la indeterminación en el lenguaje del legislador (indeterminación semántica porque todo lenguaje representa un halo de vaguedad o de textura abierta; y la indeterminación

voluntaria). Aunado a la ambigüedad que define en términos de la existencia de más de una norma aplicable a un mismo caso concreto, y la indeterminación por considerar los propósitos perseguidos por la regla.

2) ¿Qué entendemos por argumentación?

Por su parte, en relación a la argumentación (Atienza, 2009, p. 96) se entiende como un proceso integral de motivación, en el que si únicamente atendemos el aspecto formal que considera la competencia del órgano, el procedimiento y la previsión normativa, sería un proceso incompleto.

Siendo indispensable considerar también el aspecto material o de contenido del razonamiento, y la relación intersubjetiva entre las partes (juez, interesados, auditorio universal), tal como se prevé que ocurra al preponderar el proceso dialéctico y de contradicción en el nuevo juicio penal acusatorio.

El contexto del auditorio universal presupone condiciones democráticas no sólo como sistema de renovación de élites de gobierno y procedimentales de carácter electoral, sino también con estricto apego a los derechos fundamentales y a los medios de acceso a la justicia (tanto jurisdiccionales como administrativos, públicos y privados).

En este sentido, las teorías jurídicas de argumentación sostienen que la parte justificativa de la decisión se concentra en dar razones, apelando a la autoridad y al procedimiento, así como al contenido de la decisión, buscando siempre que el resultado sea formal, material y dialécticamente correcto.

Al abordar las teorías de la argumentación que consideran el contenido normativo y la relación intersubjetiva, sobreviene la necesidad de replantear el método para llevar a cabo tal proceso de motivación, lo cual podría dar un poco de luz en

relación a los grandes retos que se presentan para todos los operadores del nuevo sistema penal, refiriendo en este caso el pensamiento de Robert Alexy (1993, pp. 31-34) cuando se pregunta cómo afecta la existencia de los derechos fundamentales básicos al razonamiento jurídico.

Su propuesta señala la ponderación o balanceo, es decir, un procedimiento racional de ponderación provisto a partir de la teoría de los principios, siendo que los principios son mandatos de optimización y como tales implican la llamada regla de proporcionalidad (según la terminología alemana).

Por lo que para Alexy, en contraste con los representantes de la teoría de principios estricta, en el razonamiento práctico general y en el razonamiento jurídico, no se puede contar con un método que permita llegar a una solución definitiva para cada caso difícil.

Esbozando solo algunos de los elementos que consideramos de relevancia para ser considerados en esta nueva etapa del sistema de justicia penal en México, en relación al paradigma formalista/escrito vs garantista/oral, referimos los siguientes:

- a) La hermenéutica como interpretación;
- b) La ponderación como método argumentativo;
- c) La corrección del derecho a partir de las decisiones materialmente jurisdiccionales al momento de la aplicación en el caso concreto, partiendo de la crítica interna del derecho vigente;
- d) Un concepto de certeza y seguridad jurídica más exigente porque implica tener en cuenta todos los elementos normativos y sociales que intervienen en una decisión jurídica;

- e) La consideración de la relación intersubjetiva por parte del operador jurídico al aplicar el derecho (juez, participantes, auditorio universal), con el objeto de que la decisión sea aceptada y en su caso interiorizada por todos;
- f) La supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales dentro de un sistema democrático.

IV. Conclusiones.

Es lugar común para muchos de los operadores jurídicos, léase jueces, funcionarios, abogados litigantes, estudiantes, los propios ciudadanos, entre otros, seguir la inercia de las pautas formalistas de la comprensión del derecho.

Razón la anterior, por la que hemos de celebrar todos los esfuerzos académicos para conocer un poco más cada vez sobre la inminente transición de nuestro sistema jurídico.

El entendimiento del derecho como fenómeno social y al mismo tiempo multidisciplinario e integral es indispensable para abrir el espectro de la comprensión de las reformas constitucionales que se han venido modelando en la última década.

No existe más un estado decimonónico con instituciones tan definidas y poderes tan separados y funciones tan específicas. En nuestra particular visión lo que prevalece es un estado de corte garantista desde la perspectiva constitucional, un estado pro persona, que permea la preponderancia de los derechos fundamentales, como prerrogativas y como garantías adjetivas, en todas las áreas jurídicas.

En este sentido, el análisis realizado en este ensayo nos ha permitido comprobar la hipótesis sobre la correlación entre los

principios constitucionales y los que ahora rigen para la materia penal.

Destacando de forma relevante, la transparencia y publicidad de todas y cada una de las actuaciones judiciales, que colma uno de los principios indispensables de aquellos estados que se autodenominen democráticos, pues sin efectivo acceso a la información solo nos quedan la opacidad y los totalitarismos.

Por otro lado, los medios alternos de solución de conflictos, no solo como mecanismos complementarios, sino como el fortalecimiento mismo de las garantías de acceso a la justicia, dejando de lado aquella visión de que serían efectivas únicamente si eran desarrolladas por órganos formal y materialmente jurisdiccionales, para reconocer el lugar de importancia que tienen en un modelo de garantías diversificado y aplicable a todas las materias.

Finalmente, la actividad de la interpretación y la argumentación, como fundamento de la razonabilidad de las decisiones de los jueces y de la sociedad en general. Solamente cuando somos partícipes de los procesos dialécticos en materia jurídica, conocemos la motivación de las decisiones y resoluciones correspondientes, la comprendemos y la aceptamos como partes y como ciudadanos, es que se puede hablar de un estado democrático verdadero.

V. Bibliografía.

- Alexy, Robert. (1993). *Derecho y razón práctica*. México. Fontamara, S.A.
- Atienza, Manuel. (2009). *El derecho como argumentación*. México. Fontamara, S.A., 2ª reimpresión.
- Basañez O, Miguel. (2010). *Análisis del desarrollo cultural diferenciado entre los países de América y Europa*.

- (Conferencia magistral). Instituto Fletcher, Tufts University, Cambridge Massachusetts.
- Cárdenas G, Jaime. (2006). *La argumentación como derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª reimpresión.
- Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATrib).
- Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia. (2007) Dictamen con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Consejo de la Judicatura Federal. (2011). El nuevo sistema de justicia penal acusatorio desde la perspectiva constitucional.
- Ferrajoli, Luigi. (1999). *Derechos y garantías, la ley del más débil*. España. Trotta.
- Fix - Zamudio, Héctor. (2005). *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. México. Porrúa.
- Gadamer, Hans George. (1997). *Verdad y método*. Salamanca. Ediciones Sígueme, 7ª edición.
- Hitters, J y Fappiano, O. (2007). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo I, Vol. I, Buenos Aires, Argentina. Ediar.
- Manual para la aplicación de los programas de justicia restaurativa de la Organización de las Naciones Unidas (2006).
- Ovalle Favela, José. (2003, Mayo-Agosto). Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 107.

- Sagües, Néstor. (2006). La interpretación judicial de la Constitución. *Lexis Nexis*. Buenos Aires, Argentina.
- Villanueva, Ernesto. (2011). *Seguridad, transparencia y derechos humanos*. México. Jus.
- Witker, Jorge. (2010). Los derechos económicos y sociales (DESC) en el contexto de la globalización en *V Jornadas: Crisis y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

CAPÍTULO 5

NEGLIGENCIA PROBATORIA EN EL
SISTEMA PENAL ACUSATORIO, UN
ENFOQUE DEL MINISTERIO PÚBLICO
O FISCAL

Crosby González Montiel

NEGLIGENCIA PROBATORIA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO, UN ENFOQUE DEL MINISTERIO PÚBLICO O FISCAL

Crosby González Montiel ⁹

SUMARIO: I. Introducción; II. Los indicios y las evidencias del lugar de los hechos o hallazgo; III. El registro o carpeta de investigación y la incorporación de los datos; IV. Los datos de pruebas con valor indiciario del hecho y de la probable responsabilidad del autor o partícipe; V. Los medios de pruebas como elementos de la acusación y su trascendencia en el juicio; VI. Las pruebas y su valor probatorio para la sentencia; VII. La negligencia probatoria y su trascendencia en el procedimiento penal acusatorio; VIII. Conclusiones; IX. Bibliografía.

I. Introducción

Cuando en un proceso penal, el juez de la causa o de juicio, decide emitir una resolución contraria a los intereses del fiscal, de no obsequiar la orden de aprehensión, no legalizar la detención, no vincular a proceso o dictar una sentencia absolutoria; las preguntas que siempre nos hacemos, son: ¿Quién es el responsable de esta situación, el juez, la defensa, o el fiscal?; ¿Cuál fue el motivo o la causa por la que el juez tomó esta decisión?; ¿Acaso se realizó una investigación deficiente, donde la policía o el perito fallaron?; ¿El fiscal se condujo de forma negligente en la integración de la investigación, o no hubo una puntal defensa de la acusación ante el juez de juicio?; ¿Acaso la defensa realizó un mejor argumento que el fiscal?;

⁹ Doctor en derecho, actualmente Coordinador de Fiscales Especializados en delitos relacionados con hechos de corrupción y cometidos por servidores públicos, Catedrático, Docente certificado por la SECTEC para la implementación del sistema acusatorio.

¿Existió negligencia probatoria por parte del fiscal? o; ¿Fue el juez quién se equivocó?.

Estas son algunas de las múltiples preguntas que podemos realizarnos, para encontrar una explicación a los motivos que tuvo el juez para resolver de manera contraria a los intereses de la fiscalía dentro del procedimiento penal. Una de las ventajas del sistema acusatorio penal, es que se rige bajo el principio de publicidad, el público en general puede acudir a presenciar el desarrollo del proceso y verificar la forma en la que dentro de éste actúa cada uno de los sujetos procesales.

El presente trabajo fue pensado en el perfil del fiscal, teniendo en mente el principio constitucional de la carga probatoria. Todo fiscal, debe estar en el entendido que este es una de sus principales responsabilidades dentro del quehacer de la investigación y que, dentro del proceso o juicio penal se materializarán plenamente, en razón de que sin los datos o medios de pruebas pertinentes e idóneos, jamás logrará la suficiencia probatoria para acreditar la existencia del hecho y la responsabilidad del sujeto activo; mucho menos, la reparación del daño. Esta última situación puede verse mermada por la presencia de la *negligencia probatoria*; figura que si bien es cierto no se encuentra contemplada dentro de la normatividad sustantiva o adjetiva penal, lo cierto es que en la *praxis* de este derecho converge su existencia.

En el desarrollo de esta investigación, hemos tratado de identificar las significaciones, según su momento procesal, de los indicios, evidencias, datos, datos de pruebas, medios de pruebas y de las pruebas, así como de las obligaciones que tiene el fiscal de integrar la carpeta de investigación, según su jerarquía e importancia. También hemos puntualizado la importancia que tienen la interlocución y la argumentación que

realiza el fiscal por cada uno de los datos o medios de pruebas para el logro de la convicción del juez.

Asimismo se realizó un análisis de los perjuicios que puede causar la *negligencia probatoria* en las víctimas, a la función de procuración de justicia, al servicio público y a la propia Institución del Ministerio Público a la que pertenece el fiscal, al dejar de observar de manera voluntaria u omisamente, el principio de la carga probatoria.

II. Los indicios y las evidencias del lugar de los hechos o hallazgo

Hablar de los indicios y de las evidencias encontradas en el lugar de los hechos es partir de lo general a lo particular o viceversa; es indagar sobre la reconstrucción del cómo, dónde, por qué, cuándo, con qué, qué, a quién y quién posiblemente perpetuó un hecho probablemente delictuoso; estos indicios y evidencias pueden dar cuenta sobre qué conducta antijurídica se realiza y respecto de quién es el posible autor o partícipe de los mismos. Si esto se logra, representaría un gran avance para la fiscalía en la investigación y en la construcción de la teoría del caso, y se supondría que al final de todo el procedimiento penal, se condenará al responsable de estos hechos.

Para tener esta seguridad, la indagación de campo, la científica y la legal, tendrán que ir de la mano, bajo un esquema metodológico y técnico de investigación, donde los indicios que se localizaron en la escena se identificaron se fijaron, levantaron, embalaron y analizaron debidamente. Posteriormente, cuando los investigadores técnicos-científicos bajo los principios de intercambio, producción, probabilidad, transferencia, correspondencia y reconstrucción de fenómenos (Enciclopedia CCI, 2010, pp.127-131), encuentran que estos indicios mantienen una posible relación con el lugar, la víctima,

los objetos propios del lugar, o con el posible autor de los hechos; desde este momento, los indicios dejan de ser considerados como tal para convertirse en evidencias.

La construcción de cada uno de los datos o medios de pruebas, según el sistema penal acusatorio, tienen que ver de manera general con el escenario y con los indicios, los cuales pueden estar aparejado a un documento, testimonio, objeto o en el propio cuerpo humano, etc., su importancia se reflejará en el mismo momento o fase del descubrimiento probatorio, previsto por el artículo 337 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Los indicios en toda investigación son de vital importancia, puesto que estos constituyen el posible antecedente para la germinación de los datos o medios de pruebas, según su momento procesal que corresponda. Para los efectos de este trabajo, la conceptualización del indicio lo tomaremos como lo ha referido Hikal, que es el "signo aparente y probable de que existe algo tangible [...] todo objeto, instrumento, huella, marca, rastro, señal, o vestigio que se relaciona con un hecho posiblemente delictuoso" (2011, p. 293).

Consideramos que este concepto abarca cada uno de los elementos generales y básicos que debería de contener el indicio para su entendimiento, sobre todo, para determinar su probable relación con los hechos y la persona o personas que se investigan. La cualidad de un indicio, dependerá siempre de la forma en que se le busca y se le presenta a la luz del derecho.

No obstante lo anterior, es de considerarse lo que al respecto refiere el Diccionario Espasa, que indica los indicios son "hechos de los cuales se deducen otros, que son jurídicamente relevantes, por subsumibles en el supuesto de hechos de una norma" (1991, p. 513). La idea de que el indicio constituye un hecho y que de éste se pueden deducir otros hechos con un

valor jurídico determinado, dependerá de su procedencia, recolección, procesamiento, análisis e interpretación. Los indicios aparejados a otros indicios, pueden ser fuertes evidencias para lograr demostrar del hecho, la autoría o participación de quien o quienes intervinieron en el mismo.

En ese sentido a la evidencia, debemos de entenderla según el Diccionario de la Real Academia Española como la "certeza clara y manifiesta de la que no se puede dudar"; también esta fuente considera que para el derecho, la evidencia es la "prueba determinante en un proceso" (2014, p. 985). Para nosotros una evidencia agregada o incorporada al registro de investigación se perfilará para constituirse en un dato de prueba y posterior en un medio de prueba, que desahogada en términos de ley, pueden ser de mucha utilidad para la propia sentencia. Lo anterior sería lo más idóneo y benéfico que sucediera en todas investigaciones que realiza el fiscal.

Sin embargo, pueden darse casos en que los elementos de la trilogía de la investigación no se encuentren integrados a un mismo objetivo, quizás porque no se guarda una debida coordinación y dirección entre ellos; como consecuencia de esta situación, se pueden presentar escenarios donde se ha cometido un ilícito, pero por la falta de esta organización, no se buscan ni se levantan o procesan los indicios idóneos, y los que pudieran haber sido hallados, en muchas ocasiones, no se solicitan los estudios específicos para que el indicio se convierta en evidencia.

Puede darse el caso también, que a pesar de haberse solicitado el estudio, en ocasiones, no se realiza el análisis adecuado para encontrar una verdadera relación entre el indicio y la víctima, el indicio y el lugar de los hechos o hallazgo, el indicio y el autor o partícipe de los hechos, o la relación entre los mismos indicios. Por tanto, este tipo de actitud irregular por parte del titular de la investigación o de sus auxiliares, generarán que el

indicio nunca llegue a ser una evidencia, a no cumplir con su función, además, de condenarse a su destrucción, pérdida o desaparición, o lo que resulta más grave, se le declare ilegal por un manejo inadecuado ante la falta de vigilancia del fiscal.

El actual sistema penal acusatorio, exige del fiscal o ministerio público tres cosas básicas importantes: a) *conocimientos*, de una efectiva metodología y técnica de investigación; b) *entendimiento* de la ley sustantiva y adjetiva penal; c) *coordinación*, el fiscal debe ser capaz de implementar una estricta dirección a efecto de que sus auxiliares –policía y perito– trabajen bajo una misma línea en pro de la función investigadora que se les ha encomendado, a efecto de garantizar a la sociedad una verdadera procuración de justicia y reparación del daño.

III. El registro o carpeta de investigación y la incorporación de los datos

De acuerdo a lo que dispone nuestra Carta Magna en su artículo 20, todos los actos de investigación que realice el ministerio público o la fiscalía –de aquí en adelante solo le denominaremos fiscal o fiscalía, según sea el caso–, deben estar contenido en un registro, o como la legislación nacional procesal la denomina: "carpeta de investigación".

Al conceptualizar lo que es un registro o una carpeta de investigación, Tania Luna y Miguel Sarre, han sostenido que:

[...]una bitácora del agente del MP para llevar registro de la investigación que realiza que, a diferencia del expediente en la averiguación previa, como regla general, (antes de ser imputada la persona puede tener conocimiento de la investigación e incluso así poder optar por una salida alternativa) deberá hacerla del

conocimiento de la defensa a partir de la citación judicial para la formulación de la imputación, y no se hará entrega de la misma al Juez, puesto que se trata de material propio de una de las partes. El nuevo sistema implica romper con la existencia de material probatorio que se incorpora automáticamente al proceso por el solo hecho de agregarse al expediente y correspondiente pliego de consignación (2011, p. 7).

En efecto la carpeta de investigación para el nuevo sistema penal acusatorio es la bitácora –no un expediente como se consideraba en el sistema tradicional, con determinadas formalidades que los hacían rígido y reservado para las partes–, donde el fiscal va documentando todos los actos de investigación que realiza para considerar que efectivamente, es posible se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, y a su vez, la información para considerar que se ha identificado al probable autor o partícipe de mismo.

Es importante señalar que en cumplimiento al artículo 219 del Código Nacional de Procedimientos Penales y en estricta aplicación al principio de lealtad, a este registro solo tiene acceso el imputado y su defensor con el objeto de preparar su defensa; no obstante, como bien apunta los autores antes mencionados, este derecho le es vedado al juez, pues éste solo debe nutrirse del conocimiento de los hechos y de los datos de pruebas, por las versiones orales que cada una de las partes le hagan de su conocimiento.

El registro o carpeta de investigación, no cumple en este sistema penal acusatorio un papel preponderante, como lo hacía en el sistema tradicional la averiguación previa o la investigación ministerial,¹⁰ pues el objetivo de su constitución,

¹⁰ El expediente de investigación ministerial es una denominación que acogió el legislador Veracruz en el Código de procedimientos penales vigente para el

era reunir todos las pruebas necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad en términos de lo que disponía el artículo 16 constitucional vigente antes de la reforma del 2008. En la actualidad, donde el sistema acusatorio ha entrado en vigencia, la carpeta es un simple registro en donde el fiscal va incorporando la información que va reuniendo en torno a su investigación; y de ésta, el fiscal valorará cual de esa información, ahí reunida, empleará como dato de prueba para la formulación de la imputación. Esto es lo que justifica el por qué este registro no tiene ningún valor jurídico para el juzgador, por lo tanto, no es necesario que a éste se le entregue. Pensar lo contrario, es un tanto pensar que el juez debe de suplir las deficiencias del argumento del fiscal, como sucedía en el sistema anterior.

También, es importante puntualizar, que no todo lo que se registra en la carpeta de investigación se argumenta ante el juez, por lo que, lo no dicho en audiencia oral es “nada jurídica” para el proceso penal acusatorio. Esto nos indica que a pesar de que un dato fue agregado, de que tiene una posible relación con los hechos o con otras evidencias, de que era conocido para el fiscal, pero que no se argumentó de manera oral, tal vez, por la falta de una adecuada estrategia o técnica de litigación, este dato queda aniquilado para el proceso, por la sencilla razón que el juzgador no puede valorar lo que no escucha o no le justifican.

Para nosotros, el registro o carpeta de investigación es el instrumento donde el fiscal incorpora cada una de las diligencias o actos de investigación que practicó durante la etapa de investigación inicial, para obtener la información pertinente e idónea para acreditar los posibles hechos y la probable responsabilidad e identidad del sujeto activo; es

sistema tradicional. A nivel federal y en otras entidades se le conoce como expediente de averiguación previa.

también de donde se extraen los datos de pruebas para realizar la imputación y justificar los argumentos para la solicitud de vinculación a proceso. En la fase de la investigación complementaria, la carpeta de investigación, es el documento donde registra todos los medios de prueba recabados para que la fiscalía esté en condiciones de formular la acusación, y finalmente en la etapa de juicio, sirve como guía al representante social para preparar los argumentos que se expresará en la audiencia de juicio oral.

Consideramos también, que con independencia de ser una simple bitácora o un simple registro de datos, el registro o carpeta de investigación, debe estar construido (aunque sin las formalidad específicas que exigía el anterior sistema), bajo una metodología científica propia de una indagación seria, en donde cada acto registrado debe tener una razón lógica para llegar al punto pretendido; además, debe estar dotada de una técnica, donde se advierta con claridad las herramientas, motivaciones y fundamentaciones que se emplearon para obtener la información ahí incorporada, evitando con todo ello, que los datos que la constituyen no se pongan en duda.

Para nosotros, la utilización del método y de la técnica de recolección de datos dentro de una carpeta de investigación, conlleva a las siguientes características:

- a) Lógica. Una investigación seria y bajo una metodología definida, debe estar pensada en objetivos generales y específicos, que en este caso no serán otros, más que el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño. En lo específico, deberá de identificar el hecho conforme a la norma violentada (tipo penal), e identificar al probable responsable para llevarlo ante el juez, para que lo declare responsable y

consecuentemente le imponga la sanción correspondiente.

- b) Sistemática. Si bien es cierto que el registro de investigación conforme a este nuevo sistema penal acusatorio, es desformalizado, no menos es, que la misma debe estar construida bajo un proceso por el cual cada dato o información debe estar ordenada por elementos, pasos, o por etapas; con el fin de otorgar a cada dato o información, la jerarquía que le corresponde. No olvidemos que para el sistema probatorio, hay información que puede alcanzar un valor por sí misma, otras, que para que puedan conseguir una ponderación relevante deben de estar complementadas o concatenadas con otras.
- c) Coherencia. La información recabada dentro de la carpeta de investigación debe revestir un alto grado de relevancia, por tanto, esta característica nos da la pauta para determinar que el contenido del registro de investigación es coherente, con objetivos generales y específicos de lo que nos hemos propuesto, que en estos casos, no pueden ser otros, más que los contenidos en el artículo 213 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que a la letra dice: “La investigación tiene por objeto que la fiscalía reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño”
- d) Cronología. Cada dato recabado debe estar determinado por la fecha en que fueron descubierto e incorporado al registro o carpeta de investigación, dando con ello, la certeza jurídica necesaria que la investigación se realizó bajo un estricto orden, facilitándole al propio fiscal, su lectura, desarrollo y comprensión de la génesis de los hechos, además, del seguimiento de la propia teoría del caso ahí contenida.

Bajo estas ideas, la incorporación de la información de los datos o medios de prueba al registro o carpeta de investigación, tendrá un verdadero sentido racional, con propósitos reales y objetivos específicos para probar o complementar otros datos. Es importante señalar, que estos datos o información pueden tener su origen en los indicios encontrados en el lugar de los hechos o hallazgo, en un documento, testimonio, etc., que al ser analizados, sirven de medio para encontrar una relación positiva o negativa con los hechos que se investigan; por lo tanto, es necesaria su incorporación, porque con ellos se convalidarán o se descartarán la o las hipótesis o las líneas de investigación propuestas para el esclarecimiento de los hechos.

La razón lógica del argumento que los datos incorporados en una carpeta de investigación se relacionan entre sí, dependerá de su consistencia, del fusionamiento con otros datos, que los fortalecerán para pasar a la siguiente fase del procedimiento penal, pero ahora, como dato de prueba real. No debemos pasar por alto que el dato de prueba, no tiene otro objetivo más que servir de palanca para la toma de decisiones positivas o negativas dentro de la investigación o el proceso.

Al referirnos a los antecedentes de la investigación, nos retrotraemos a los actos de investigación que se realizan para llegar a conocer o descubrir algo en particular; estos actos necesariamente generan un cúmulo de información que deberá ser categorizada y jerarquizada según su importancia, con la finalidad de justificar, confirmar y verificar la hipótesis de la investigación, con los que la fiscalía se ha convencido. Sin embargo, no debemos olvidar que el dato de prueba incorporado, categorizado, jerarquizado pero no alegado en su justa dimensión no podrá causar ningún efecto.

IV. Los datos de pruebas con valor indiciario del hecho y de la probable responsabilidad del autor o partícipe

Siguiendo la idea que el indicio puede tener varias fases dentro del procedimiento penal, y que su valor depende del tratamiento que le den los investigadores, que su trascendencia para ser evidencia estará sujeta a la información que esta contenga; además, que el indicio, ya como evidencia, al ser incorporada a la carpeta de investigación se convertirá en un “dato”; y que derivado de una labor racional, este “dato” forma parte esencial del vínculo o la conexión con el lugar de los hechos, con los instrumentos, la víctima o con el agresor.

El código nacional de procedimientos penales en su artículo 261, conceptualiza al dato de prueba como "la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aun no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado". Lo anterior nos indica que la información que se le comunica al juez de control en la audiencia inicial, respecto de la posible existencia del hecho ilícito que la ley penal señala como delito y de la probable responsabilidad, serán siempre dato de prueba; en razón a que ante él no se desahogan, por no ser el momento oportuno.

El dato de prueba también es la información que puede deducirse de cualquier información inserta dentro de la carpeta de investigación, tales como: un testimonio, una documental, una pericial, etc., por establecer una conexión o vínculo, o porque tiene capacidad de constituir indiciariamente que se ha cometido un hecho que la ley penal prohíbe; o identificar su autor o partícipe; o en su caso, sirve para fortalecer otros datos que prueba que tienen una intención específica dentro de la teoría del caso. De ahí que su valor como indicio quede al arbitrio del juzgador.

Para el juez entiende el dato de prueba, como el medio o el instrumento por el cual la fiscalía le intenta demostrar la existencia de un hecho y la posible identidad de su autor; o en su caso, lo considera como un medio complementario para fortalecer o dar claridad a otros datos de prueba que en ese acto le están presentando, por lo que bajo un análisis a conciencia deberá de otorgarle un valor.

En este contexto, podemos sostener que el dato de prueba –reunido en la investigación inicial– durante la fase de la investigación complementaria del proceso penal, es aquel al que se pretende se le asigne un valor indiciario dentro de la actividad probatoria, siendo su naturaleza discursiva e indirecta, su fuente deriva de un probable dato comprobado técnicamente, y que además, se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta (Mixán Mass, 1992, p. 1). Bajo esta idea, el mecanismo probatorio que realiza el juez de control, será con el objeto de legalizar o no la detención, o en su caso, vincular o no a proceso al imputado.

Lo anterior nos lleva a pensar cuál es el valor que puede dársele a un dato de prueba, como lo dispone el Código Nacional de Procedimientos Penales se encuentra establecido en su artículo 265, que refiere:

[...] Órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos [...], de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado [...] y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios.

El valor que se le otorga a un dato de prueba, no es de la misma dimensión que el juez de juicio otorga a los medios de prueba, su razón estriba, en que el dato de prueba solo es una referencia o un enunciado; en cambio el medio de prueba, es desahogado ante la presencia del juez de juicio y por tanto, puede ser susceptible de convertirse en una prueba; además que los objetivos y etapas de su existencia son distintas. El dato de prueba que presenta la fiscalía en la audiencia inicial, generalmente tendrá como objetivo llevar al probable autor o partícipe de un hecho a un proceso penal, en cambio, los medios de pruebas tendrán como finalidad la sentencia.

Los datos de pruebas presentados al juez de control en la audiencia inicial, puede tener diferentes objetivos, según la fase procesal y la calidad en que se encuentre el imputado – detenido o en libertad–, su valoración para cada momento procesal, deberá ser bajo un esquema de libertad, pero siempre justificando y explicando razonablemente su apreciación integral y armónica. Esto nos hace recordar lo sostenido por Mixán Mass, quien al respecto refiere:

Prueba indiciaria (o prueba por indicios) es un concepto jurídico-procesal compuesto y, como tal, incluye como componentes varios subconceptos: indicio (dato indiciario), inferencia aplicable y la conclusión inferida (llamada, aún por muchos, presunción del juez o presunción del hombre), que conducen al descubrimiento razonado de aquello que es indicado por el indicio (el conocimiento que se adquiere sobre lo que tradicionalmente se conoce como hecho indicado o dato indicado) (1992, p 10).

Este criterio nos indica que si un dato de prueba tiene un valor indiciario, este debe ser del resultado de un proceso mental de inferencia; cuyos elementos, de acuerdo a su raíz etimológica, son tres: el prefijo *in*, que puede traducirse como “hacia”; el

verbo *ferre*, que puede establecerse como sinónimo de “llevar”, y finalmente el sufijo *ia*, que es equivalente a “acción o cualidad”, por lo tanto la Inferencia es la acción y efecto de inferir, es deducir algo, sacar una consecuencia de otra cosa, conducir a un resultado. La inferencia surge a partir de una evaluación mental entre distintas expresiones que, al ser relacionadas como abstracciones, permiten trazar una implicación lógica.¹¹

Lo anterior, nos da la oportunidad de establecer cuáles son los mecanismos u operaciones mentales que debe realizar el juzgador para otorgarle a un dato de prueba un valor indiciario. Recordemos que al dato de prueba solo se le anuncia, por lo que es preciso que las partes —fiscal— lo presente y lo exponga con toda su dimensión, estructura y contenido, detallando la relación que guarda con el objetivo. Esta condición facilitará que el juez lo perciba al realizar las operaciones de inferencia para convencerse que la información que le presenta, es probablemente cierta y válida. Sin embargo, puede darse el caso, que el planteamiento del argumento se presente mal estructurado, que lejos de ayudar al entendimiento de la pretensión del dato de prueba, de su pertinencia y de utilidad, se logre la confusión, el cansancio y el hastío del juez, provocando un efecto negativo en su percepción.

En otras palabras, el valor indiciario de los datos de prueba, es deducido o inferido, y al relacionarse con otros datos de pruebas, consiguen traslucir que una afirmación es cierta y válida para ese determinado momento procesal (bajo un

¹¹ A nuestra consideración, al realizarse una inferencia y relacionar un dato con otro, podemos deducir, inferir y obtener como resultado que una idea puede ser cierta o positiva, misma situación ocurriría de manera adversa, es decir, que el resultado de este proceso sea negativa o falso. La información de la raíz etimológica fue consultado en: Definición de inferencia - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/inferencia/#ixzz3fFC9eOMI>

contexto de reducción de carga probatoria ministerial), por lo tanto, las consecuencias jurídicas que dentro de esta fase se pueden producir en el sentir del juzgador, son dos: a) que el fiscal al verter sus argumentos en la audiencia inicial, logre alcanzar la convicción de que sus hipótesis o teoría son ciertas, y por lo tanto, alcance sus pretensiones de que le legalicen la detención y logre la vinculación a proceso y; b) que al ser débiles los argumentos del fiscal en los datos de prueba, la defensa alcance a desvirtuarlos o ponerlos en duda ante los ojos del juez, logrando así, la libertad del imputado.

V. Los medios de prueba como elementos de la acusación y su trascendencia en el juicio

En el contexto que el juez se haya pronunciado respecto del auto de vinculación a proceso, antes de que clausure la audiencia inicial, en términos de lo que dispone el artículo 321 del Código Nacional de Procedimientos Penales, fijará los límites de la investigación complementaria, la cual no podrá tener una extensión mayor a dos meses, si la penalidad que prevé el tipo penal es menor a dos años, para el caso, que ésta fuera mayor a este tiempo, este plazo no podrá ser mayor de seis meses.

Sin embargo la propia ley nacional procedimental en sus dispositivos, marcado con el número 321 y 322 refiere, que el plazo de la investigación complementaria podrá excepcionalmente prorrogarse, siempre que esta ampliación de tiempo no rebase el término de seis meses. En acatamiento a esta disposición, el juez de control generalmente otorga un plazo inicialmente menor a este tiempo, previendo que el fiscal pudiera solicitar tal ampliación. Es de considerarse también, que la fijación del tiempo para el cierre de la investigación complementaria dependerá de la complejidad del asunto que le ponen en conocimiento, pero bajo los límites ya apuntados.

En base a lo anterior, podemos preguntarnos lo siguiente: ¿Cuál es el objetivo del plazo de la investigación complementaria? ¿Acaso el fiscal cuando pone a disposición del juez de control al imputado, no tiene perfectamente integrada su carpeta de investigación, con todos los medios de pruebas pertinentes? ¿Qué diferencia hay entre un dato de prueba y un medio de prueba? ¿El dato de prueba muta para convertirse en un medio de prueba?

Dando respuesta al primer cuestionamiento, podemos decir que el plazo para la investigación complementaria tiene como objetivo que el fiscal realice actos de investigación, para recabar los medios probatorios para fortalecer su teoría del caso y consecuentemente preparar su acusación; por lo tanto este tiempo será de actividad procesal, y no de pasividad como algunos piensan. Estos actos de investigación pueden ser de diversas especies (González Navarro, s.f., pp. 233-625), siempre que se ajusten a la legalidad y al respeto de los derechos humanos (artículo 388 ley nacional adjetiva penal), En este lapso de tiempo debe de realizarse un trabajo inteligente, preventivo y estratégico para allegarse de los medios de pruebas necesarios para formular la acusación y llegar a juicio.

El segundo cuestionamiento merece a nuestro parecer la siguiente respuesta: De acuerdo a la exposición de motivos de la Reforma Constitucional del 2008, que modifica el sistema procesal penal tradicional por uno de corte acusatorio, la carga probatoria para llevar al imputado a proceso se reduce, el fiscal para solicitar al juez de control una cita, una orden de comparecencia, una orden de aprehensión, así como para solicitar la vinculación a proceso, solo debe tener incorporados datos de pruebas indiciarios que sean útiles, pertinentes e idóneos para tal efecto.

Es por ello, que de acuerdo con lo establecido en el código nacional de procedimientos penales, la imputación es la

comunicación que ante el juez realiza el fiscal al imputado de que se encuentra “integrando” una carpeta de investigación (artículo 311 en relación con el 309 de ley nacional adjetiva penal). La expresión "se encuentra integrando", claramente nos da la idea que la labor del órgano de investigación no ha concluido, sino por el contrario, se encuentra en un punto de fortalecimiento, por lo que jamás podremos afirmar que para este momento procesal, se tenga una investigación completamente integrada, por lo que el tiempo para la recolección de los medios de pruebas se encuentra abierto –Investigación complementaria–.

A nuestro entendimiento la investigación complementaria es el momento procesal que la ley concede a la fiscalía, con el objeto de que complementa, perfeccione o fortalezca su indagación, y si estima que está en posibilidad de presentar su escrito de acusación y consecuentemente ejercerá la acción penal en términos de lo que dispones el artículo 335 primer párrafo de la ley nacional adjetiva en la materia. No debe perderse de vista que es la propia ley quien determina el plazo máximo a los que se debe sujetar esta etapa procesal, tampoco debe de pasarse por alto que la fiscalía, al término de este plazo puede optar por presentar solicitud de sobreseimiento total o parcial, solicitar la suspensión del proceso o formular acusación (artículo 324 Código Nacional Procedimientos Penales). Sobre el particular, es preciso advertir, que la víctima o denunciante puede hacer uso de los medio de impugnación correspondiente para oponerse a las dos primeras opciones.

En contestación al tercer cuestionamiento que refiere ¿Qué diferencia hay entre un dato de prueba y un medio de prueba? De acuerdo a lo que establece el propio Código Nacional de Procedimientos Penal, en su dispositivo 261 refiere:

El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado", [en cambio] " Los medios o elementos de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.

Lo anterior nos indica que el dato de prueba, es la información enunciativa y referencial que sustenta el argumento utilizado por el fiscal para lograr la convicción del juez; sin embargo, esta información no es conocida, materialmente hablando, por el órgano jurisdiccional, pues de ella solo sabrá a través del argumento oral de las partes, en especial del órgano de la imputación. En cambio, el medio de prueba es la información física plasmada en el documento llamado acusación, en el escrito presentado por la defensa en término del artículo 340 de la ley nacional adjetiva penal –en especial, en lo que dispone la fracción III, párrafos segundo y tercero– y en el auto de apertura a juicio.

Para Sotelo Salgado el medio de prueba "lo constituyen los datos empíricos que posee información relevante sobre los hechos de la *litis* y que al mismo tiempo, se sitúan en un escenario de argumentación procesal de las partes y de justificación del Tribunal en cuanto a la determinación fáctica". (2014, p. 7). Por su parte Ovalle Favela, refiere los medios de prueba:

Son los instrumentos y conductas humanas con las cuales se pretende lograr el cercioramiento del juez sobre los hechos objeto de la prueba. Estos instrumentos pueden consistir en objetos materiales – documentos, fotografías, etcétera– o en conductas

humanas realizadas bajo ciertas condiciones – declaraciones de testigos, dictámenes periciales, inspecciones judiciales, etcétera (2002, p.144).

En este mismo sentido, autores como Ana Pamela Romero, consideran a los medios de prueba, la declaración de la persona imputada, el testimonio de una persona, la pericial, los documentos, y cualquier medio técnico científico, siempre que sea conducente y no sea contrario a derecho (2010, pp. 249-273).

Como podemos apreciar los conceptos de Favela y Romero; coinciden que los medios de pruebas pueden estar presente en determinadas cosas u objetos, como en un arma, en fotografías, los dictámenes periciales y documentos encontrados en el lugar de los hechos o hallazgo; así como en las conductas humanas, como la declaración del imputado, testimonio de un testigo o perito.

Muñoz Neira, respecto al concepto medio de prueba, refiere que “es un vehículo para llegar a la prueba. Los medios de prueba nos permiten llegar a la existencia de ésta, lo que ocurrirá cuando dicho medio se desahogue en juicio y sea controvertido por las partes” (2006, p. 261). En consecuencia de lo anterior, el “medio de prueba” es el canal, conducto o vehículo que envuelve a una pretendida prueba. Decimos “pretendida”, en razón a que aún no puede determinarse si este cumplirá con su propósito, pues, para que esto suceda, dependerá de la forma en la que se presente, desahogue, y sobre todo, de cómo lo perciba e interprete el juez. Insistimos, el medio de prueba, es la fuente de la información y son las parte quienes la proponen y la justifican; el juez, quien la asimila y analiza para tomar una decisión respecto de los hechos que se le pone en conocimiento.

En este mismo sentido González Lagier, (2006) realiza una distinción entre lo que es un medio de prueba y prueba, y en ese sentido afirma:

En el proceso de la prueba judicial se pueden distinguirse, en efectos analítico, dos fases: una primera fase consistiría en la práctica de las pruebas y, por tanto, en la obtención de información a partir de ellas, esto es, a partir de lo que dicen los testigos, los documentos, los peritos, etcétera. Una segunda fase consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida en la primera fase. Esta segunda fase se correspondería, propiamente, con el razonamiento probatorio (p. 89)

Una vez que ha quedado claro la diferencia entre estas dos figuras jurídicas del proceso penal, desde una perspectiva de la fiscalía, sostenemos que para que un medio de prueba tenga su génesis en el escenario del juicio, debe formar parte del escrito de acusación o del documento que al respecto presente el asesor jurídico de la víctima o denunciante, y de manera adversa, los que ofrezca el órgano de la defensa técnica en términos de los que dispone el artículo 340 de la ley nacional adjetiva en la materia –puede darse casos, que en la *praxis* ésta disposición no se cumpla, sin embargo es deber de la fiscalía, como órgano técnico, exigir su cumplimiento en respeto a los principios de igual y contradicción que rigen al proceso penal acusatorio–.

VI. Las pruebas y su valor probatorio para la sentencia

Es este apartado nos referiremos a la pruebas desde un punto de vista general y desde una percepción del fiscal o ministerio público en el sistema acusatorio; para ello, haremos algunas alusiones a su concepción y desahogo, para quedarnos un poco

más, en el pretendido alcance de lograr la atención y la convicción del juez en el juicio oral y lograr un sentencia condenatoria.

Uno de los principios que no debemos olvidar en esta temática, es el principio de derecho que *él que afirma tiene la obligación de probar*; como consecuencia de lo anterior, si el órgano de acusación afirma que se ha cometido un hecho, y que además, ha logrado identificar a su autor o partícipe de los mismo; luego entonces, está obligado a probar tal afirmación con los medios de pruebas idóneos, y con argumentos sólidos que se desprenda de estos. A esta obligación se le denomina principio de la carga probatoria, que encuentra su asidero en el artículo 20 inciso A, fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que: “La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal”. Lo anterior encuentra armonía en la máxima *Ei incumbit probatio qui dicit, qui no negat*, cuya traducción significa que la prueba incumbe a aquél que afirma, no al que niega (Álvarez Suárez; 1995, pp. 437-439); asimismo, encuentra concordancia con el postulado *semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit*, mismo que se traduce como la necesidad de probar incumbe siempre al que demanda. (Martínez, 2007, p. 32)

La carga de la prueba tiene que ser plena, puesto que está obligada a destruir la presunción de inocencia que favorece al acusado (artículo 20 apartado B fracción I de la Constitución Federal). Esta afirmación se justifica, en razón a que sería irresponsable y crítico que el fiscal presente un caso ante el juez, con una carga probatoria a medias. La carga probatoria debe en todo momento ser contundente y eficaz, tanto en su preparación como en su presentación. De acuerdo a la publicación realizada por Eduardo Rusconi, la carga de prueba tiene su antecedente en el *corpus iures civilis*, pues refiere:

"Dejemos que todos los acusados comprendan que no serán condenados a menos que sea probado por testigos idóneos o por documentos contundentes, o por evidencia circunstanciales que lleve a prueba indubitable y que sea más clara del día" (recuperado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/40/pr/pr16.pdf>).

Bajo estas ideas, podemos entender a la carga probatoria como "una facultad o encargo que tiene una parte para demostrar en el proceso la efectiva realización de un hecho que alega en su interés, el cual se presenta como relevante para el juzgamiento de la pretensión deducida por el titular de la acción penal.(García del Río, 2002, p. 92). La carga probatoria es una necesidad de justificar las aseveraciones, afirmaciones o hechos dentro del proceso por su propio interés y no por un deber, por lo que en este contexto, la prueba es una necesidad apremiante para el acusador, que en este caso, es la fiscalía. Por su parte Sandoval ha sostenido que la prueba es un juicio de necesidad, es decir, una necesidad intelectual del ser humano, como sujeto cognoscente. La prueba se presenta como necesidad de comprobar, de verificar todo objeto de conocimiento (1998, pp. 25-26).

Estas afirmaciones se consideraban eran exclusivas al derecho civil como lo aseguraba Flores García (1991), sin embargo a nuestra consideración, en la actualidad son disposiciones que aplican para todo tipo de proceso, incluyéndose al derecho procesal penal acusatorio, en razón a que todo acusado para ser condenado deben pesar en su contra pruebas contundentes, mismas que deberán ser aportadas e introducidas al juicio por la fiscalía, con el objetivo de destruir el blindaje de la presunción de inocencia que establece la Constitución Federal para proteger al imputado o acusado.

Independientemente que en párrafos anteriores hemos realizado algunos matices de lo que puede entenderse por la palabra *prueba*, es necesario puntualizar que de acuerdo a los múltiples estudios que se ha realizado en torno a este tema, en los años 40's, algunos autores, como Alcalá-Zamora, ya sostenían que la prueba "es el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la discusión del litigio sometido a proceso" (1945, p. 17).

Otros autores consideran a la prueba desde un sentido procesal como, "un medio de verificación de las pretensiones que los litigantes formulan en el juicio" (Conture, 1986, pp. 215-217), y para ello, "deben hacerse uso de la prueba histórica y no de una prueba lógica y dialéctica" (Calamandrei, 1961, p. 378). La razón por la que este último autor se refiere a la prueba histórica, es porque en el juicio se debe de reproducir en la mente del juzgador, que ciertos sucesos o actos que sucedieron tiempo atrás, y lo que se le está contando en juicio, es una historia pasada y verdadera, con repercusiones presentes y futuras en el derecho.

Hablando de la prueba penal, autores como el ya mencionado Flores García, consideran que "es normalmente, averiguación, búsqueda, procurar algo, la prueba civil es, normalmente comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formulada en juicio" (1991, p. 514); las anteriores apreciaciones consideramos que en la actualidad tienen vigencia para el actual proceso penal acusatorio, tan es así, que cada uno de sus elementos nos sirven de base para afirmar que la prueba penal tiene como objetivo la comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formulada por las partes en el juicio oral.

La prueba en el proceso penal acusatorio de acuerdo a Zaragoza Ortiz:

[...] está constituida por aquella actividad que han de desarrollar las partes en colaboración con el Tribunal a objeto de llegar a la verdad, respecto del delito que se le presenta, prevaleciendo la presunción de inocencia, el cual es el punto de partida de toda consideración probatoria en un proceso penal que se inicia con la verdad provisional o interina de que el imputado es inocente. (2013, p.165-166)

Lo anterior, deja todavía más clara nuestra idea, que son las partes las obligadas allegar los medios de pruebas al juzgador, y que una vez desahogas bajo el principio de contradicción, será el juez, quien determine cuáles de estos medios le fueron útiles y pertinente para considerarlos como fuente de información real –pruebas– para comprobar que los hechos que le ponen en conocimiento son ciertos o falsos.

Por otro lado y abordando el tema de la "clasificación de las pruebas" –aunque desde nuestra punto de vista debería de ser "clasificación de los medios de pruebas"–; procesalistas doctrinarios del pasado y algunos contemporáneos, le denominan de esta forma. Otros como Santís Melando, considera que cualquier tipo de clasificación se considera inútiles, refiere: "de las pruebas de hacen infinitas clasificaciones, la mayoría de ellas perfectamente inútiles, sin ninguna repercusión en la vida del proceso, que no se puede tratar de manera distinta a unas que a otras manifestaciones probatorias, por el hecho de catalogarlas como simples o compuestas, como internas o externas, como integrales o sintácticas", (1978, p. 156):

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

No obstante a esta postura y de la que no compartimos del todo, para los objetivos de este trabajo, es importante que el fiscal siempre tenga en mente los grupos, subgrupos y las referencias de los medios de prueba que pretende introducir a juicio, para que de una forma clara, eficaz y eficiente, pueda argumentar su esencia y sus objetivos que pretende alcanzar con estos e impactar así en la convicción del juez. Bajo esas condiciones creemos necesario insertar el siguiente cuadro de clasificación:

Grupo	Subgrupo	Referencias
Finalidad	<i>Cargo</i>	Las pruebas de <i>cargo</i> tienen como objeto cumplir con el principio constitucional previsto en el artículo 20 apartado A fracción V, y corresponde a la fiscalía, pues lleva implícita la acusación, desde esta postura, deben de ser óptimas y cuidadosamente razonadas para que cumplan el objeto del proceso, que prevé en mismo artículo 20 apartado A fracción I de la Carta Magna; por lo tanto, su relevancia es de suma importancia para el órgano de la acusación.
	<i>Descargo</i>	Las pruebas de <i>descargo</i> , corresponde a la defensa en contraposición a las de acusación; sin embargo, el fiscal puede presentar
	<i>Formales</i>	

	<i>Sustanciales</i>	medios de pruebas que pueden desvirtuar los argumentos de la defensa. Ambas pruebas tienen el mismo objeto. Claro está, que finalidad es opuesta según el interés a defender <i>Formales</i>, se llama de esta forma por que cumplen con la función procesal, pues llevan al juez al convencimiento sobre los hechos que se plantean. En cambio, las pruebas sustanciales son aquellas que independientemente de cumplir con su función, llevan implícita la existencia de validez de determinados actos de derecho material (Echandia, 1970, p. 529).
Objeto	<i>Directa</i> <i>Indirectas</i>	Las <i>directas</i>, son aquellas que le permiten al juez percibir a través de sus sentidos determinada situación dentro del proceso; En cambio las <i>indirecta</i>, son aquellas que para poder percibir algo el juez deberá de utilizar el proceso mental de inducción o

Los Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio Adversarial

		deducción (Parra; 2006, p.183 y 184).
Forma	<i>Escritas</i> <i>Orales</i>	Al procesalista Italiano Mauro Cappelletti, fallecido en el 2004, se le debe esta clasificación, ejemplo de la <i>escritas</i>, se puede mencionar a los documentos públicos o privados, los dictámenes de los peritos, cuando se rinden por escritos, los certificados de los funcionarios, y por analogía se pueden mencionar a la planimetría, los dibujos, y las fotografía; Ejemplo de las <i>pruebas orales</i>, se pueden mencionar a las confesiones judiciales en interrogatorio de parte, a los testimonios (testigos) y las experticias (peritos); estas pronunciaciones deberán ser vertidas de manera oral y ante el Juez de juicio, respetándose las reglas correspondientes, estas son las que pueden tener mayor sustento en la audiencia de juicio oral (Cappelletti, 1962, 103-110).

Contradicción	<i>Sumaria y</i> <i>Controvertida</i>	Las <i>sumarias</i>, son conocidas también como extrajudiciales y por lo tanto, sin valor pleno, sin embargo, el derecho procesal penal le reconoce valor pleno para determinadas etapas y para determinadas tipos resoluciones, ejemplo de ellas pueden ser las que se generan en la etapa de investigación, sea en la inicial o complementaria, siendo estas las que se encuentran integradas a la carpeta de investigación como datos de pruebas, en forma de instrumentos o documentos públicos, las testimoniales, periciales, etc., tan es así que puede otorgarse valor pleno, que en un juicio abreviado previsto en el artículo 201 al 207 del código nacional de procedimientos penales, se puede dictar sentencia con cada una de estas. Por otro lado, las pruebas <i>controvertidas</i> son aquellas que el imputado o defensa conocen, y no las acepta, por ello busca la forma de
---------------	---	--

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

		contraponerse a estas, tanto en la audiencias, inicial, de debate de prueba y sobre todo en la de juicio.
Estructura o naturaleza;	<i>Personales</i> <i>Reales o materiales</i>	Este tipo de probanza tiene que ver con el medio de donde se provea la prueba, por ello hablamos que estas son suministradas por las personas, como la confesional, testimonial, la inspección que realiza el juez, etc., entonces hablamos de pruebas <i>personales</i>. En cambio cuando esta deriva de una documento, huellas u objeto, entonces hablaremos de pruebas reales y materiales, ejemplo de ello, podemos mencionar al propio indicio que es recolectado en el lugar de los hechos o hallazgos, ejemplo de ello, es el cuchillo con el que privaron de la vida a un sujeto pasivo, y que es presentado físicamente como objeto ante el juez. Para el caso de que este cuchillo se represente en documento, como el dictamen pericial o las

		fotografías del objeto, entonces esta prueba será documental. (Peña, 2013, pp. 497-516)
Resultado	<i>Plenas, perfectas o completas, imperfectas o incompletas;</i>	El resultado de los medios de pruebas desahogados en el juicio, es llegar a alcanzar la convicción del juez (sería un resultado positivo, según el interés que se persiga), por lo tanto, no es lo mismo hablar del fin de la prueba que el resultado de la prueba. Bajo esta idea, las <i>pruebas plenas, perfectas o completas</i> son aquellas que alcanzan un eficaz grado probatorio y de veracidad para impactar la convicción del juez (para la fiscalía, demostrar la existencia del hecho delictivo y la responsabilidad de su autor o participe del mismo). Si no hay pruebas, o habiéndola son deficientes, falsas, o no son veraces para lograr la certeza y convicción del juez, necesariamente el resultado es <i>incompleto e imperfecto</i> (Colture, 1948, p. 92). Lo que representaría para el órgano de acusación el fracaso en su labor.

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

Grado o Categoría	<i>Primarias.</i> <i>Secundarias.</i> <i>Principales y supletorias</i>	Las <i>primarias</i>, son las que por sí mismas o en conjunción con otras contienen el hecho a demostrar. Serán <i>secundarias</i> aquellas que demuestran otro hecho u otra prueba (Echandia, p. 534); ejemplo, el autor no se presentó a trabajar el día de los hechos en que se privó de la vida a [...], la prueba secundaria demuestra un hecho o tema distinto al de la privación de la vida. En las épocas de Carnelutti, refería a manera de ejemplo de esta clasificación, que la prueba del testimonio se puede probar con un documento o mediante indicios, (1955, p. 206), lo anterior nos indica, que la existencia de una <i>prueba principal</i> se puede probar mediante una <i>prueba supletoria</i>, siempre cuando la que suple se relacione de manera directa con la principal, sin embargo, al momento de ser invocada deben dejarse justificada legalmente la causa por la cual no se puede traer a sentencia la primera.
-------------------	---	--

211

Los Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio Adversarial

		de inicio del juicio. En este tipo de clasificación pueden encontrarse también, las pruebas anticipadas, en razón a que se pre constituyen o se adelantan a su momento procesal, siempre que sea por motivos justificados y por causa de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. (Artículo 304 fracción III de la ley nacional adjetiva).
Utilidad	<i>Conducentes</i> <i>Inconducentes</i>	De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, conducente es "adj. Que conduce (l guía a un objetivo o a una situación)" (2014, p. 599), lo que nos da la idea que las <i>pruebas conducentes</i> son aquella que nos conduce o guían a conocer la verdad material de lo que corresponde a los hecho, en término de lo que dispone el artículo 261 tercer párrafo y 264 del código nacional de procedimientos penal; siempre y cuando no sean

	<i>Pertinentes.</i> <i>Impertinentes e irrelevantes.</i> <i>Útiles.</i> <i>Inútiles.</i>	contrarias a la ley. A contrario <i>sensu</i> de las anteriores, las <i>inconducentes</i> son aquellas que la ley no autoriza, por ser contrarios a esta, por haberse obtenida ilícitamente o no se haberse desahogado en términos de la ley nacional sustantiva. En ambos casos este tipo de medios de prueba tienen que ver con el derecho, pues para llegar a realizarse como prueba es necesario que se encuentre dentro del marco que la ley. Para que una prueba pueda denominársele <i>pertinente</i>, deben estar estrictamente relacionada con el hecho y la contienda litigiosa. Para una eficaz probación de los hechos, a estas pruebas se le puede denominar relevantes (Ferrer y Gascón, 2016, p. 49) En cambio, cuando una prueba justifique una situación distinta a la que se ventila en proceso, o que no se argumente que esta tiene como objeto conducir o justificar alguna prueba
--	--	--

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

	<i>Posibles.</i> <i>Imposible.</i>	principal, entonces deben declararse <i>impertinentes e irrelevantes</i>, pues en nada abona al esclarecimiento de los hechos. Se le denominan <i>pruebas útiles</i> porque desde el momento que se presentan como medio de prueba, tiene como objetivo impactar de manera directa o indirecta en la convicción del juez y una vez que esto se alcance automáticamente se convierte en <i>prueba útiles</i> (artículo 261 párrafo tercero de la ley adjetiva nacional). Cabe hacer la aclaración que el fiscal en base a la carga probatoria que tiene en el proceso, debe razonar que medios de pruebas le serán útiles para justificar su caso, con independencia del sentir objetivo del juez. Las pruebas serán <i>inútiles</i>, en razón que dentro del proceso no aportan nada, en lo general ni en lo particular. No obstante, el juez, antes de declararla
--	--	---

		bajo esta denominación, debe desahogarla o practicarlas para no tener duda alguna sobre este pronunciamiento. Por ello es de suma importancia la forma, y sobre todo, el argumento de como se presenten los medios de pruebas ante juez por parte de la fiscalía, pues de lo contrario, pondrá de manifiesto su desinterés o desconocimiento del derecho Este tipo de probanza son todas aquellas que puedan materialmente practicarse, es decir, no existe un impedimento real o físico para su consecución o desarrollo. Contraria cosa sucede cuando se quiere inspeccionar o peritar sobre algo que no existe, ha desaparecido y no se tiene sus características necesarias y esenciales para presuponer su existencia. En estos casos en particular, el fiscal no debe arriesgar el caso,
--	--	---

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

		solicitando o presentando medios de pruebas que tengan estas características.
Según los sujetos que la proponen	<i>De parte.</i>	De acuerdo con lo que dispone el artículo 20 apartado A fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la carga probatoria corresponde a la parte acusadora. Esta clasificación de parte deriva de mandato constitucional, al imponerle esta obligación a la fiscalía, no obstante el principio de derecho <i>que el que afirma está obligado a probarlo</i> .
Relación con otras pruebas	<i>Simples.</i> <i>Compuestas o complejas.</i>	Serán <i>pruebas simples</i> cuando estas no requieren de otras para demostrar la existencia del hecho; puede darse el caso de que las partes ni el juez duden de ello; claro ejemplo de esto en el sistema acusatorio penal, son el <i>acuerdo probatorio</i> que prevé el artículo 345 de la ley nacional adjetiva. Al respecto Sotelo Salgado, refiere que los acuerdos probatorios se constituyen por un convenio al que arriban las partes para tener por demostrado hechos que

		conforman la acusación, ya sea relativos al hecho delictivo o a la responsabilidad penal" (2014, p. 56) <i>Las pruebas compuestas o complejas</i>, como su nombre lo indica son aquellas que para que puedan construirse se requieren del apoyo o elementos de otros medios de convicción, es decir, no son pruebas que puedan tener valor por sí mismas, sino que para adquirirlo depende de otras, por eso, algunos autores las llaman dependientes. Ejemplo de ellas, podemos mencionar a la llamada prueba circunstancial, la confesional, la pericial, etc. Este tipo de prueba puede tener dos vertientes, como lo considera Carmelutti (pp. 203-205): a) <i>concurrentes</i> se llaman de esta manera a dos o más medios de pruebas que tienen como objetivo producir un mismo efecto la convicción del juez y, b) <i>contrapuestas</i> cuando dos o más medios probatorios se encuentran
--	--	--

*Los Derechos Humanos en el Sistema Penal
Acusatorio Adversarial*

		en contraposición, pero la explicación de su inclusión es que tienes objetivos distintos.
--	--	---

En la actualidad el procedimiento probatorio, exige su proposición, su admisión y desahogo, siempre y cuando se ajustan a la legalidad y no violen derechos fundamentales; marcando con esto, a nuestra consideración, una cuestión de orden procesal en la gestación de las pruebas. Esta germinación probatoria, como ya se ha comentado a lo largo de este trabajo, la inicia el órgano de acusación quien en base a la noticia criminal, recolecta la información que en el futuro, tal vez, se convertirá en los posibles medios probatorios que le servirán para alcanzar el convencimiento razonable del juzgador.

Respecto del objeto de la prueba, en el ensayo publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Aguilar López, refiere:

[...] es precisamente la de imprimir convicción al juzgador respecto de la certeza positiva o negativa de los hechos materia del proceso, de ahí se sostiene que la prueba debe gozar de los atributos de contradicción como la exigencia intrínseca que conlleva a afirmar que dos cosas no pueden ser y dejar de ser al mismo tiempo, de publicidad e inmediación. Por ello se pueden conceptualizar como el conjunto de elementos lógicamente justipreciados por quién procesal y constitucionalmente está investido para hacerlo. Véase en *La prueba en el sistema acusatorio en México, prueba ilícita; Eficacia y valoración.* (pp.20-21 <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEB>

A%20EN%20EL%20SISTEMA%20ACUSATORIO%
20(Mag.%20Aguilar)%20Modulo%20VII.pdf).

Otros autores como Sotelo Salgado, afirman que el objeto de la prueba es "lo que está sujeto a probarse son las afirmaciones y los hechos históricos que invocan las partes [...]"(2014, p. 45). Ovalle Favela, refiere en torno al objeto de la prueba lo siguiente: "Si se ha definido la prueba como la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos necesarios para que pueda resolverse el conflicto [...] resulta lógico considerar que el objeto de la prueba [...] son los hechos" (2002, p. 130). Lo anterior nos lleva a recordar lo que Arteaga Sandoval, refiere en su libro *Los sujetos procesal en el Sistema Penal Acusatorio*, que "el sistema acusatorio persigue la verdad relativa o formal, de manera que se confía su obtención a la exposición de las hipótesis acusatoria y a la refutación de la defensa [...]" (2013, p. 62). Si el sistema acusatorio busca la verdad relativa o formal, contraria al sistema inquisitivo (Arteaga; 2013, p. 62). Entonces ¿qué debemos entender por este tipo de verdad?. Para ello consultamos a Barja de Quiroga quien entiende por verdad formal:

[...] aquella que se obtiene dentro del proceso limitando los medios de conocimiento y búsqueda de la verdad [...] Cabe pues que la verdad formal no sea verdad, que no se ajuste a la realidad [...], la verdad formal, por cuanto se limita a averiguar o constatar ésta dentro del marco establecido por las partes, llegando por ello a tener por probados hechos inciertos, simplemente porque ambas partes procesales [...] así lo han admitido (2001, p.250).

Esta postura toma su antecedente en la posición que al respecto tenía Dellepiane, quien en su momento refirió que "la ley sujeta a prueba a ciertas condiciones que considera

necesarias para determinar la certeza, de manera que, dadas dichas condiciones, el Juez debe necesariamente admitir como verdadero lo que, según la ley, está por ellas demostrando" (1983, p. 31). Ambas opiniones nos indican, que son las partes quienes hacen llegar a la vista del juez sus verdades, que generalmente son opuestas y tratan de justificarlas con los medios de pruebas que consideran son importantes. El juez, bajo este esquema de contradicción procesal solo se limitará a constatar que esta actividad se rija bajo un estándar probatorio (Prütting, 2010, pp. 459-459) donde se ajusten a las reglas establecidas por la propia ley¹².

La verificación a la que nos referimos, se constata en el momento que los medios de pruebas se desahogan ante la presencia del juez –principio de inmediación–. Recordemos que al respecto el numeral 358 de la ley nacional adjetiva penal, refiere: "La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá desahogarse durante la audiencia de debate de juicio, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código".

De acuerdo a los estudios realizados y publicado por la Universidad Nacional Antónima de México, en la revista jurídica boletín mexicano de derecho comparado, con el título: *Los medios de pruebas en material penal* (recuperado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/83/art/art8.htm#N19>). Para la constitución y el cumplimiento de los objetivos de las pruebas, se tienen que observar por lo menos los siguientes principios:

¹² La teoría del Estándar probatorio fue introducido por Rosenberg en el estudio analítico que realizó en torno a las pruebas en su tesis doctoral, la cual consiste de manera general que la carga probatoria deriva de la propia ley, es decir, del legislador y no del juez. leído en la Carga de la prueba y estándar probatorio: La influencia de Leo Ronserberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatoria, escrito por Prutting Hanns, publicado en el Revista *Ius et Pax* de la Universidad de Telca.

- 1) *De averiguación*, que se refiere a la actividad del juez en la búsqueda de la verdad en las pruebas, respecto de los hechos que le están planteando.
- 2) *Inmediación*, se refiere que en el desahogo de los medios de pruebas en el juicio, debe estar presente el juez, con el objeto de que este las aprecie en todo su dimensión;
- 3) *Apreciación*, De acuerdo a la publicación, este tipo de principio tiene cuatro sistemas: *Órdálico*, *Legal*, *Prueba libre* y *Sana crítica*. Para nuestro trabajo los de más importante son los tres último, y de los cuales solo mencionaremos lo siguiente: *El legal*, la propia ley nacional adjetiva es la que establece en su artículo 357, que una prueba no se le dará valor probatorio si esta se obtiene violando los derechos fundamentales, o que esta, no se incorpora conforme a las disposiciones contenidas para tal fin. Por cuanto hace a la *prueba libre*, este sub-principio nos indica, que el juez puede conocer la verdad de los hechos por cualquiera de los medios pertinentes producidos e incorporados en el juicio, no obstante, deberá de explicar las razones por el cual le otorga valor o en su caso, la desestima (artículo 359 de la ley nacional adjetiva). Por último *la sana crítica*; respecto a este tema, nos estamos refiriendo a una actividad jurisdiccional, a la que debe prestarse la atención debida, la Suprema Corte de Justicia de Nación, se ha pronunciado al respecto en la resolución de contradicción de tesis 5/2011, sosteniendo lo siguiente:

"Por otra parte, las pruebas de libre convicción son las que se fundan en la sana crítica, y que constituyen las reglas del correcto entendimiento humano. En éstas interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la

experiencia del Juez, que contribuyen a que pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas"

- 4) *Indubio pro reo*. Se refiere que el juez después presenciar los medios de pruebas que le ofrece y desahoga la fiscalía en el juicio, para justificar la existencia de los hechos y la responsabilidad del acusado, no son lo suficientemente útiles, pertinentes e idóneos para convencerse, y al quedarle dudas, entonces deberá inmediatamente de dejarlo en libertad, bajo este principio.

Retomando los principios de la prueba, para algunos autores como Cervantes Martínez, cree que tanto el juzgador como las partes del proceso deben tener en cuenta veintisiete principios (2006, p. 61-67). Parra Quijano en su capítulo primero de su libro *Manual de derecho probatorio*, enuncia que son quince los principios que debe de considerarse (2006, p. 5). Como podremos observar, lo doctrinarios en este tema aún no se han puesto de acuerdo de cuáles son exactamente los principios que deban de observarse para la valoración de la prueba.

Reafirmando, específicamente el principio de la libre apreciación de la prueba, los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango, al comentar el Código Nacional de Procedimientos Penales, refirieron del artículo 359, que el juicio oral está íntimamente ligado con el principio de libre apreciación de las pruebas, que el tribunal de enjuiciamiento no se encuentra atado a presupuestos para decidir su convicción, sin embargo, esto no implica que dicha libertad sea discrecional sino que se trata de una libertad regulada, ceñida en la lógica, congruencia, a las pruebas

desahogas por las partes y a lo racional de lo que finalmente resuelva el órgano jurisdiccional.

Para el logro de lo anterior, refieren, se impone a los jueces valoren toda la pruebas primero en forma individual para posteriormente ponderar las pruebas previamente analizadas en función de la congruencia y la relación que guarden éstas entre sí y con el propio sentido de la resolución dictada.

También comentan los magistrados, que los jueces una vez que hayan valorado la totalidad de las pruebas, solo podrán condenar al acusado cuando tengan un alto grado de certeza respecto de su culpabilidad y en caso de que exista duda suficientemente fuerte, deberá de absolverlo (2014, pp. 683-684).

Lo anterior, se basa precisamente en el dispositivo 359 de la ley nacional adjetiva que al respecto refiere:

El Tribunal de enjuiciamiento deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado.

En razón a lo anterior, creemos firmemente que en el conocimiento de derecho penal, de las técnicas de investigación, del derecho procesal y en específico, de la concepción de la prueba, su objeto, fin y principios, la distinción de cada una de ellas, primero como medio de prueba y después como prueba para sentencia, sus clasificaciones, así

como el propio sistema de valoración de prueba, de las técnicas de argumentación y litigación, son de suma importancia para el rol que desempeña un fiscal, y cumplir así con el mandato constitucional de perseguir el delito, además, de cumplir con el deber de representar a la sociedad cuando esta se visto afectada en uno de sus bienes jurídicos que la ley protege.

Llegar bajo estas condiciones a un proceso y posterior a un juicio, es llegar con toda la confianza, de que la función que le corresponde cumplir va llegar a buen término, pues se garantiza el conocimiento que se requiera para el desempeño de la función, además, que se cuenta con las habilidades para exposición, desarrollo y defensa de la acusación en el juicio para obtener una sentencia condenatoria, si es que el acusado, bajo la percepción del fiscal es el verdadero culpable.

Tener los conocimientos y las habilidades para el cumplimiento de la labor de investigación y de la defensa de la acusación, aunados a los valores éticos de la responsabilidad e imparcialidad, eficiencia, eficacia, profesionalismos, etc., son requisitos imprescindibles para el perfil y la labor que desempeña el fiscal. No contar con estas características, o en su caso, no cultivarla o fomentarla, implicaría una ineficiencia tanto personal como institucional.

VII. La negligencia probatoria y su trascendencia en el procedimiento penal acusatorio.

En armonía con uno de los principios medulares del sistema acusatorio; que refiere que el órgano de acusación tiene la carga probatoria, y de la cual, ya hemos comentado en párrafos anteriores; ahora, este apartado analizaremos bajo el contexto que será el fiscal quien debe, antes de presentar el caso ante el juez, reunir todo la información necesaria dentro de la carpeta de investigación que le servirá de base para construir, uno a uno los datos de prueba que le serán suficientemente, idóneos y

útiles para que le obsequien la orden de aprehensión, en caso que así lo ameritará, o para realizar la imputación en calidad de libre y consecuentemente obtener la vinculación a proceso.

De acuerdo al *Cuaderno de apoyo* de la Secretaría de Servicios Parlamentarios que contiene la *exposición de motivo de la reforma constitucional del 2008*, se confirma que la exigencia probatoria en el sistema acusatorio disminuyó para dar la suficiente intervención al juez dentro del proceso penal acusatorio; por ende, el registro de investigación se desformalizó, permitiéndose en consecuencia, que el imputado haga valer sus derechos, ya no ante su acusador, sino en la sede adecuada investida de la imparcialidad necesaria, la que sólo puede garantizarse por un juez ajeno a los intereses procesales de la acusación (p.12).

En el nuevo sistema acusatorio el fiscal no debe de integrar su registro o carpeta de investigación como lo hacía tradicionalmente en el anterior sistema, donde era obligatorio reunir todas las "pruebas" para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad –hablar de todas las pruebas, era integrar al expediente un sinnúmero de medios de pruebas que a consideración del ministerio público eran necesarias y suficientes para lograr acreditar los particulares del entonces artículo 16 constitucional y obtener con todo ello, un auto de formal prisión al vencimiento del término constitucional, destacándose, que en la instrucción el ministerio público solo realizaba una labor de guardián o espectador, y no de fortalecimiento del trabajo que se realizó en la fase de averiguación previa. Contraria situación sucede en el sistema penal acusatorio, que si bien es cierto que el estándar probatorio indiciario bajó, también lo es, que no implica que no exista el *deber de suficiencia y pertinencia probatoria* para que el fiscal, pueda en la audiencia oral demostrar la existencia de un

hecho que la ley señala como delito e identificar a su autor o al partícipe de estos hechos.

Al no tomar conciencia el fiscal y no integrar el registro de investigación bajo el *estándar probatorio con suficiencia y pertinencia indiciaria*, se estaría incurriendo en un grave error, condenando desde ese momento el "caso" aún rotundo fracaso, en razón a que los datos de pruebas que inserte dentro de la carpeta de investigación no son los adecuados ni los eficaces para que, de manera oral, pueda justificar la imputación ni consecuentemente para obtener el auto de vinculación a proceso, mucho menos, para lograr una sentencia condenatoria.

Muchas veces como ciudadanos nos preguntamos ¿Cuál es la razón por lo cual el fiscal, en algunos casos, no tiene éxito para que le legalicen una detención, le concedan el auto de vinculación a proceso, o en su caso, obtenga una sentencia absolutoria? ¿El responsable de este fracaso es la policía, los peritos, o son los jueces?

Generalmente se escuchan voces de ciudadanos, e incluso de los propios jueces, que imputan esta falla al fiscal. Para dar una opinión sobre esta misma línea o creencia, es necesario revisar el cumplimiento de las funciones que tiene encomendado el fiscal dentro de la investigación, imputación, acusación y defensa de la acusación en el juicio. Si después de realizar un análisis objetivo, la respuesta fuera que la falla se encuentra en el fiscal, a nuestra consideración, podría deberse a tres factores:

Un primer factor que puede estar presente es, que al realizarse los trabajos de investigación, no se consideraron o no se tenía clarificado qué datos de pruebas debían de reunirse para demostrar la existencia del hecho y de la probable responsabilidad; es decir, que el fiscal no identificó cuáles son

los elementos normativos del tipo penal, y por lo tanto, qué elementos de convicción debía integrar a su carpeta de investigación para justificar los particulares que exige el actual artículo 16 tercer párrafo y 19 párrafo primero de la Constitución General.

El segundo factor que puede estar presente, es que a pesar de haberse integrado una carpeta de investigación, no se conozca el "caso" en toda su dimensión, para estar en condiciones de exponerlo ante el juez. Algo muy importante que debe considerarse en este nuevo sistema, es que además de que en el registro de investigación se contenga la información indiciaria, se requiere de un interlocutor que pueda exponerla, en razón de que ahora el expediente por sí mismo no habla. No olvidemos que muchas veces se puede tener una buena investigación integrada en papel, pero esta se destruye o arruina por la falta de una buena técnica expositiva o de litigación.

El tercer factor que la ley exige en este sistema acusatorio, es que el fiscal no puede ni debe de improvisar en el campo de la investigación, mucho menos, debe presentarse a imputar o acusar sin antes haber estudiado, reflexionado y previsto todos los convenientes e inconvenientes que puedan presentársele al momento de la exposición y defensa de la acusación en juicio. Si esto realmente no se pondera, seguros estamos que las funciones de persecución y de acusación estarán aniquiladas.

Respondiendo el segundo cuestionamiento, creemos que tanto la Constitución Federal en su artículo 21 como el Código Nacional de Procedimientos Penales en su arábigo 127, han dejado puntualizado que es al fiscal a quien le corresponde dirigir la investigación, coordinándose con la policía y con los servicios periciales, por tanto, es este el responsable de la forma y del resultado de la investigación, además de la exposición ante el juez, por lo tanto, no se puede alegar que el

resultado negativo de la investigación o del proceso sean responsabilidad de terceros, salvo que se trate de una cuestión jurisdiccional, sin embargo, para estos casos la ley en la materia, prevé medios de impugnación correspondientes.

Las manifestaciones que regularmente se escuchan, cuando se consigna un expediente de investigación ante el órgano jurisdiccional, y no le obsequia la orden de aprehensión o el juez dicta un auto de libertad –sistema tradicional–; no legaliza la detención o dicta un auto de no vinculación a proceso –sistema acusatorio–, es porque el fiscal no integró correctamente el expediente, o por qué no argumentó lo necesario en la imputación o acusación, para convencer al juez. ¿Pero cuándo realmente podemos estar hablar que el fiscal realmente argumentó?

La palabra "argumentación" de acuerdo a la definición contenida en el Diccionario de la lengua española, es "razonamiento para convencer" (2014, p. 197). Autores como Peña González, refieren que "en el nuevo sistema procesal prima el principio de la oralidad que obliga a hablar ante los tribunales y para ello es importante una buena comunicación. Para ello es muy importante que [...] desarrolle las habilidades y destreza para persuadir al juez". Siguiendo a este mismo autor, refiere que existen diferentes tipos de comunicaciones, sin embargo, la más importante para el sistema acusatorio es la *comunicación persuasiva*, que "es la que se da en el juicio oral cuando cada parte habla con el propósito de persuadir al juez acerca de su teoría del caso y el juez escucha no para persuadir sino para decidir mejor y de una manera razonable y justa" (2013, p. 63).

La significación de la palabra argumentación para Antony Weston, mencionado por Cano Jaramillo, es:

[...] que dar un argumento significa dar un conjunto de razones o pruebas en apoyo a una conclusión. Aquí un argumento no es simplemente la afirmación de ciertas opiniones, ni se trata simplemente de una disputa. Los argumentos son intentos de apoyar ciertas opiniones con razones (2010, p. 220).

Para Guerrero Posada, se considera a la argumentación jurídica es una parte importante del análisis y las disertaciones jurídicas para el desarrollo de estrategias para desentrañar la verdad, así como exponer situaciones congruentes (2013, pp. 25-26). De acuerdo a lo anterior, uno de los vínculos más importante de toda afirmación o conclusión vertida en una argumentación, son las pruebas o razones que la justifiquen; sin estas, las posibles aseveraciones o conclusiones serán inverosímiles y faltas de credibilidad.

Por ello, las afirmaciones que realice el fiscal en el proceso –audiencia inicial– o juicio oral –audiencia de juicio–, sin los datos o los medios de pruebas idóneos, serán estériles y vacías para sostener válidamente una imputación o acusación, situación que sería fatal para la función que desempeña el fiscal y que además podrían calificarse como una *negligencia probatoria*, con serias consecuencias para la víctima y para la propia función que se le ha encomendado, en razón a que se dejaría en libertad al imputado o acusado, además de generar impunidad.

Con el objeto de dejar claro cuando se incurre en una *negligencia probatoria* por parte de la fiscalía, es necesario que dilucidemos esta figura, que tiene que ver con dos aspectos importantes:

1. *Aspecto interno.* Que se refiere a una cuestión de conducta y se refleja cuando la persona obligada a realizar un *hacer*, deje de hacerlo, bajo una determinada situación específica. Para una mejor explicación

consideramos analizar la palabra negligencia, para ello, consultamos al *Diccionario de la Lengua Española*, encontramos que *Negligencia es*: "descuido, falta de cuidado, falta de aplicación" (2014, p. 1530). Por otro lado, el argentino José V. Acosta, considera que el vocablo "negligencia es una palabra valorativa. Implica una descalificación; más aún: una descalificación específica referida a la conducta de alguien [...]"(1987, p. 35).

2. Aspecto externo o incidencia en el campo del derecho. Consideramos que este aspecto, debe de analizarse desde el ámbito del resultado y de las consecuencias que generan la acción negligente, lo que constituye precisamente el daño causado. Una conducta como la que nos encontramos comentado, pueden tener una consecuencia inmediata o mediata por lo que el análisis debe ir más allá de un solo momento.

De la palabra *probatorio*, de acuerdo al ya aludido Diccionario de la Lengua Española, significa "(Del lat. probatorius). 1. adj. Que sirve para probar o averiguar la verdad de algo. 2. f. Der. Término concedido por la ley o por el juez para hacer las pruebas" (2014, p. 1789), por su parte De Pina, en su diccionario de derecho, refiere que el termino probatorio se refiere a lo "relativo a la prueba. Elemento que sirve para probar. Denominación del término de prueba" (1988, p.400).

Estos dos posiciones dejan claro que el término *probatorio*, se refiere a las pruebas y a la oportunidad que tiene el fiscal de buscarlas, cuando ha iniciado una carpeta de investigación, por tener noticia de un hecho posiblemente delictuosos; bajo estas ideas, solo nos resta decir que de este tema, ya se hemos hablado al respecto en líneas anteriores, por lo que nos avocaremos a verter nuestra opinión respecto de lo que para nosotros significa la *negligencia probatoria*.

Una acción negligente tiene que ver con un actuar de descuido, desatención y desacierto, es decir, son situaciones previsibles del actuar de la persona que realiza un tipo de acción. El actuar negligente, se produce cuando se actúa descuidadamente u omitiendo el grado de cuidado del que se está obligado a considerar antes de realizar una acción, es decir, no tomar los cuidados necesarios que el caso en lo particular, se requiere.

Las acciones negligentes, para los efectos de este trabajo, son aquellas que deben tener una trascendencia negativa en el campo del derecho penal, administrativo y civil, pues provocan alteración, disminución o la pérdida para acceder o exigir un derecho; además, que existe la posibilidad, que de la consecuencia principal se desencadenen o se aparejen otras, con resultados mayormente negativos para una determinada persona.

Respetando el enfoque que nos indujo a iniciar esta investigación –dentro del perfil del fiscal–, podemos decir, que dentro del derecho procesal penal acusatorio, la *negligencia probatoria* existe cuando el fiscal asume conductas o actitudes de descuido, desinterés, desidia, apatía o de desconocimiento de los trabajos de investigación, litigación o argumentación para identificar los datos pertinentes e idóneos para presentar ante el juez al sujeto activo y le obsequie la orden de aprehensión o para formular una adecuada imputación y obtener en consecuencia una vinculación a proceso.

También existe la *negligencia probatoria*, cuando el fiscal en la etapa intermedia, no identifica correctamente los medios de pruebas para realizar una correcta acusación; o en el juicio, no realiza una decorosa defensa de la acusación dentro del desahogo de los medios de prueba en la audiencia oral de juicio, para obtener una sentencia condenatoria. Esta conducta o actitud desplegada por el fiscal deberá ser real, probada, y

además, debe ser en perjuicio de la víctima, la sociedad o en contra de la propia función pública que desempeña y pueda ser calificada de negligente.

La anterior idea, se puede deducir que la *negligencia probatoria* tiende, en todo momento, a llevar al fracaso el trabajo de procuración de justicia a cargo del fiscal, por actitudes omisas que se encuentran fuera de todo contexto de la ética profesional, al no cumplirse con las obligaciones que le impone el mandato constitucional previsto en los artículos 20 apartado A fracción V y 21 párrafo primero y segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cuales tiene como consecuencia una descalificación del servidor público.

La negligencia probatoria impide que datos o medios de pruebas que se encuentran incluidos en una carpeta o registro de investigación, salten a la vista del juez por no ser argumentados por el fiscal, pues como anteriormente se apuntó, un dato o un medio de prueba en papel, no funciona y ni sirve, requiere para su eficacia de un interlocutor, capaz y eficiente, para ponderarlos y darle luz ante los ojos del juez.

La *negligencia probatoria*, causa graves perjuicios a la víctima al violentarle su derecho humano a obtener justicia. El hecho que el fiscal falle en su labor, por adoptar una conducta o actitud negligente al investigar, por no reunir los datos o medios de pruebas idóneos y pertinentes, por fallar al realizar una exposición adecuada y razonada, por provocar serios perjuicios a la víctima y al negarle la oportunidad de obtener justicia, y sobre todo por dar la posibilidad que el delito quede impune.

La *negligencia probatoria*, causa serios agravios a la procuración y administración de justicia. Bajo estas condiciones el fiscal a cargo de una investigación o ya en la defensa de la acusación

ante el juez, se encuentra bajo un extravío en la búsqueda de la verdad, conformándose con obtener una verdad a medias en la que él mismo no cree, por lo que sabe que no le bastará para lograr el objetivo de su función.

Pueden darse casos en el que el problema no sea los datos o medios de pruebas, sino que el fiscal no mostró el interés necesario para preparar su intervención ante el juez, y lo único que utiliza como herramienta, es una raquílica improvisación en sus expresiones que lejos de provocar una convicción, lo único que logra es la incertidumbre, la desconfianza y la duda del juzgador, provocando con esta actitud un grave perjuicio a la función de procuración de justicia. También con este actuar, el fiscal impide que el órgano jurisdiccional realice su función de administrar justicia a la sociedad.

Por último, la *negligencia probatoria* debe distinguirse del criterio jurisdiccional, pues existen casos en los que se dicta una sentencia absolutoria sin que ésta pueda constituir una responsabilidad para el fiscal, ello en razón a que este tipo de resoluciones se encuentra sustentada en los criterios jurisdiccionales de los jueces, los cuales pueden revertirse por los medios de impugnación que la ley prevé para tales casos.

Para evitar situaciones donde prevalezca la *negligencia probatoria*, debe de capacitarse adecuadamente a los fiscales en las técnicas de investigación, litigación y argumentación, debe además de regularse, investigarse y sancionarse, en razón a los perjuicios que provoca a la víctima, a la función de procuración de justicia, y a la función pública que desempeña el fiscal.

VIII. Conclusiones

Primera. Los indicios y las evidencias constituyen uno de los aspectos fundamentales para la construcción, desarrollo y

consolidación de los datos o medios de pruebas. El fiscal debe de considerar razonablemente la función que desempeña dentro de la investigación; debe además, consolidarse como un verdadero director para allegarse de la información que utilizara en el proceso y en el juicio penal. El actual sistema penal acusatorio exige al fiscal, *conocimientos y coordinación*, para garantizar a la sociedad una verdadera procuración de justicia y la posible reparación del daño.

Segunda. El dato de prueba es la información que puede deducirse de cualquier dato que se encuentre en el registro o carpeta de investigación, por la conexión o vínculo que guarda con el lugar, el hecho, la víctima o el probable autor de los hechos; el valor y jerarquización que se le otorgue dependerá del tratamiento que le dé el investigador; sin embargo, uno de los aspectos más importante del dato o medio de prueba en el proceso y juicio, es que sea argumentado ante el juez. La argumentación es toda afirmación o conclusión sustentada en medios de convicción. Por ello, las afirmaciones que realice fiscal dentro del proceso –audiencia inicial– o juicio –audiencia de juicio–, sin datos o medios de pruebas pertinentes e idóneas, serán estériles y vacías para sostener válidamente una imputación o acusación

Tercera. En la actualidad el procedimiento probatorio exige la proposición, admisión y desahogo de los medios de pruebas, y que este, se ajuste a la legalidad y no viole derechos fundamentales; marcando con esto, una cuestión de orden procesal en la gestación de las posible prueba que servirá al juez para dictar una resolución a favor de intereses de la fiscalía.

Cuarta. Una acción negligente tiene que ver con un actuar de descuido, desatención y desaciertos de situaciones que pueden ser previsibles en el ámbito del actuar del fiscal. El actuar negligente se produce cuando se actúa con descuido u

omisamente, respecto del grado de cuidado al que se está obligado a considerar antes de realizar una acción. Las acciones negligentes, son aquellas que tienen una trascendencia negativa en el campo del derecho, pues provocan alteración, disminución o la pérdida para acceder o exigir de un derecho.

Quinta. Existe dentro del derecho procesal penal acusatorio la *negligencia probatoria* cuando el fiscal asume una conducta o actitud de descuido, desinterés, desidia, apatía o de desconocimiento dentro del trabajo de investigación, durante el proceso o dentro del juicio, para identificar o alegar los datos o medios de pruebas pertinentes e idóneos para presentar ante el juez al sujeto activo, para que le legalicen la detención, o en su caso, le obsequien una orden de aprehensión, para formular una adecuada imputación y obtener una vinculación a proceso; realizar una correcta acusación y una puntual defensa de la acusación dentro del juicio y obtener en consecuencia, una sentencia condenatoria.

Sexta. La *negligencia probatoria* en la que puede caer el fiscal tiende, en todo momento, a llevar al fracaso el trabajo de procuración de justicia; da margen suficiente para que los argumentos del fiscal con los que informa los hechos al juez, sean vacíos y estériles; asimismo, impiden que datos o medios de pruebas que se encuentran incluidos en una carpeta o registro de investigación salten a la vista del juez por no ser argumentados en audiencia; también, causa graves perjuicios a la víctima y a la sociedad, al violentar el derecho humano a obtener justicia y provocar que el delito quede impune.

Séptima. Para evitar situaciones donde prevalezca la *negligencia probatoria*, debe de capacitarse al fiscal en las técnicas de investigación, litigación y argumentación, además, debe de regularse, investigarse y sancionarse, en razón a los perjuicios que provoca a la víctima, a la sociedad, a la función de

procuración y administración de justicia, y a la función pública que desempeña el fiscal, en caso de presentarse.

IX. Bibliografía

- AGUILAR López Miguel Ángel. (2015). *Presunción de inocencia, Derechos humanos en el sistema acusatorio*, México, 2º Ed. Lex Editores, S.A.
- ARTEAGA Sandoval Miguel Ángel. (2013). *Los sujetos procesales en el sistema acusatorio, la cultura de la legalidad en México*, México, Flores Editor y Distribuidora, S.A de C.V.
- BEYTELMAN A. Andrés y Duce J. Mauricio. (2004). *Litigación penal: Juicio oral y las pruebas*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Digo Portales.
- BETANCOURT Ruiz, Apolonio, *et al*, (2014). *Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado*, México Consejo de la judicatura del Estado de Durango, ,.
- CALAMANDREI, Piero. (1961). *Estudio sobre el proceso*, Traducción de Santiago Sentís Melando, Argentina, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica.
- CANO Jaramillo, Carlos Arturo. (2010). *Oralidad, debate y argumentación. Oratoria forense. Estructura de los alegatos*, Bogotá Colombia, 4º reimpresión, Grupo Editorial Ibáñez.
- CABALLERO Juárez, José Antonio. (2015). *El debido proceso, una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- CAPPELLETTI, Mauro. (1992). *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano.
- CARNELITTI Francesco. (1955). *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá Zamora y. Castillo, Bs. As, Buenos Aires, Editorial. Arayú,

- COLTURE, Eduardo J. (1986). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 3° edición, Ediciones Depalma.
- COLTURE, Eduardo, J. (1948). *Estudio del derecho procesal civil*, Buenos Aires, t. I, Editorial Ediar.
- CRUZ Vega, Hanry Arturo. (2010). *Los principio sustanciales del proceso penal con tendencia acusatorio en México*, México, Flores Editores y distribuidor.
- DELLEPIANE, Antonio. (1982). *Nueva Teoría de la Prueba*, Bogotá, Editorial Temis.
- DAGDUG Kalife, Alfredo, (2012). La prueba pericial al amparo de un nuevo modelo de justicia predominantemente acusatorio, México, Ubijus.
- DE PINA Vara, Rafael. (1988). *Diccionario de Derecho*, México, Editorial Porrúa.
- _____ Enciclopedia criminalística, criminología e investigación, (2010), Bogotá, D.C., 1° ed., t 1, Sigma Editores.
- _____ *Diccionario de la lengua española*. (2014). Ed. 23°, Madrid, España, Real Academia Española.
- _____ *Diccionario Jurídico Espasa*, (1998). Editorial Espasa Calpe, S.A., España.
- ECHENDIA Hernando, Devis. (1970). *Teoría General del la prueba Judicial*, tomo I, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor.
- FERRER Beltrán Jordi, GASCON Abellán Mariana, *et al.* (2006). Estudio sobre la prueba, México, UNAM.
- FLORES García, Fernando. (1991). *Los Elementos de la prueba*, México, UNAM.
- GARCÍA Del Rio, Flavio, (2002). *La prueba en el proceso penal, parte general*, Lima, Ediciones Legales Iberoamericanas, EIRL.
- GOLDESTSTEIN Maribel. (2008). *Diccionario Jurídico Consultor Magno*, Colombia Cadix Internacional, S.A.

- GONZALEZ Navarro, Antonio Luis, (s.f) *Los actos de Investigación, procedimiento penal acusatorio*, Bogotá Colombia, Layer Editorial.
- GONZALEZ Obregón Diana Cristal, (2010). *Manual práctico del juicio oral*, 2º ed. México, Ubisus.
- GUERRERO Posada, Faustino, (2013), *La Argumentación en el juicio oral*, 2º ed., México, Flores Editores.
- HERNANDEZ-ROMO Valencia, Pablo. (2012). *Las Garantías del inculpado*, México, Editorial Porrúa.
- HIKAL, Wael. (2011). *Glosario de Criminología y Criminalística*, Ed. Flores Editores, México,
- JÍMENEZ Martínez, Javier. (2011). La prueba testimonial en el juicio oral, México, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V.
- LOPEZ BARJA. (2001). De Quiroga, Jacobo, *Instituciones de derecho procesal penal*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo.
- LOPEZ Bentancour. Eduardo. (2012). Juicios Orales en materia penal, Iure editores, México,
- MIXÁN Máss, Florencio. (1992). *Prueba Indiciaria*, Carga de la Prueba, Ediciones BLG, Trujillo.
- Muñoz Neira, Orlando. (2006). *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, Colombia, LEGIS.
- OVALLE Favela, José. (2002). *Derecho Procesal Civil*, 8º ed., Edit. Oxford, México.
- PRUTTING Hanns. (2010). Revista *Ius et Pax*, Universidad de Telca, Telca, Chile.
- PALACIO, Lino Enrique. (2000). *La Prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Argentina, Edit. Abeledo-Perrot.
- PARRA Quijano, Jairo. (2006). *Manual de derecho probatorio*, Bogotá Colombia, Librería ediciones del profesional, LTDA.
- PEÑA González Oscar. (2013). *Técnicas de litigación oral, teoría y práctica*, 2º edición, edit. APECO,

- PEÑA González, Oscar. (2013). *Técnica de litigación oral*, 2º ed. Breña de Lima, Perú Edit. APECC.
- QUINTERO OSPINA. (1988). Tiberio, *Lecciones de procedimiento penal colombiano*, T. II, Bogotá, Librería Jurídicas Wilches.
- ROMERO Guerra, Ana Pamela, (2010). *Los medios de prueba en el sistema penal acusatorio*, en Cultura constitucional, Cultura de libertades, México, SETEC.
- SAN MARTÍN Castro, Cesar, Coordinador. (2004). *La reforma del proceso penal peruano, anuario de derecho penal 2004*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, Fondo Editorial.
- SANDOVAL D., Emiliano, (1998). *Tratado sobre los medios de prueba penal en el proceso penal mexicano*, México, Ángel Editores.
- SOTELO Salgado, Cipriano. (2014). *La prueba en el juicio oral*, Edit. Flores Editores y Distribuidores, México,

Legisgrafía.

Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, (2015), México, Ediciones BOB.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Páginas Webs.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/175.5/cnt/cnt21.pdf>

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/40/pr/pr16.pdf>

Definición de inferencia - Qué es, Significado y Concepto
<http://definicion.de/inferencia/#ixzz3fFC9eOMI>

[http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20SISTEMA%20ACUSATORIO%20\(Mag.%20Aguilar\)%20Modulo%20VII.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20SISTEMA%20ACUSATORIO%20(Mag.%20Aguilar)%20Modulo%20VII.pdf) “LA PRUEBA EN EL SISTEMA ACUSATORIO EN MÉXICO (PRUEBA ILÍCITA; EFICACIA Y VALORACIÓN”

Cuaderno de apoyo, Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (PROCESO LEGISLATIVO) (18 de junio de 2008), <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

TANIA Luna y SARRE Miguel, (2011) Lo que usted siempre quiso saber acerca de La etapa de investigación, México, recuperado en http://www.juiciosorales.org.mx/m4rks_cms/4cms/doc/content/files/ETAPA%20DE%20INVESTIGACION.pdf

CAPÍTULO 6

UN ACERCAMIENTO TEÓRICO A LA
RESPONSABILIDAD DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS EN MÉXICO

Alejandro De La Fuente Alonso

UN ACERCAMIENTO TEÓRICO A LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN MÉXICO

*Alejandro De La Fuente Alonso*¹³

Sumario: 1.- Introducción 2.- Problemática, Normatividad Vigente en México 3.- Normatividad vigente en España 4.- Doctrina y Criterios 5.- Justiciabilidad de los Derechos Humanos 6.- Debido proceso 7.- El derecho al mínimo vital 8.- interpretación conforme y pro persona 9.- Ponderación y proporcionalidad 10.- La sentencia y sus principios 11.- Conclusiones. Bibliografía.

Resumen.

México está en un momento de transformación de los paradigmas jurídicos imperantes con un proceso de centralización jurídica que implica la atención de nuevos temas, que exigen la atención de fenómenos hasta ahora inatendidos y que por la experiencia de otras latitudes pueden ser enriquecidos, a fin de alcanzar la protección plena y garantía de los derechos humanos contenidos en el texto constitucional.

La pluralidad de órdenes normativos sustantivos en materia penal y la existencia de un solo orden adjetivo lleva a problemas de aplicación que trastocan los principios exigibles en toda sentencia judicial, lo que a la larga provocará impunidad al existir violaciones al debido proceso al momento de sentencias sin la motivación adecuada o en su caso provocará la elusión del derecho al ejecutar actos ilícitos en los

¹³ Doctor en Derecho y Maestro en Economía por la UNAM, Investigador Nacional Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores de Conacyt, Investigador de Tiempo completo en el instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

territorios donde las sanciones sean inexistentes o en su caso sean más benignas a los responsables del injusto penal.

Palabras Claves: Derechos Humanos, Responsabilidad personas jurídicas, Ponderación, Interpretación conforme.

1.- Introducción.

Me permito presentar estas reflexiones respecto del nuevo sistema penal implementado en México y lo tocante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas o morales, toda vez que estimo aún faltan aspectos que retomar para lograr un avance considerable en este punto en nuestro sistema, a fin de alcanzar el valor justicia, tan necesario en nuestros días.

Un sistema de justicia penal renovado, con principios rectores entre los que destaca la oralidad, concentración, inmediación, contradicción, publicidad y continuidad, surge en México a partir de iniciadas las reformas constitucionales y el ordenamiento general atinente a la materia; los derechos humanos inciden de manera fundamental en esta transformación del sistema. Una justicia pronta, expedita, gratuita, eficaz y eficiente, es la búsqueda de la sociedad en general y los impartidores de justicia, el acceso a un debido proceso como derecho humano reconocido constitucionalmente, debe convertirse en la prioridad del Estado.

El gran filósofo Confucio predicó la igualdad entre los hombres y defendió la democracia como mejor forma de gobierno, apuntando hacia un derecho justo del gobernado a rebelarse contra el trato despótico de los hombres y considerando que cada parte de la humanidad adquiere su máximo valor al colocarse en un lugar propio dentro de un sistema de relaciones, siendo un gobierno ideal, aquel que era

republicano, es decir, en el que el pueblo permitiera elegir a quien más vale para gobernar, basado en una estructura social en donde los hombres fuertes trabajan, mientras que los ancianos y niños son sustentados por la sociedad. (Cilia. 2013. p.43)

2.- Problemática.

En la evolución del ser humano, hemos transitado por etapas de barbarie, enfrentamiento, guerras, estos momentos violentos de la comunidad, han propiciado el movimiento en pro de los derechos humanos, que trata de recordar que el individuo posee prerrogativas por el hecho de tener carácter de ser humano, que deben ser respetadas y puede hacerlas valer ante cualquiera que pretenda transgredirlas, incluso el Estado.

En el momento que un Estado suscribe un tratado en materia de derechos humanos, se compromete no sólo frente a la comunidad internacional, lo hace principalmente frente a los individuos bajo su jurisdicción, como receptores primarios de la tutela judicial efectiva a la que tienen derecho.

En este contexto, bajo un nuevo parámetro de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano, mediante la aplicación de una interpretación conforme a tratados, constitución y el principio pro persona, surge la obligación genérica y específica de un Estado ante su comunidad, en el ámbito de un sistema jurídico, para tutelar derechos humanos a través del respeto, protección, promoción, garantía, prevención, investigación, sanción y reparación. El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (2012) respecto de los instrumentos internacionales encuentra que:

“Los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen las siguientes especificidades:

- a) Se inspiran en valores superiores (centrados en la protección de la dignidad humana),
- b) Están dotados de mecanismos específicos de supervisión,
- c) Se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva,
- d) Consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y
- e) Tienen una naturaleza especial, puesto que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a otros Estados contratantes. “

De esta forma los países se comprometen a cumplir diferentes obligaciones, no en relación con otros países, sino hacia la población bajo su jurisdicción.

La clasificación de los derechos humanos más conocida fue la que agrupó a éstos bajo generaciones de derechos, que obedecen a etapas y categorías. La primer generación engloba derechos civiles y políticos, la segunda, económicos, sociales y culturales, la tercera contiene aquellos que promueven el progreso social y colaboración mutua entre las naciones, la cuarta habla de la información y el medio ambiente.

Cada país ingresa en sus respectivas legislaciones a los derechos humanos, a fin de reconocerlos y garantizarlos, razón por la cual no se puede decir que los derechos humanos siempre han existido y que solo se van descubriendo, sino que de acuerdo a las necesidades que surgen, es como se van identificando e incorporando, primeramente al orden jurídico internacional y posteriormente a las leyes internas de cada país, configurando un derecho positivo de los derechos

humanos, ya que mientras no estén normados dentro de un ordenamiento jurídico internacional, no se puede hablar de que existan.

En la obra “Los derechos humanos y su protección por el Poder Judicial de la Federación” (2011), encontramos que se les concibe como una prerrogativa del hombre, por ser miembro de la especie humana; también, son los derechos que el hombre —y la mujer, niñas, niños, adultos mayores, diversidad sexual, cultural y étnica— poseen por su propia naturaleza y dignidad, motivo por lo que se les llama derechos humanos; se usa como sinónimo derechos naturales, o incluso derechos fundamentales, o derechos del hombre, en fin se les concibe como derechos individuales, al referirse al sujeto que se le atribuye. Sin duda cada connotación tiene su diferencia, sin embargo, en el presente estudio no se trata de polemizar al respecto, ya que es toda una materia amplísima que en todo caso requiere un análisis profundo sobre todo filosófico e histórico, que en la presente investigación no se indagara.

En el tratado en comento se destaca, que los derechos humanos se caracterizan por ser: a) esenciales, porque se trata de derechos mínimos o básicos que el hombre debe tener asegurados; b) por estar dirigidos a todas las personas, por el sólo hecho de serlo; c) tutela de los derechos como individuo y ser social o colectivo; d) necesarios para que las personas tengan una vida digna y alcancen su pleno desarrollo; e) y lo más importante deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.

Motivo por el cual, México a partir de la reforma de junio del año dos mil once, realizó una constitucionalización de los derechos humanos tendiente a equiparar los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, con los derechos constitucionales, con la finalidad de reforzar el valor y protección de los derechos humanos en el derecho interno, ya

que como se sabe, con anterioridad a la citada reforma constitucional se vulneraban derechos humanos por no estar contenidos en la Carta Magna, a pesar de que los Tratados Internacionales establecieran lo contrario; empero, sin perder de vista que los referidos derechos fueron creados y reconocidos en tratados internacionales primeramente, no eran derecho positivo.

Ante esa situación se reforma el sistema penal nacional y se instaure a pesar de ser un sistema federal, una concentración de competencias, al otorgarse al Congreso federal la facultad exclusiva para emitir leyes procedimentales en materia penal, emitiéndose como consecuencia el Código Nacional de Procedimientos Penales aplicable para todos los estados de la República.

Peor de esta forma queda una multiplicidad de reglas sustantivas en materia penal y del tratamiento que en cuanto a las sanciones se deben dar a las persona morales, pero el código adjetivo no señala su aplicación, lo que provoca una inconsistencia que puede ser violatoria de derechos humanos.

Aunado a lo anterior uno de los elementos fundamentales de la actividad jurisdiccional es el cumplimiento del debido proceso por lo que se promoverse juicio de amparo por tal motivo provocará la nulidad de las sentencias que se dicten en su contravención llevando a la impunidad, derivado de la falta de unidad de doctrina y normativa respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas en nuestro país.

Dos son los esquemas barajados por la doctrina y la legislación comparada: el de responsabilidad por atribución, llamado también de heteroresponsabilidad o de responsabilidad por hecho ajeno, y el de responsabilidad por hecho propio o de autoresponsabilidad. Nuestro país no es claro, por lo anterior procederé a señalar cuál es el texto de la normatividad aplicable en México.

3.- Normatividad vigente en México

Aquí se toca por lo que refiere a las personas morales lo siguiente:

Artículo 410. Criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad.

El Tribunal de enjuiciamiento al individualizar las penas o medidas de seguridad aplicables deberá tomar en consideración lo siguiente:

Dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales, el Tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción tomando como referencia la gravedad de la conducta típica y antijurídica, así como el grado de culpabilidad del sentenciado. Las medidas de seguridad no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica. . . .

CAPÍTULO II PROCEDIMIENTO PARA PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 421. Ejercicio de la acción penal
Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el Ministerio Público ejercerá acción penal en contra de ésta sólo si también ha ejercido acción penal en contra de

la persona física que deba responder por el delito cometido.

Artículo 422. Investigación

Cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la posible comisión de un delito en los que se encuentre involucrada alguna persona jurídica, en los términos previstos en el artículo anterior iniciará la investigación correspondiente.

En caso de que durante la investigación se ejecute el aseguramiento de bienes y sea necesario que alguna de las personas físicas a que se refiere el anterior artículo deba acudir ante el Ministerio Público, éste dará vista al representante de la persona jurídica a efecto de hacerle saber sus derechos y manifieste lo que a su derecho convenga.

En ningún caso el representante de la persona jurídica que tenga el carácter de imputado podrá representarla.

Artículo 423. Formulación de la imputación y vinculación a proceso

En la audiencia inicial llevada a cabo para formular imputación a la persona física, se darán a conocer al representante de la persona jurídica, asistido por el Defensor, los cargos que se formulen en contra de su representado, para que dicho representante o su Defensor manifiesten lo que a su derecho convenga.

El representante de la persona jurídica, asistido por el Defensor designado, podrá participar en todos los actos del procedimiento. En tal virtud se les notificarán todos los actos que tengan derecho a conocer, se les citarán a las audiencias, podrán ofrecer medios de prueba, desahogar pruebas, promover incidentes, formular alegatos e interponer los

recursos procedentes en contra de las resoluciones que a la persona jurídica perjudiquen.

La autoridad judicial dictará auto por el que determine si la persona jurídica de que se trate debe o no estar vinculada a proceso.

Artículo 424. Formas de terminación anticipada

Durante el proceso, para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, se podrán aplicar las formas anticipadas de terminación del proceso y en lo conducente, los procedimientos especiales previstos en este Código.

Artículo 425. Sentencias

En la sentencia que se dicte, el Tribunal de enjuiciamiento resolverá lo pertinente a la persona física imputada y a la persona jurídica, imponiendo a ésta, en su caso, la sanción procedente.

En lo no previsto por este Capítulo, se aplicarán en lo que sea compatible, las reglas del procedimiento ordinario previstas en este Código.

Código Penal Federal.

Artículo 24. Las penas y medidas de seguridad son:

1 a 15 . . .

16. Suspensión o disolución de sociedades. . . .

Código Penal para el Estado de Veracruz.

Artículo 46.-Respecto a las personas morales, las penas son: I. Pecuniaria; II. Publicación de sentencia; III. Suspensión; VI. Disolución; V. Prohibición de realizar determinadas

operaciones o negocios; VI. Intervención; y VII. Decomiso y aplicación de los instrumentos y objetos del delito.

4.- Normatividad vigente en España.

La normatividad sustantiva penal en España nos expresa:

31 bis 2 La responsabilidad penal de las personas jurídicas es independiente a la responsabilidad penal de las personas físicas

31 bis 3 Las circunstancias que afecten a la responsabilidad de las personas físicas (fallecimiento, sustracción a la Justicia, agravantes), no excluye ni modifica la de la persona jurídica Conductas

31 bis 1 a) Delitos cometidos en nombre o por cuenta y en provecho de la persona jurídica, por sus representantes o administradores. b) Delitos cometidos por falta del debido control sobre las personas físicas

31 bis 4 Si después de la comisión del delito sus representantes legales proceden a:

- a) Confesar el hecho antes de conocer que se dirige un procedimiento judicial.
- b) Colaborar en la investigación con pruebas nuevas y decisivas c) Reparar o disminuir el daño antes del juicio oral d) Establecer antes del juicio oral medidas eficaces para prevenir y descubrir futuros delitos.

Penas 33.7 Las penas aplicables, con la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica.

- c) Suspensión de sus actividades hasta 5 años.
- d) Clausura de locales y establecimientos hasta 5 años.
- e) Prohibición de actividades definitiva o temporal hasta 5 años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones, ayudas, beneficios fiscales y contratar con el sector público hasta 15 años.
- g) Intervención judicial hasta 5 años Multa 50 3 Extensión máxima de 5 años 4 Cuota diaria de 30 a 5,000 euros Multa proporcional.

52.4 Cuando no sea posible el cálculo se sustituirá por Multa de 2 a 5 años (pena a la persona física por más de 5) Multa de 1 a 3 años (pena a la persona física de 2 a 5 años) Multa de 6 meses a 2 años (□en el resto de los casos) Fraccionamiento pago de multa 53.5 Posibilidad de fraccionar las multas impuestas a personas jurídicas.

Reglas de aplicación 66 bis En la aplicación de las penas a las personas jurídicas se atenderá a los siguientes criterios: • A las reglas del art. 66.1 (salvo la 5ª) • A la necesidad, consecuencias económicas y laborales, puesto que ocupa la persona física u órgano responsable • A duración de una pena limitada no puede exceder de máximo de la pena privativa de libertad prevista si fuere cometido el delito por persona física • Las sanciones superiores a 2 años (salvo multa y disolución) requieren que la persona jurídica sea reincidente o se utilice instrumentalmente para delinquir • La disolución, prohibición de actividades (definitiva o por más de 5 años) e inhabilitación para obtener subvenciones (por más de 5 años), requieren que en la persona jurídica concorra la regla del art. 66.1.5 o se utilice instrumentalmente para delinquir.

Cabe señalar que aunque se consulta una página oficial habla de una actualización hasta el 5 de enero de 2015. (www.boe.es)

5.- Doctrina y criterios.

Existe una regulación penal para las Personas jurídicas en nuestro país, los delitos cometidos por una empresa o persona jurídica no oficial, sólo son perseguibles cuando también se encauza a las personas físicas que las conforman, aunque pueden existir consecuencias jurídicas exclusivas para los entes ficticios en algunos casos.

Como se observa, existe un símil entre las personas físicas y las morales, otorgándoles los mismos derechos procesales y garantías propias del sistema judicial, a fin de no trastocar la ficción de su personalidad. Peor aquí lo más relevante es que a nivel federal no existe más sanción a las personas jurídicas que la suspensión o disolución, pero a nivel local existen diversas, a saber 31 legislaciones locales que tienen diversas sanciones para las personas morales y que pueden llegar a causar el problema de la aplicación de éstas, al poder contar con diversas sedes de sus actividades, por tanto tener un solo procedimiento pero multiplicidad de sanciones dependiendo del territorio provoca un problema al momento de aplicar el derecho.

La teoría imperante en nuestro país, consecuencia del Estado liberal y de la filosofía de la Ilustración, se sustentaba en limitar la responsabilidad penal a la actuación de las personas físicas, aplicando el viejo aforismo, “societas delinquere non potest”.

Los argumentos favorables a la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas son sobre todo de carácter pragmático, esto es, que para la protección de determinados bienes jurídicos resulta más eficaz sancionar conjuntamente con las personas naturales a las personas físicas, pero se ha dejado fuera la responsabilidad de los personas jurídicas oficiales y de los partidos políticos y

sindicatos, bajo el argumento de que se trata de entes de interés público, pero que ha sido tema diario en los medios masivos de comunicación que son las principales fuentes de fraudes y de evasiones a las obligaciones de seguridad social y del régimen pensionario, causando un detrimento al patrimonio público y de los individuos en lo particular grave.

Establecer una responsabilidad sin procedimiento a las personas jurídicas por la comisión de ilícitos de las personas físicas que los representan dejarían en estado de indefensión a éstas, pero para que exista un resultado a un bien jurídicamente tutelado por su actuar como personas jurídicas entonces cuando menos debió existir una falta de cuidado o culpa, si no dolo por parte de los que administran como colectivo a esta ficción jurídica.

Nuestro Máximo Tribunal ha señalado:

Época: Novena Época

Registro: 204084

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo II, Octubre de 1995

Materia(s): Penal

Tesis: VI.2o.28 P

Página: 594

PERSONAS MORALES, RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS REPRESENTANTES DE LAS.

No puede admitirse que carezcan de responsabilidad quienes actúan a nombre de las personas morales, pues de aceptarse tal argumento los delitos que llegaran a cometer los sujetos que ocupan los puestos de los diversos órganos de las personas morales, quedarían impunes, ya que las sanciones deberían ser para la persona moral, lo cual es un absurdo lógico y

jurídicamente hablando, pues las personas morales carecen de voluntad propia y no es sino a través de las personas físicas como actúan. Es por esto que los directores, gerentes, administradores y demás representantes de las sociedades, responden en lo personal de los hechos delictuosos que cometan en nombre propio o bajo el amparo de la representación corporativa. (www.scjn.com.mx)

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

En España Carmen Agoues Mendizabal nos explica: “En relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, regula por primera vez dicha responsabilidad como una naturaleza autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto de la de la persona física.” (2013) Es decir, aun en países desarrollados la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un aspecto novedoso.

Y por su parte Laura Zúñiga Rodríguez nos dice: “Si las personas jurídicas no son meros instrumentos en manos de personas físicas, sino sujetos del tráfico jurídico y económico, por tanto, plenos sujetos de derecho, también lo han de ser a los efectos de responder por sus comportamientos de organización.

Cuestión distinta es cuando la persona jurídica es un mero instrumento en manos de personas físicas (empresas fantasmas, por ejemplo). En estos casos sí puede haber una responsabilidad derivada de la culpabilidad de la persona física.” (2011) De lo anterior se desprende que depende de las circunstancias que debemos individualizar el tipo de responsabilidad que le debemos imputar a una persona moral y no es sólo el hecho de adecuar la realidad a la conducta típica

descrita, ya que ello no resulta objetivo ni completo para poder aplicar en sentido estricto una sanción.

Deberíamos observar si la empresa como tal obtuvo un beneficio y no exclusivamente las personas físicas que la integran o la utilizaron como medio, si actuó con imprudencia, como órgano colectivo, al no verificar que sus representantes cumplieran con la normatividad, si la conducta típica es exactamente aplicable al caso concreto y si la conducta no es motivo de una regulación administrativa, en cuyo caso no sería aplicable una sanción de orden penal, por ejemplo las irregularidades en los procedimientos licitatorios, ya que al existir legislación especializada la compete conocer de primera instancia de las conductas sucedidas en esos procedimientos.

Muchos son los autores que han señalado la discusión doctrinal sobre las teorías tradicionales y las nuevas tendencias, pero lo que sí conviene es señalar que existe consenso que el criterio hasta ahora utilizado es el de realismo y resultado, se sanciona porque es una conducta que afecta las relaciones sobre todo económicas provocando inestabilidad y por su resultado debe ser sancionada.

Por lo anterior, la normatividad vigente en nuestro país resulta insuficiente para regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la forma como se encuentra establecida.

6.- Justiciabilidad de los derechos humanos

En el presente apartado resaltaremos la importancia que han adquirido los derechos humanos en México a partir de la reforma al artículo 1º Constitucional, publicada en el diario oficial de la federación el 10 de junio del 2011, en la que los tratadistas a partir de ese momento, sostienen que los derechos humanos han pasados de meras garantías a su justiciabilidad,

por lo que entendemos, que los mismos son exigibles en los diversos procedimientos y juicios que insten los gobernados ante las autoridades y los juzgadores, los cuales en principio se deben pronunciar de oficio, aplicando la norma que más favorezca al gobernado.

No sin antes definir de manera somera la concepción de los derechos humanos, Miguel Carbonell (2012), sostiene que el derecho internacional de los derechos humanos se estructura a partir de lo que puede llamarse un derecho originario; agrega, que se complementa por un derecho derivado; explica que, el derecho originario, es el que encontramos en los tratados internacionales de los derechos humanos, tanto de alcance mundial como regional.

El jurista Sergio García Ramírez, sostiene en la Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (2011), que el sistema tutelar de los derechos humanos se da ahora en un doble plano nacional e internacional al que él denomina control interno de convencionalidad, otorgado a todos los órganos jurisdiccionales, con el objeto de verificar la congruencia entre actos internos con el derecho internacional de los derechos humanos.

García Ramírez, acota que el control de la convencionalidad debe estar al servicio de la justicia y la seguridad jurídica, por tanto no debe culminar en la siembra de la injusticia ni en la inseguridad general o particular. Nos quedamos con sus palabras al señalar que existe el riesgo de tener solo ensayos de control por no tener el conocimiento profundo, para dar una conducción armoniosa de la interpretación jurisdiccional en esta materia.

En esta tesitura nos ilustra el jurista arriba señalado que se coloca en el centro de la escena al ser humano, bajo la garantía colectiva, y las obligaciones colectivas e individuales de los Estados, se crea el bloque de constitucionalidad en la medida

en que las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos deben ser aplicadas cuando resulten más benéficas para el individuo incluso de la estipulación diferente contenida en el texto de la ley suprema.

7.- El debido proceso

A partir de junio de 2011 el artículo primero constitucional de México retoma la figura de la “interpretación conforme”, al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos, del rango jerárquico que sea, deberán interpretarse a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Esto implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad, integrado no solamente por la carta magna, sino también por los propios tratados internacionales, a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.

El principio *pro persona* tiene dos variantes principales:

a) **Preferencia interpretativa**, según la cual el intérprete ha de preferir, de las interpretaciones válidas que estén disponibles para resolver un caso concreto, la que más optimice un Derecho fundamental, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos.

b) **Preferencia de normas**, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables, ahora prevista por nuestro artículo 1º constitucional, tiene uno de sus

antecedentes en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución mexicana exige que todo acto privativo sea dictado por tribunales previamente establecidos, en un juicio en el que se observen las formalidades esenciales del procedimiento y nuestra Corte específicamente nos expresa:

Época: Décima Época
Registro: 2005401
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 2, Enero de 2014, Tomo II
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. IV/2014 (10a.)
Página: 1112

DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO. ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN.

El artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce el derecho humano al debido proceso al establecer que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Ahora bien, este derecho ha sido un elemento de

interpretación constante y progresiva en la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, del que cabe realizar un recuento de sus elementos integrantes hasta la actualidad en dos vertientes: 1) **la referida a las formalidades esenciales del procedimiento**, la que a su vez, puede observarse a partir de dos perspectivas, esto es: a) desde quien es sujeto pasivo en el procedimiento y puede sufrir un acto privativo, en cuyo caso adquieren valor aplicativo las citadas formalidades referidas a la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias, el derecho a alegar y a ofrecer pruebas, así como la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas y, b) desde quien insta la función jurisdiccional para reivindicar un derecho como sujeto activo, desde la cual se protege que las partes tengan una posibilidad efectiva e igual de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones, dimensión ligada estrechamente con el derecho de acceso a la justicia; y, 2) por la que se enlistan determinados bienes sustantivos constitucionalmente protegidos, mediante las formalidades esenciales del procedimiento, como son: la libertad, las propiedades, y las posesiones o los derechos. De ahí que previo a evaluar si existe una vulneración al derecho al debido proceso, es necesario identificar la

**modalidad en la que se ubica el reclamo
respectivo.**

8.- El derecho al mínimo vital

Como se ha visto en párrafos anteriores, que la dignidad humana, es inherente a la persona y se aplica a todas las órdenes del derecho como el familiar, penal, constitucional, fiscal y agrario, así que la dignidad humana va de la mano del derecho al mínimo vital, pasamos a explicar este subtema.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cervantes, 2014), en el caso de la Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay, se pronunció en el sentido de que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, esencial para el ejercicio de los demás derechos humanos –como lo es el derecho al trabajo–, subraya que dicho derecho no comprende sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado arbitrariamente de la vida, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna.

El ministro Juan N. Silva Mesa (Cervantes, 2014), sostiene que el mínimo vital es un argumento fuerte, para avanzar en la concreción de los derechos sociales, vía para la existencia de sociedades más igualitarias, condición *sine qua non* de todo Estado democrático.

El jurista de la Suprema Corte de México en comentario, aporta un concepto del mínimo vital, dice, alude a la cobertura de ciertas condiciones mínimas vinculadas con las necesidades básicas del individuo. Continúa narrando, que permite delimitar el tipo de necesidades vinculadas con la supervivencia, la alimentación, la salud, la educación y la vivienda. Resume que el mínimo vital, alude a ciertas

prestaciones que garantizan una vida digna y autónoma para las personas.

En relatadas cuentas, una vez llevado un asunto ante los tribunales, en donde se cuestione el mínimo vital, el juez debe de ponderar las normas a efecto de que se busque las que más benefician al gobernado, como se puede dar en diversas materias, como en la laboral, civil y penal, vemos la tesis (<http://sjf.scjn.gob.mx>) cuyo rubro se transcribe a continuación **DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONCEPTO, ALCANCESE INTERPRETACIÓN POR EL JUZGADOR.** De la misma se desprende que es un derecho fundamental el cual se apoya en los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, particularmente en sus artículos 1o., 3o., 4o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123; aunado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", mismos que forman la base de las condiciones mínimas para que el Estado proporcione dice la tesis, educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social y medio ambiente.

9.- Interpretación conforme y pro persona.

Sostiene Miguel Carbonell (2012), que los derechos fundamentales suponen obligaciones para las autoridades de los distintos niveles de gobierno y que en consecuencia, la división vertical de poderes no puede ser alegada como excusa para dejar de cumplir con esas obligaciones, es algo que está muy claro a partir del derecho internacional de los derechos humanos.

En relación a ello, tenemos el artículo 1º Constitucional contiene varios principios protectores de los derechos humanos

los que se comentan a continuación (Vid. <http://puntogenero.inmujeres.gob.mx>), respecto a la interpretación conforme, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido, que en sentido amplio, implica que quienes imparten justicia, al igual que el resto de las autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y de acuerdo con los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

En sentido estricto, significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, quienes imparten justicia deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales que el Estado mexicano ha signado y ratificado, para no vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

Rogelio Larios Velasco (2011), cuando habla de la interpretación conforme, dice que el significado de la norma inferior debe ajustarse al de la norma superior, o si existe conflicto entre una norma superior y una inferior, entonces a la única que se atribuirá un significado normativo es a la superior.

El principio pro persona, como criterio interpretativo, busca la mayor protección para las personas y grupos a fin de garantizar de manera adecuada e integral sus derechos humanos. El reformado artículo primero de la Constitución, en su segundo párrafo, dispone que “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". Es decir, incorpora la interpretación conforme como un primer criterio y enseguida hace referencia al principio pro persona como un segundo criterio.

Este segundo principio debe ser utilizado para favorecer en todo momento a las personas. Por lo tanto, deberá hacerse siempre una interpretación extensiva cuando se trata de proteger derechos. Por el contrario, cuando la finalidad es acotar el margen de actuación de las autoridades y poderes públicos frente a los derechos humanos de las personas, se atenderá a la norma o interpretación más restringida. El principio pro persona resuelve las posibles antinomias de ley bajo un criterio de favorabilidad, no de jerarquía entre las normas; tampoco de acuerdo con los principios de temporalidad y especialidad.

10.- Ponderación y proporcionalidad.

Gregorio Peces-Barba (1999), señala que de acuerdo con la hermenéutica jurídica, la ponderación es concurrente con la proporcionalidad; en este sentido acota que la ponderación se aplicará como regla de interpretación cuando el conflicto surja entre dos o más personas respecto del ejercicio de derechos humanos de los que ambos son titulares; dicho jurista español, señala que estos principios son diferentes, con el principio de pro persona, que rige primordialmente la interpretación frente a conflictos entre particulares y autoridad.

Luis Prieto Sanchís citado por Peces-Barba, señala que en la ponderación hay siempre intereses o bienes en conflicto y el efecto de este criterio de interpretación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre ellos, ya que en ocasiones resulta imposible, por lo que la resolución del conflicto asigna la prevalencia de alguno de estos.

Por lo que toca al principio de proporcionalidad Claudia Alejandra Villaseñor Goyzueta (2011), explica que en la Carta Magna no tiene, ni puede tener contradicciones, de tal manera que siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás. Señala dicha estudiosa del derecho que la posición axiológica resulta que en los casos en que se opongan los derechos fundamentales u otro valor constitucionalmente protegido, la prevalencia de alguno de ellos resultará de una valoración que necesariamente tendrá que tomar en cuenta las particularidades fácticas en las cuáles se enfrentan.

Entonces tenemos que el principio de ponderación con el de proporcionalidad son concurrentes, y se aplica a conflictos de particular a particular respecto de la aplicación y respeto a determinado derecho humano, que el juzgador tendrá que decidir, de acuerdo a los elementos probatorios y circunstancias especiales a quien de las partes le reconoce el derecho humano en conflicto.

11.- La sentencia y sus principios

Como menciona Barragan Salvatierra (2009). El fin de la sentencia es la aceptación o negación de la pretensión punitiva y para ello será necesario que el juez, mediante la valoración pro-cedente, determine la tipicidad o atipicidad de la conducta, la suficiencia o insuficiencia de la prueba, la existencia o inexistencia del nexo causal entre la conducta y el resultado, así como la capacidad de querer o entender del sujeto, para así establecer la culpabilidad o la inculpabilidad, la operancia o no de la prescripción o de alguna otra causa extintiva de la acción penal. (p. 593).

El descubrimiento de la verdad como fin específico del proceso penal equivale a averiguar lo que históricamente pasó, es decir la existencia real de una cosa, con el propósito de estar en posibilidad de conocer si efectivamente el hecho ilícito se realizó.

Si el juez no conoce a ciencia cierta lo que pasó, no se encuentra en posibilidades de emitir un fallo, no debiendo limitarse para ello a lo que las partes aporten, sino que debe buscar la verdad por todos los medios posibles a su alcance, con la finalidad de poder emitir su fallo.

Garantías de las sentencias

Congruencia.

Principio normativo mediante el cual, debe existir concordancia entre lo planteado por las partes y lo controvertido del asunto, así como lo resuelto por el juez con lo establecido en el texto normativo. Es decir la responsabilidad del juez se ha convertido en la responsabilidad de justificar sus decisiones tomando en cuenta la norma, la interpretación de ésta, los tratados internacionales y los hechos probados.

Es decir, el principio de congruencia de las sentencias radica a la vez por el derecho y la lógica, ya que es el momento en que el juez va a conformar la información obtenida, reuniendo en un mismo documento (sentencia) lo que indica el derecho y las partes, y de acuerdo a una operación lógica, dar a conocer un resultado.

La sentencia debe formularse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente manifestadas, con la finalidad de que exista identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto.

Por tanto, la naturaleza de la lógica, que debemos reconocer forma parte del saber filosófico, pues aun entendiendo que la filosofía empieza donde terminan las ciencias, no hay duda de que la lógica representa un modo de saber sobre el saber. Por lo demás el estudiar las leyes a que ha de ajustarse nuestro pensamiento en la búsqueda de la verdad, constituye una ciencia normativa.

De tal forma, considerar la base teórica de la aplicación Kelseniana o de los seguidores del realismo moderado, la intervención del juez resulta de importancia esencial para poder modificar la realidad existente y para resolver los problemas sociales bajo la idea de la prevención especial al momento de emitir una sentencia.

Existen esquemas formales cuya deducción se desarrolla considerando las relaciones existentes entre las proposiciones completas, como unidades indivisibles, que son los esquemas de la lógica proposicional. En cambio, la lógica de términos, al considerar los procedimientos deductivos que intervienen en los razonamientos, no toma como unidad mínima de análisis a las proposiciones, si no a los términos que las constituyen y las relaciones que existen entre estos términos dentro de la proposición.(Fernández, 2011)

Para comprenderlo de una manera sencilla; el juez al emitir una sentencia debe llevar a cabo un razonamiento, el cual está íntimamente relacionado con las proposiciones que conforman al argumento de su resolución, o bien debe estar centrada en la relación existente del hecho normativo que conforma las proposiciones de dicho argumento.

Para García, M. (1958) los métodos de integración más frecuentes en los sistemas jurídicos modernos, son los siguientes: 1) argumento a contrario; 2) empleo de razonamientos analógicos; 3) aplicación de los principios

generales del derecho y 4) recurso a criterio de equidad. (p. 170-172)

Es decir el juez debe tener la fijación clara y precisa del acto o actos considerados delitos y la preparación de las pruebas para tenerlos o no por demostrados, los fundamentos legales en que se apoye para emitir su sentencia, los puntos resolutivos claros y precisos como lo hemos manifestado congruentes con lo denunciado y lo resuelto en la sentencia.

Motivación y Fundamentación.

Es común hablar de motivación y fundamentación de las sentencias, puesto que dichos términos se encuentran ligados, al hablar de ellos debemos entender que dicho fallo debe ser emitido de manera clara y precisa, entendible de tal manera que el enjuiciado pueda entender y comprender su contenido y alcances.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 16 nos dice: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”

La motivación legal implica la necesaria adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma general, con la cual se funda el acto de molestia y el caso específico en el que éste va a ser aplicado o surtir sus efectos. Sin dicha adecuación, se violaría, por ende, la citada garantía de fundamentación legal, la cual encuentra su fuerza en el texto normativo investido de legalidad.

Con lo anterior la motivación de la actuación de la autoridad deja de ser percibida como la mera adecuación o ajuste del hecho concreto a la hipótesis normativa y adquiere una

dimensión mucho más amplia, que exige del juzgador no solo un amplio conocimiento normativo, sino una metodología jurídica que le permita justificar por qué la decisión que ha tomado es la correcta y aplicable al caso concreto.

Así mismo el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”

Con lo antes expuesto, debemos entender que al hablar de fundamentación nos referimos a expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso concreto.

Y por motivación, se refiere a señalar con precisión las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto.

Por lo tanto, al hablar de la relación que liga la fundamentación de la motivación, nos referimos a la concordancia, similitud, o nexo existente entre los motivos aducidos y las normas aplicables, dicho de otro modo, nos referimos al hecho antijurídico adecuado al tipo penal.

No existe posibilidad alguna de hacer excepciones cuando se trata de garantizar los derechos humanos de las personas ya sean físicas o jurídicas, por lo que la sentencia debe de cumplir

los extremos de su exigencia constitucional y legal cuando de aplicar sanciones o medidas de seguridad se trate a este tipo de ficciones jurídicas ya que al tratarse el sistema implementado de uno de acumulación no basta acreditar la conducta de las personas físicas sino haber vencido en juicio también a la persona moral.

11.- Conclusiones.

La aplicación del control de la convencionalidad se fortaleció con la reforma al artículo 1º, de la Constitución Federal, de fecha 10 de junio del 2011, al darle el reconocimiento a los derechos humanos que establece la Carta Magna y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dando nacimiento a la justiciabilidad de los derechos fundamentales, al darles el reconocimiento de universales, indivisibles, de no discriminación y respeto a la dignidad humana, aplicando los criterios de interpretación conforme y pro persona, así como el de ponderación y proporcionalidad.

De las tesis de jurisprudencia que emite la Suprema Corte de Justicia de la nación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados, se aprecia que no hay una sistematización clara y precisa de cómo aplicar el control de la convencionalidad, cuando el mismo se debe aplicar *ex officio*, de conformidad con el artículo 1º Constitucional, al gobernado se le pide que precise el tratado internacional donde considera que le favorece el derecho humano del que se queja, es decir, que no basta señalar la causa de pedir, porque los órganos jurisdiccionales no pueden leer todos los tratados en materia de derechos humanos, sino se les precisa que derechos humano fue vulnerado.

De tal forma, en el caso del proceso penal mexicano, podemos afirmar que no es posible estudiarlo si no se entiende en forma sistémica, ya que debemos establecer los límites que los entes

operadores e integrantes del sistema tienen y la apertura que la constitución otorga al momento de permitir la inaplicación de la Ley y la interpretación conforme bajo una perspectiva de derechos humanos, por tanto, se conforma sistémicamente con la precisión de sus elementos, es decir, los órganos de acusación, defensa y decisión, que operan en su interior por medio de estructuras, dadas en razón del contenido normativo y siempre atendiendo al sentido sistémico, que es la decisión judicial, la cual ha dejado el sustento legal para fundamentarse en la constitucionalidad y la garantía de los derechos humanos.

También podemos aseverar que la teoría que impera en nuestros días es la del Derecho libre, esta teoría defiende la total libertad del juez en la interpretación del derecho que aplica, al punto de poder hacer a un lado el derecho contenido en la norma jurídica y aplicar su criterio o principios generales para resolver la controversia lo más apegado a valores como el de justicia, para esta teoría los jueces son independientes de las leyes y sus decisiones no deben obligatoriamente estar maniatadas por el texto de las normas.

Una de las garantías ineludibles del estado mexicano es la preservación del debido proceso como aspecto esencial del sistema acusatorio, toda vez que las reformas constitucionales exigen que se garanticen los derechos humanos y los actos de autoridad deben ser entendidos como actos de molestia, por lo que independientemente de la materia, debemos otorgarle a los individuos, los derechos generales para su defensa, para ejercitar las acciones necesarias para defender sus intereses con la intervención estatal y las especiales que les correspondan por pertenecer a un grupo vulnerable o las acordadas internacionalmente bajo el principio de reciprocidad.

Toda vez que no existe una unidad en cuanto a la responsabilidad de las personas morales, al momento de sentenciar se estará violando el principio de debido proceso y

por tanto se alcanzara un alto índice de impunidad lo que nos llevara a desconfianza de las instituciones y una falla del naciente sistema judicial nacional.

Finalmente es recomendable adoptar las medidas implementadas en el Código penal español en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas y consolidar en un solo ordenamiento los aspectos sustantivos de esta materia.

Bibliografía.

AGOUES MENDIZÁBAL, Carmen: (2013) "La responsabilidad penal y/o sancionadora de las personas jurídicas en los distintos Estados miembros de la UE", *European Inklings*, n.º 2

BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Derecho procesal Penal (2009) México 3º edición, Mc Graw Hill.

CARBONELL, Miguel & otros. (2012). *La reforma constitucional de los derechos humanos, un nuevo paradigma*, México: Porrúa-UNAM.

CERVANTES, M. (2014). *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, México: SCJN-UNAM-IIIJ.

CILIA LÓPEZ, José F. (2013). Los Jueces Nacionales frente a los Derechos Humanos. México. Ed. Porrúa.

FERNÁNDEZ G. Graciela, (2011). *Argumentación y lenguaje jurídico*. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

GARCÍA M., Eduardo (1958). *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa.

GARCÍA, R. Sergio (2011). "El control judicial interno de la convencionalidad" *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, número 28, julio diciembre 2011, México, ISSN 1870-2147, <http://www.scielo.org.mx>

LARIOS R. & otro. (2011). *Las directivas de interpretación jurídica*, México: Fontamara

PECES-BARBA, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. España: s. Ed., recuperado de <http://puntogenero.inmujeres.gob.mx>.

SCJN (2011). *Los Derechos Humanos y su protección por el Poder Judicial de la Federación*, México: SCNJ, <http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx>.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL D.F. (2012). *Manual de aplicación de los Tratados Internacionales en Derechos Humanos en la Función Judicial*. México. Estudios Judiciales TSJDF.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: (2011) "La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española", *Anuario de Derecho Penal Económico*, n.º 1.

CAPÍTULO 7

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
COMO UN DERECHO HUMANO

Dra. Esmeralda Martínez Lara

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO UN DERECHO HUMANO

Esmeralda Martínez Lara¹⁴

El proceso acusatorio adversarial al implementarse en nuestro país representa un reto para la justicia mexicana, para poder entrar totalmente a operar se tienen que hacer varias adecuaciones a nuestro sistema de justicia penal, en virtud de que se deben implementar salas de juicio oral, capacitar al personal que va a intervenir para llevar a cabo desde la investigación hasta cada una de las etapas del juicio oral, como lo son los Ministerios Públicos, policías, peritos, defensores, jueces y asesores jurídicos. Esta capacitación también debe incluir como fundamento el respeto a los Derechos Humanos, es decir un procedimiento acusatorio adversarial basado en el respeto a la persona, quienes mayor desventaja tienen son el imputado y víctima, al enfrentarse a una maquinaria procesal del Estado.

Dentro de nuestra legislación encontramos Derechos de la víctima y del imputado, es decir, inmersos dentro de nuestra Constitución y Código Nacional de Procedimientos Penales, con estos derechos analizados desde este punto de vista nuestro imputado y víctima están totalmente protegidos y no tendríamos que implementar ninguna estrategia o política para que se hicieran cumplir sus derechos.

Pero lamentablemente esto no es así, la realidad por la que se han creado instituciones como la Comisión Nacional de

¹⁴ Licenciada en Derecho por la UNAM, Maestra en Derecho Procesal Penal, con Especialidad en Juicios Orales y Doctora en Derecho Penal, por el Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas, docente y capacitadora en Ciencias Penales e investigadora del Instituto Interdisciplinario de Investigaciones de la Universidad de Xalapa.

Derechos Humanos es porque se necesita que alguien esté atento y vigilante de que se cumpla lo establecido en las leyes y además sea respetado el Derecho humano de cada persona por la autoridad.

DEFINICIÓN DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Dentro de lo que estamos comentando tenemos un claro ejemplo y que manejaremos a lo largo de este capítulo y lo es el Derecho a la presunción de inocencia, este Derecho del cual tenemos el fundamento en la Constitución Mexicana en el artículo 20 constitucional, apartado b), fracción I), el cual precisa que es un derecho de toda persona imputada a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Aquí tenemos entonces nuestro fundamento a la presunción de inocencia, el cual además ha sido analizado por varios reconocidos doctrinarios y sus definiciones son las siguientes:

- a) LUIGI LUCCHINI señala que la presunción de inocencia es un “colorario lógico del fin racional asignado al proceso” y la “primera y fundamental garantía que el procesamiento asegura al ciudadano: presunción juris, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario”.
- b) FERRAJOLI determina que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son “la regla de tratamiento del imputado que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal” y “la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda”.

- c) NOGUEIRA ALCALA dice: la presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas de ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además de daño moral que eventualmente se les puede producir.

- d) GONZALINE indica que el principio de inocencia es un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación. Esto significa que la producción probatoria y el sistema de apreciación que tengan los jueces integran, en conjunto el principio de razonabilidad que se espera de toda decisión judicial.

Al momento de tomar en consideración cada una de las definiciones que nos dan los doctrinarios sobre la presunción de inocencia determinaremos lo siguiente:

“La presunción de inocencia es un derecho fundamentado en nuestra Constitución Mexicana, que manifiesta que un imputado debe gozar de su libertad en tanto la autoridad no esté plenamente convencida de que fue este quien llevo a cabo el delito que se le imputa y la prisión preventiva debe ser utilizada excepcionalmente, ya que puede llegar a ser violatoria de este derecho”.

Luego entonces, encontramos dentro de las definiciones del derecho de presunción de inocencia varios supuestos entre ellos la situación de que se defiende la libertad como un derecho y es una excepción la prisión preventiva.

Aquí encontramos que la presunción de inocencia está en constante tensión con otros derechos, en particular con los de las víctimas a salvaguardar su integridad o a contrarrestar posibles riesgos de reincidencia, en protección al derecho de la sociedad a la seguridad ciudadana. En la defensa de cualquiera de estos derechos siempre existirá el interés de la Sociedad.

El imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente, se trata en verdad de un punto de partida político que asume la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyo, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente partía desde el extremo contrario. El principio no afirma que el imputado sea, en verdad inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo.

La presunción de inocencia posee, además de la eficacia procesal inherente a este derecho, una extraprocesal de recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos, el reconocimiento de inocencia va más allá: permite al sentenciado que ha sido declarado culpable de un delito, alegar en su favor circunstancias supervenientes que demuestran su inocencia. Lejos de ser un simple procedimiento incidental, el reconocimiento de inocencia debe verse como un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un solo plano: el plano procesal; y que encuentra un influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Es una institución de “carácter extraordinario y excepcional que reconociendo el principio de seguridad jurídica surgido con la sentencia definitiva, tiene por objeto corregir

verdaderas injusticias cometidas por el juzgador penal, cuando habiendo condenado a una persona, posteriormente se demuestra de manera fehaciente e indubitable que es inocente”

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA A NIVEL INTERNACIONAL.

Comenzaremos analizando algunos de los tratados internacionales que México ha firmado y de los cuales se desprenden varias obligaciones, y son los siguientes:

- a) **Pacto de San José**, el cual obliga (como política de Estado) a asumir compromisos como es el caso de la protección de los derechos humanos. Dicho tratado establece varias obligaciones como lo son:

La obligación de respetar los derechos humanos. En ese sentido, el artículo 1.1 del pacto de San José ha establecido lo siguiente:

“Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Ahora bien, del artículo 2º del Pacto de San José encontramos el fundamento normativo de control de convencionalidad, el cual, al vinculárselo con el artículo 1º constitucional establece la razón jurídica para su observancia por parte de los operadores jurídicos, cualquiera sea su rango o fuera y dentro de su ámbito de competencia.

b) **La Declaración Universal de Derechos Humanos**

señala en su artículo 11:

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

c) **El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, por su parte, establece en su artículo 14 que:

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

d) **El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional** considera, en su artículo 66, el contenido complejo de la presunción de inocencia de la siguiente manera:

1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable.
2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.
3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

La interpretación de la presunción de inocencia como derecho fundamental los asocia directa e inevitablemente con los derechos de defensa. Pero, además, le da un contenido extraprocesal que impone el respeto a ese derecho por parte de los funcionarios públicos que actúan en juicio y de terceros, entonces vemos una imposición de una obligación de las

autoridades a respetar un derecho de defensa siendo este la presunción de inocencia.

Así también de gran importancia y en relación con este Derecho Fundamental tenemos al control de convencionalidad como el examen de verificación que deben de realizar los jueces aun de oficio y dentro del ámbito de sus competencias, en torno a la compatibilidad o adecuación de las normas internas con el bloque de convencionalidad, esto es, el pacto de san José, las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos y, en forma extensiva, con los tratados internacionales que en materia de derechos humanos ha suscrito el país.

Como se puede apreciar, anteponemos el juicio de verificación frente al efecto de inaplicación de la norma, dado que, no siempre se arribará a este resultado. Es decir, que el control de convencionalidad no estamos hablando de que siempre en cada uno de los casos estemos hablando de una aplicación de tratados o convenciones internacionales, y no dudar sobre la normatividad interna y su compatibilidad con el respecto a los derechos humanos, debido que, si nos aproximamos al sistema normativo con la incertidumbre de si es o no adecuado con el bloque de convencionalidad conllevará a la insostenibilidad de dicho sistema, retardándose la administración de justicia y aumentándose las respuestas jurídicas a los conflictos sociales.

Por el contrario, la experticia nos indica que el sistema es sostenible porque las normas legales que se han venido dando son estricta constitucionalidad o gozan de una presunción de constitucionalidad así como de convencionalidad y que cuando se demanda a un estado ante la corte interamericana, este no ha quedado exento de responsabilidad cuando se le ha atribuido (mediante hechos probados) la violación de los derechos humanos.

Entonces si partimos desde la perspectiva de respetar el Pacto de San Jose; México está muy alejado de lograr el objetivo, ya que en este aspecto tenemos la problemática de una costumbre

por parte de nuestros jueces de resolver de la mejor manera, lo cual no es una tarea fácil.

TRATADOS INTERNACIONALES Y CONSTITUCION APOYO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO HUMANO.

En virtud de que estamos dentro de un Sistema penal en el cual existen dos partes con una contienda jurídica por un lado los intereses de la víctima para que a través de un asesor jurídico se hagan respetar sus derechos y se le repare el daño; y por otro lado tenemos los intereses del imputado quien a través de un Defensor lo que quiere obtener es su libertad. De todo ello lo que obtenemos como resultado es un conflicto de intereses, con lo cual ponemos en una balanza y el resultado será que ambos derechos tienen un peso igual.

El nuevo sistema de justicia penal protege los derechos fundamentales de toda persona a quien se le imputa la comisión de un delito, puesto que garantiza el principio de presunción de inocencia y esto conlleva a seguirse el proceso en libertad como regla general, y no la prisión preventiva, en este sentido han surgido críticas de la propia sociedad en relación a que las personas que presumiblemente han causado un daño en su esfera de derechos, por el hecho de seguir el proceso en libertad, tendrán mayor oportunidad de sustraerse.

Según nuestra legislación aplicable al Sistema Acusatorio Adversarial, tenemos que la prisión preventiva solo se puede solicitar cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio. Además el juez no puede imponer una prisión preventiva oficiosa, es decir no puede imponer esta medida por el solo hecho de que el juez de mutuo propio así lo decida; sino quien debe de solicitarlo es el Ministerio Público.

No se ignora la doctrina existente en el control de constitucionalidad, entendido como la adecuación de las normas legales al marco de la constitución. Ahora bien, este juicio de compatibilidad generó todo un canon interpretativo, donde se manejan principios tales como supremacía constitucional, presunción de constitucionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, entre otros.

Los derechos humanos deben ser elevados del nivel del discurso de la materialización en las estructuras sociales a través de políticas públicas. Los derechos humanos son agendas públicas; los derechos humanos son políticas públicas tanto de hacer como de no hacer, pero donde predominen las prestaciones positivas como motor de cristalización de los citados derechos.

Lo anterior debe ser tomado en consideración y plasmarse en políticas sociales para cumplir con los objetivos siguientes:

1. La ejecución de políticas sociales para la máxima realización de los derechos que estas involucran, en tal sentido, considera que es responsabilidad del estado priorizar la recaudación y la distribución presupuestal en este tipo de planes.
2. El presupuesto distribuido en las políticas sociales deje de ser vista como un mero gasto y se piense, más bien, en los términos de una inversión social en aras de cumplimiento de un fin comunitario. Únicamente cuando todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar, podrán realizar satisfactoriamente sus planes de vida y por consiguiente, brindar un mejor aporte a la sociedad en su conjunto, lográndose de este modo, un mayor desarrollo como país.

El 10 de Junio de 2011 se promulgaron reformas a la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, de los que sobresale la modificación de su artículo 1º, que establece la obligación de toda autoridad de promover, respetar y garantizar los derechos humanos favoreciendo la protección más amplia posible a favor de la persona, de conformidad con los principios de universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad.

En virtud de estos, la valoración de los derechos fundamentales queda vinculada a la premisa de que deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias (universalidad); además, tales derechos han de apreciarse como relacionados de forma que no sería posible distinguirlos en orden de importancia o como prerrogativas independientes, prescindibles o excluyentes unas ante otras, sino que todos deben cumplirse en la mayor medida posible así sea en diferente grado de presencia de otro derecho fundamental que también deba respetarse y que resulte eventualmente preferible, por asegurar un beneficio mayor al individuo, sin que el derecho fundamental que ceda se entienda excluido definitivamente (indivisibilidad e independencia); así mismo, con el entendimiento de que cada uno de esos derechos, o todos en su conjunto, obedecen a un contexto de necesidades pasadas y actuales, mas no niegan la posibilidad de verse expandidos, por adecuación a nuevas condiciones sociales que determinen la necesidad y vigencia de otras prerrogativas que deben reconocerse a favor del individuo (progresividad).

Los referidos principios representan criterios de optimización interpretativa de plena e inmejorable a favor del individuo, al orientar el proceder de toda autoridad en el cumplimiento del mandato de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la constitución y los tratados internacionales de la materia, lo cual se refleja al ejercer el control constitucional, en el sentido de que el respeto y restauración de los indicados derechos son una tarea no solo de la jurisdicción federal, sino también de la ordinaria en el conocimiento de los asuntos de su competencia.

Otra obligación internacional toca un tema en concreto la función legislativa como instrumento político-normativo para la protección de los derechos humanos. En efecto desde una perspectiva positiva, debemos de contar con normas jurídicas que faciliten la protección de los derechos humanos, la determinación del tipo de responsabilidad de aquellos que los violen, así como, los que establezcan aquellas condiciones que faciliten la práctica de los mismos, pero también, esta perspectiva implica que la producción normativa para cualquier tema ajeno a los derechos humanos no implique una restricción injustificada o desproporcionada de tales derechos.

Sin embargo no en todos los casos el examen de convencionalidad termina en una inaplicación, en este caso, de un tratado internacional; pero también es cierto que el operador no puede ignorar casos de grave violación a los derechos humanos sea cual fuere su fuente, incluso si proviene de un pacto internacional. Es aquí en donde tenemos la obligación de nuestras autoridades judiciales de conocer a fondo cada uno de los tratados internacionales que México suscribe, para que en ninguna de sus resoluciones se contrapongan estos derechos.

También es importante señalar que la corte interamericana tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación aplicación de las disposiciones de la citada convención que le sea sometida, siempre que los estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia ya sea por declaración especial o por convención especial. Entonces es de suma importancia que los abogados litigantes conozcan el alcance de la Corte Interamericana que puede llegar a conocer de distintos asuntos en los cuales exista una marcada controversia de interpretación.

Entonces la corte interamericana tampoco llega a entrometerse en el contenido de cada asunto que los jueces de los estados partes, pero asume competencia contenciosa en aquellos casos de violación a lo establecido en el pacto, declarando la responsabilidad de aquel estado parte que, por acción u omisión, genero una situación de vulneración a los derechos fijados en el citado documento internacional.

Entonces tenemos como fuentes normativas a la Corte y sus sentencias de la corte interamericana son las fuentes normativas para aplicación e interpretación de los derechos humanos reconocidos por los estados al suscribir en el pacto de san José.

Al respecto la corte interamericana indico lo siguiente:

“La corte es consiente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional de la convención americana, sus jueces, como parte de un aparato del estado, están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermadas por la aplicación de las leyes contrarias a su

objeto y fin, y que desde un principio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras el poder judicial se debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la convención americana sobre derechos humanos.

En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la corte interamericana, interprete ultima de la convención americana.”

Para este supuesto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (varios 912/2010) preciso que solamente las sentencias emitidas por la corte interamericana en aquellos casos contra México eran los vinculantes para el operador interno, siendo referencial las sentencias emitidas en otros procesos no obstante tal posición cambio, ahora son vinculantes todas las sentencias de la corte interamericana, sin importar si México participo o no como parte en el asunto contencioso.

Ahora haremos unos breves comentarios sobre el estudio de las sentencias de la corte interamericana en lo siguiente:

1. Son de interpretación de los derechos contenidos en el pacto de san José y de la autonomía normativa de los derechos estados partes, siempre se respeta la autonomía de las normas de los estados partes, dado que la convención americana solo exige la compatibilidad entre las disposiciones internas de los estados partes con lo establecido en el citado documento internacional.
2. Son sentencias que declaran la violación de los derechos en el pacto de San José, ponderando la

normatividad interna de los estados partes. Es decir, con la corte interamericana no se pronuncia sobre si es o no contrario a la convención americana el que México haya regulado alguna situación procesal y mucho menos ha habido pronunciamiento sobre la responsabilidad internacional del estado mexicano por permitir actos de molestia fundados en mandamiento judicial. El remitirnos a dichas sentencias nos permitirá señalar que las mismas son la expresión de un catálogo de violaciones a los derechos humanos, restringidos a los actos u omisiones perturbadores al contenido esencial de tales derechos y no a la estructura y funcionamiento del Sistema Penal.

Por otro lado, y a raíz de la reforma del 2011 del artículo 1° constitucional, también forma parte del bloque de convencionalidad los tratados internacionales en materia de derechos humanos que México haya suscrito.

En ese sentido, no nos estamos refiriendo a todo documento internacional, sino aquellos que México se ha comprometido a cumplir y que generen obligaciones de protección de los derechos humanos, tales como los que ya hemos hecho mención, los mencionados tratados internacionales presentan en esencia, tanto como la finalidad como el catálogo de los derechos del pacto de san José por lo que se puede hablar de una armonía convencional en aras de una protección jurídica eficaz de los derechos humanos.

Por el contrario la lectura del pacto de san José y de los tratados internacionales del mismo cause temático nos conducirá a un catálogo de reconocimiento a los derechos básicos para la convivencia pacífica en la sociedad; dejando a los estados partes la conformación de sus agendas publicas tendientes al desarrollo como país (autonomía normativa). Así mismo la revisión de las sentencias de la

corte se apreciara la responsabilidad internacional del estado parte por la violación de los derechos contenidos en el pacto.

Sin embargo, se le critica esta modalidad al afirmar que se está confundiendo el control de convencionalidad con el deber del Estado en proteger, en todos sus estamentos, los derechos humanos.

APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LAS NORMAS LEGALES

Para realizar el examen de compatibilidad entre las disposiciones internas (Constitución y leyes procesales) con el bloque de convencionalidad (Convenciones y Tratados Internacionales), se pueden observar lo siguiente:

- A) Interpretar la norma legal conforme a la constitución: esta es la postura de la suprema corte de justicia de la nación. Es decir, debemos de recordar que ni los tratados internacionales de protección de derechos humanos nos exigen un determinado “sí” y un “como” para el contenido de la constitución, solamente el límite de no desconocer el bloque de convencionalidad. Por el contrario, es respetuoso a un modelo garantista la producción de normas apegadas a la estricta constitucionalidad.

Como ejemplo, la orden de aprehensión es un acto de molestia que solo puede ser emitida por el órgano jurisdiccional mediante mandamiento por escrito, cuando exista denuncia o querrela, el delito este castigado con pena privativa de libertad y existan datos de prueba que establezcan que existe un hecho señalado por la ley como delito y la probabilidad que el

imputado lo cometió o participó en su comisión. Si tales requisitos se señalan en la norma que regula el proceso penal (federal, estatal o bien propio del código único o nacional), entonces la misma cumple con el principio de constitucionalidad por parte del operador jurídico.

Pero en este mismo ejemplo tenemos un derecho fundamental con el que se contrapone como lo es el principio de presunción de inocencia y es aquí donde tenemos un conflicto de intereses y derechos fundamentales.

La constitución nos marca la pauta para la producción, interpretación y aplicación de la legislación secundaria; no podemos olvidarla, ni dejarla de estudiar y aplicar.

Entonces tenemos una doble protección para los derechos humanos en muchos de los casos, pero en algunos de ellos depende de la autoridad el cómo intérprete la Constitución para el caso en particular o la forma de aplicar los tratados internacionales.

Esta interpretación conforme a la constitución se facilita a través de herramientas tales como la presunción de constitucionalidad y la interpretación sistemática con los diferentes enunciados constitucionales.

- B) Interpretar la norma legal conforme a los derechos humanos, la hermenéutica no puede alejarse de los tratados internacionales suscritos por México que se ocupan de tal materia.

En la reforma Constitucional de fecha 10 de junio de 2011, los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la propia Ley Suprema y los tratados

internacionales, lo que se traduce en la obligación de analizar su contenido y alcance a partir del principio pro personas, el cual en su primer vertiente constriñe a acudir a la normas más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, esto es, ante la existencia de varias posibilidades de solución para un mismo problema, es menester optar por la que brinde mayor protección, lo que desde luego presupone la existencia de dos posturas normativas.

Luego entonces, encontramos que debemos de hacer un análisis de cada una de las normas aplicables, ya sean la Constitución, la legislación penal local o federal y el tratado internacional aplicable, haciendo valer el derecho que brinde mayor protección.

En caso de alguna omisión o ausencia de la Constitución para el caso en particular debemos acudir directamente al Tratado internacional aplicable.

PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

Ahora bien, vamos a aplicar estos pasos sometidos a análisis la prisión preventiva oficiosa:

- a) La norma secundaria que regula la prisión preventiva oficiosa es conforme al artículo 19 constitucional, segundo párrafo, en la medida que se aplique al catálogo, de delitos señalados en el enunciado constitucional, en efecto, debemos recordar que anteriormente, la medida cautelar más gravosa como la prisión preventiva era de aplicación para los delitos graves según la legislación secundaria; ello origino que su

aplicación, en mayor o menor medida dependiese de cada entidad federativa, con la heterogeneidad que ello pueda significar.

En ese sentido, la constitución lo que ha hecho es unificar la aplicación de la prisión preventiva para que la misma no caiga en excesos, y de esta manera evitar que se siga perjudicándose desproporcionalmente la esfera de libertad personal del imputado. En tal virtud, la ley fundamental ha establecido un catálogo de delitos cuyo grado de afectación al interés al público es de máxima intensidad tornado proporcional la prisión preventiva oficiosa, y dejándose a la norma secundaria así como al operador su juicio de necesidad (por ejemplo, en los casos en que la persona procesada este embarazada, pertenezca a un grupo etéreo vulnerable o padezca un enfermedad grave terminal, la prisión preventiva – incluso oficiosa- puede ser reemplazada por otra medida cautelar menos gravosa).

- b) Se toman en cuenta los pronunciamientos de la corte interamericana que en torno a las medidas cautelares se hayan dictado, pero solo se toman como medidas, más no como base de los pronunciamientos de la autoridad.

Con ello podemos decir que la prisión preventiva oficiosa solamente se aplica para específicos delitos y tomando en consideración lo siguiente:

1. Los considerados, desde el juicio de constitucionalidad, como graves (excepcional);
2. Su imposición debe descansar en la existencia de datos de prueba que establezcan la existencia del hecho señalado como delito propio del catálogo del artículo

19 constitucional, segundo párrafo, así como, la probabilidad que el imputado lo cometió o participo en su comisión (justificada);

3. Debe ser ordenada por el órgano jurisdiccional competente en el caso puesto a su conocimiento (acordadas);
4. El fin legítimo que sustenta la prisión preventiva oficiosa es el de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia y comprometa el éxito de la investigación; este objetivo deberá estar justificado en el razonamiento judicial y en los datos de prueba aportados por el ministerio público (indispensable);
5. Así mismo se estableció la proporcionalidad entre la prisión preventiva y oficiosa y el catálogo de delitos mencionado en la constitución; por otro lado, a pesar que su aplicación es oficiosa, está sometida al plazo máximo de dos años, fijado en el artículo 20 constitucional Apartado B, fracción IX (limitada);
6. Si la situación jurídica que justifico la imposición de la prisión preventiva vario, entonces la citada medida cautelar puede ser situada revocada, por el órgano de primera instancia (revisión) o por la segunda instancia (impugnación).

El Código Nacional de Procedimientos Penales que regule la prisión preventiva oficiosa será jurídicamente valida si se respeta el marco del artículo 19 constitucional, segundo párrafo, pero tenemos una situación encontrada a la que se

enfrentan los operadores jurídicos dependiendo del punto de vista que se esté interviniendo en un proceso penal.

PROPORCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Ahora vamos a observar las reglas de la proporcionalidad o de la ponderación en los efectos que generaría el acto procesal de ser ejecutado. Así, en primer lugar, el operador debe tomar en cuenta si existe una situación de necesidad que justifica una determinada actividad procesal. En segundo lugar, elegir el acto procesal más idóneo o eficaz para hacer frente a la situación fáctica de necesidad presentada. Y, en tercer lugar, el tomar en cuenta el interés público a la hora de fundamentar la decisión judicial; si el grado de afectación al interés público es mayor, entonces será mayor la intensidad del acto procesal tendiente a evitar la situación de necesidad procesal será menor.

Entonces el juez es quien analiza y decide sobre la aplicación de la prisión preventiva, a través de todos los datos de prueba que el Ministerio Público le expone; además de ser el Ministerio Público quien debe solicitar se aplique esta medida cautelar, recordemos que existen varias medidas a aplicarse, pero quien decide cual solicitar es la Fiscalía.

En segundo lugar el juez tiene que verificar si la medida cautelar de prisión preventiva es la idónea para el caso en particular, ya que podría ser que fuera suficiente con un garantía económica o embargo precautorio, es aquí donde entra la experiencia y lógica del juez de control.

En tercer lugar se toma en consideración el interés público, es decir el juez debe tomar en cuenta el grado de afectación hacia la sociedad que pueda causar el imputado en caso de estar en libertad durante su proceso, aquí se debe tomar en cuenta el tipo y grado en que se llevó a cabo el hecho delictuoso, para

medir la afectación a la sociedad el juez debe valorar un todo para poder resolver.

El principio de presunción de inocencia se contiene en la constitución de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculcado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado solo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de estos.

Al reconocerse como principio constitucional, la presunción de inocencia enfrenta tres disposiciones que lo distinguen: el arraigo por delitos relacionados con la delincuencia organizada, las medidas cautelares en libertad y la prisión preventiva oficiosa por los delitos graves señalados en el ordenamiento constitucional.

De acuerdo con la exposición de antecedentes de las comisiones legislativas que aprobaron la reforma constitucional de 2008, el arraigo es una medida cautelar “novedosa” que consiste en:

Detener a un individuo, por orden judicial, durante un periodo determinado, a petición del Ministerio Público, durante la

investigación preliminar o el proceso penal, a fin de evitar que el imputado se evada del lugar de la investigación o se oculte de la autoridad, o afecte a las personas involucradas en los hechos materia de la indagatoria. Existe el arraigo en el domicilio físico del investigado o el que se cumple en un lugar distinto, inclusive de la demarcación donde reside, el primero se ha utilizado para delitos calificados como graves por la ley y el segundo solo para presuntos miembros de la delincuencia organizada, siempre con autorización judicial previa.

La medida es de utilidad cuando se aplica a personas que se dedican a llevar a cabo actos criminales y en su momento son parte de estructuras delictivas que fácilmente pueden burlar los controles de movimiento migratorio o exista una duda razonable de que en libertad obstaculizaran a la autoridad o afectaran a los órganos y medios de prueba, y contra los que no puede obtenerse aun la orden de aprehensión, por la complejidad de la investigación.

Es evidente que la creciente organización de la delincuencia ha puesto en algún nivel de riesgo las clásicas instituciones jurídico-procesales, por lo que el legislador ha ampliado el espectro de medidas eficaces para contrarrestar su impacto en la percepción de inseguridad pública, una de estas es el arraigo. En el caso de México, la reforma constitucional de 2008 da vigencia tanto a la libertad cautelar con condiciones como a la prisión preventiva, con base en lo estipulado en la primera parte del segundo párrafo del artículo 19, que dice:

El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Las Comisiones Legislativas dictaminadoras de la reforma constitucional consideraron que esta disposición permitiría evitar el abuso de la prisión preventiva, presente en el sistema de justicia penal hasta el momento de su aprobación. Aunque sabemos que como propuesta es buena y además el objetivo tiene una relevancia mayor para el cuidado de los derechos humanos; la problemática que se enfrenta es la interpretación que le pueda dar la autoridad a esta disposición y en un momento determinado no se haga un abuso de la figura.

El dictamen legislativo citado da cuenta de ello al señalar que:

Este nuevo diseño es acorde con el principio de presunción de inocencia. Diversos procesalistas clásicos y contemporáneos han hecho notar la afectación de los derechos de las personas sometiéndolas a prisión preventiva, sin que antes se haya derrotado su presunción de inocencia en un juicio en el que se respeten todas las garantías del debido proceso.

1. Riesgo de sustracción. Significa la posibilidad de que la persona imputada no se presente en el juicio, es decir, exista una gran posibilidad de que la persona se vaya del lugar en donde se lleva el juicio.
2. Riesgo para la víctima, testigos o comunidad. Alude a la probabilidad de que la persona imputada pueda cometer un delito doloso en contra de víctimas, testigos y la sociedad. Es decir, que el imputado estando en libertad lo más probable es que termine dañando a alguien.
3. Riesgo de obstaculización del proceso. Se refiere a la posibilidad de que el imputado destruya, modifique, oculte o falsifique evidencia, o que influya en testigos, coimputados o peritos para que no declaren o tengan comportamientos reticentes. Esta situación se puede llevar a cabo en el momento que un inculpado en

libertad pueda acudir a amenazar a alguna de las personas que puedan aportar, o trate de destruir cosas que tenían que ver con el hecho criminal.

Al respecto, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en su tercer párrafo, entre otras cosas, que:

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Al respecto, la Observación General Núm. 8 del Comité de Derechos Humanos confirma el carácter excepcional de la prisión preventiva, y señala que “la prisión preventiva debe ser excepcional y lo más breve posible”.

La noción de la prisión preventiva como último recurso también es retomada por las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio).

A su vez, la jurisprudencia interamericana ha considerado que la prisión preventiva es:

La medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

Luego entonces, tenemos varias perspectivas internacionales que apoyan la idea de que la prisión preventiva es una situación excepcional y es en este caso la medida más severa que se

puede tomar por parte de la autoridad judicial, ya que el daño que se causa es irreversible. La autoridad judicial debe contar con elementos suficientes que hagan suponer que el imputado llevo a cabo el hecho delictuoso.

Pero qué pasa si la autoridad por el miedo o pura sospecha cree que el inculpado se sustraerá de la acción de la justicia y le determina una prisión preventiva, para que lleve su proceso dentro de un reclusorio. En este caso particular lo que sucederá es que el imputado comenzará con un sufrimiento, ya que el estar en un reclusorio no es para nada agradable y mucho menos con la gente que se llega a convivir.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DIGNIDAD HUMANA

A través de la historia ha fluctuado la presunción de inocencia, ya que en otra época existía la presunción de culpabilidad. La presunción de inocencia nace en 1789 después de la Revolución Francesa, revisando los errores que se habían cometido y que se había condenado a personas inocentes lo cual no es exclusivo de una época, sino que hasta en la actualidad se pueden observar errores muy evidentes dentro de la labor de la autoridad ministerial y judicial.

La verdad se construye y es un producto humano y está por ello va a ser cuestionable, por que el ser humano puede cometer errores. En un juicio la verdad se construye a través de una labor humana. Al afirmar algo en el proceso penal y decir que el imputado cometió o no el hecho delictuoso lo que sigue es comprobar el dicho, ya que en cada uno de los casos estamos hablando de derechos humanos, estamos hablando de una persona quien sufre las consecuencias de una buena o mala aplicación de la legislación. Es allí en donde entra nuestra responsabilidad como ciudadanos primero y luego como

estudiosos del derecho, ya que lo que debemos hacer son estudios minuciosos de cada asunto en particular para llegar a la verdad histórica y con ello estar seguros de que la resolución judicial es la correcta.

La presunción de inocencia está basada en la Constitución y también a nivel internacional. Esto plasmado en documentos del Derecho, nuestra legislación. Lo difícil es llevarlo a cabo y tratar como inocente al imputado y no al contrario. Ya que hasta la misma sociedad cuando nos enteramos que han detenido a una persona como un probable responsable de un hecho delictuoso lo que viene a la mente es que esa persona es un delincuente y esto quiere decir que estamos haciendo un juicio de valor aún antes de conocer los detalles de esto.

El Fiscal o ministerio público debe convencer al juez de la fundamentación de la medida de prisión preventiva, es decir, quien acusa debe aportar todos los elementos o datos de prueba para que realmente tengamos una prisión preventiva que reúna los elementos y no que esa persona sea parte de una estadística de la Procuraduría solamente.

La carga de la prueba, la responsabilidad del Fiscal o ministerio Público es probar que el imputado llevo a cabo una conducta delictiva y esto es lo que llevará a cabo durante todo el proceso penal.

Tratamiento de la persona que estoy investigando, debe tener un trato digno, no pierde su dignidad humana por que se le esté imputando un hecho delictuoso, aquí tenemos una situación realmente relevante la entrada del imputado al reclusorio y lo que ello implica. Hagamos un recuento rápido de ello, tenemos las siguientes etapas del ingreso al sistema penitenciario:

- ❖ Una vez admitido un recluso dentro de un establecimiento penitenciario, se procurará que el procedimiento de ingreso se lleve a cabo con la máxima intimidad posible, a fin de reducir los efectos negativos que pueden originar los primeros momentos en una prisión.
- ❖ El ingreso de una persona en prisión en calidad de detenido, preso o penado se efectuará mediante orden judicial de detención, mandamiento de prisión o sentencia firme de la autoridad judicial competente.
- ❖ **Identificación personal.** El procedimiento se inicia verificando la identidad personal, efectuando la reseña alfabética, dactilar y fotográfica, que servirán en el futuro para identificar a la persona en sus salidas al exterior del establecimiento por cualquier causa, incluida la puesta en libertad.
- ❖ **Inscripción y apertura de expediente.** Seguidamente se inscribe a la persona en el libro de ingresos y se realiza la apertura del expediente personal, que recoge de forma cronológica todas las incidencias penitenciarias, penales y en situación de prisión preventiva de cada interno.
- ❖ **Información al interno.** El interno es informado de sus derechos y obligaciones, así como de los procedimientos para hacerlos efectivos. Esta información se le da por escrito, e incluye información relativa al régimen del establecimiento, a las normas disciplinarias y también a los medios para formular peticiones, quejas y recursos.

- ❖ **Registro de pertenencias.** Se procede entonces al registro de sus pertenencias, retirándosele los enseres y objetos no autorizados, que se guardan en el centro previa entrega de un recibo.
- ❖ **Visita médica y entrevistas.** Realizado todo esto, la persona pasa a ocupar una celda en el departamento de ingresos, y será visitada por el médico en 24 horas, y posteriormente por profesionales del Equipo Técnico que propondrán su ubicación definitiva en otro módulo del establecimiento, de acuerdo a la personalidad e historial delictivo. Por último se toma la hora y día de vencimiento del plazo máximo de detención. Una vez admitido un recluso dentro de un establecimiento, se procurará que el procedimiento de ingreso se lleve a cabo con la máxima intimidad posible, a fin de reducir los efectos negativos que pueden originar los primeros momentos en una prisión.

Es en este momento cuando comienza la vida en prisión, el momento en que la persona ingresa es el instante en que debe dejar atrás su identidad social para adoptar la nueva identidad de preso. Es por tanto el momento del despojo. Como en todas las instituciones totales, esto queda plasmado en una serie de rituales de expoliación que suelen acompañarse de un desnudamiento, más o menos completo: la persona se desprende de lo suyo, le es arrebatado lo que le era propio hasta ese momento, para poder asumir los signos de identificación del nuevo rol que la institución le provee. Sin embargo, este ritual de degradación más o menos inevitable, es presentado en el antedicho como una realidad invertida.

CONSECUENCIAS PSICOSOCIALES DEL INGRESO EN PRISIÓN

Cuando una persona es ingresada a una institución carcelaria va a sufrir una experiencia traumatizante que va alterar su estado emocional de manera inevitable. Este fenómeno ha sido estudiado a lo largo del tiempo por muchos investigadores y se le ha denominado de diferentes maneras entre ellas carcelazo, efecto de prisionización, e incluso se ha descrito como un proceso de duelo por la pérdida de la libertad.

Las deplorables condiciones en las que se encuentran las cárceles realmente, además de la situación de saberse cautiverio, se añaden más factores que atentan contra el bienestar psíquico y social de las personas privadas de su libertad. Más aún, esta misma situación de cautiverio es aquella que no les permite a los reclusos escapar de tales circunstancias.

Abordar la experiencia de ser prisionero y la realidad carcelaria no es tarea sencilla, debido a la existencia de diferentes tipos de cárceles y, por lo tanto, de diferentes realidades existenciales de los individuos que las integran. De todas maneras, a continuación se desarrollan algunas formas de reacción frecuentes que las personas que son privadas de libertad encuentran para enfrentarse y responder a este tipo de situación.

Reacciones conductuales, cognitivas y emocionales de los reclusos: la respuesta humana normal al peligro es un sistema complejo e integrado de reacciones que abarcan tanto cuerpo como mente. Además, las reacciones traumáticas tienen lugar cuando la acción no sirve para nada. Cuando no es posible ni resistirse ni escapar, el sistema de autodefensa humano se siente sobrepasado y desorganizado. Podría pensarse que esta

impotencia e indefensión resultan típicas en la experiencia de los reclusos frente a las constantes vejaciones y maltratos a los que están expuestos y, sobre todo, frente a la indiferencia de la clase política y de la comunidad.

Además, cuando una persona está indefensa y resulta inútil cualquier forma de resistencia puede entrar en un estado de abandono; en combinación con tal estado, puede aparecer una sensación de indiferencia, de extrañamiento emocional y una profunda pasividad lo cual hace que la persona renuncie a toda iniciativa o resistencia. Este estado alterado de la conciencia puede considerarse como uno de los pequeños regalos de la naturaleza, una protección contra un dolor insoportable, en psicoanálisis son llamados mecanismos de defensa.

Es posible que este mecanismo también opere en los reclusos, frente a la imposibilidad de escapar, y así logren resguardarse del sufrimiento. Y si no consiguieran ese efecto espontáneamente, cabe la posibilidad de que recurran al consumo de sustancias, como alcohol, drogas, para lograr un resultado similar (es conveniente señalar que el consumo de sustancias en el interior de las cárceles es muy frecuente).

En la prisión siempre se está en peligro. Considerada como entorno disruptivo, la cárcel está cargada de amenazas. (Amenaza es todo aquello que actúa en el psiquismo de un sujeto como señal de un peligro que atenta contra la integridad de su cuerpo, su psiquismo o su misma existencia). Y precisamente el efecto devastador de las situaciones disruptivas se debe en gran medida al estado subjetivo que imponen en las poblaciones en las que inculcan el sentimiento de vivir bajo intimidaciones generalizadas y crónicas que atentan contra la existencia misma.

La constante sensación de incertidumbre y de que la persona corre riesgo de muerte, provoca un estado de permanente

ansiedad, que se generalizará a todo tipo de situaciones. Por otro lado, se expone el efecto de la desconexión. Al respecto, se plantea que los acontecimientos traumáticos ponen en duda las relaciones humanas básicas. Rompen los vínculos de familia, amistad, amor y comunidad.

En el ámbito carcelario, el poder se ejerce a través de la violencia, la aplicación caprichosa de reglas arbitrarias, la constante supervisión sobre todas las actividades del recluso (incluidas las cuestiones más íntimas), los castigos denigrantes, entre otros factores.

Otras reacciones habituales de personas crónicamente traumatizadas, o expuestas a una situación de este tipo son:

Quejas de insomnio, agitación, síntomas somáticos como tensión, dolores de cabeza, dolores abdominales, de espalda.

Luego entonces en donde queda la dignidad humana y el buen trato hacia esa persona que esta privada de su libertad, que ingresa a un reclusorio porque así lo solicita la fiscalía y para el juez está apegado al procedimiento según las máximas de la experiencia y la lógica.

Ahora entremos al análisis de que es lo que va a suceder si el imputado después de haber sido privado de su libertad y con una estancia en un centro de reinserción social resulta que se decreta su libertad, quien será el responsable que le reparará su daño psicológico, material, emocional y pecuniario.

Una persona después de haber estado privado de su libertad queda con un daño, el cual la autoridad no asume como para repararlo y darle un tratamiento adecuado y este lo pueda superar.

Tenemos un problema al cual se enfrentan miles de personas que tienen que pasar por una experiencia traumática de llegar a un centro de reinserción social, en el cual existe violencia

excesiva, como las famosas “bienvenidas” a los internos independientemente de que sean culpables o no de la conducta delictuosa que se les imputa. También el pasar por un proceso de mezclarse con personas que realmente tiene como *modus vivendi* el delito.

Las líneas anteriores reflejan un daño de imposible reparación, ya que quien puede llegar a borrar esa experiencia, del daño mencionado no se hace cargo el Estado. Con ello se hace necesario insistir en que la prisión preventiva debe ser excepcional para cada caso que se lleve debe hacerse una análisis exhaustivo.

Por ello en caso de existir alguna duda favorece al reo y deben dejarlo en libertad, ya que cualquier error en una imposición de prisión preventiva se está violando el Derecho humano de la presunción de inocencia.

La valoración de la prueba de manera lógica y con las máximas de la experiencia, todo debe ser fundamentado, esa es la manera de garantizar la exacta aplicación de la ley. Aunque tenemos desventajas dentro de la aplicación de la prisión preventiva.

MEDIDAS CAUTELARES ALTERNAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

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

1. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquel designe;
2. La exhibición de una garantía económica;
3. El embargo de bienes;

4. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;
5. La prohibición de salir sin autorización del país de la localidad en la cual recibe o del ámbito territorial que fije el juez;
6. El sometimiento al ciudadano al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;
7. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares;
8. La prohibición de convivir o acercarse a comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
9. La separación inmediata del domicilio;
10. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;
11. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;
12. La colocación de localizadores electrónicos;
13. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o
14. La prisión preventiva.

Como se puede observar se cuenta con catorce posibilidades o alternativas de entre las cuales el Ministerio Público podría solicitar cualquiera, por lo regular se acude a la prisión preventiva por la situación de que el imputado comparezca ante la autoridad judicial a seguir su procedimiento.

PROPORCIONALIDAD

El juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas, deberá tomar en consideración los

argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el ministerio público realice, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la constitución. Entonces para encontrar la proporcionalidad de la medida cautelar debemos tomar en consideración los argumentos que esgrime el Ministerio público para justificar dicha medida.

Para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por el personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable. Aquí hablamos de personal especializado en análisis de evaluación de riesgo, lo cual en nuestro país aún no contamos con ese tipo de personal.

En la resolución respectiva, el juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado. También parte de lo que se debe considerar es que la medida cautelar que se imponga sea la menos lesiva, es decir la que menos haga daño al imputado en todos los sentidos. Pero la prisión preventiva será en verdad la menos lesiva, con ella el Estado asegura la presencia del imputado en juicio, aunque con ello se esté provocando un daño al mismo imputado. La problemática inicia cuando esta persona que se ha detenido no llevo a cabo el hecho delictuoso y la autoridad se equivocó de medida cautelar, ya que hemos observado que existen menos lesivas.

IMPOSICIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA

Las solicitudes de medidas cautelares serán resueltas por el juez de control, en audiencia y con presencia de las partes. Es

decir, se da la oportunidad de las partes para argumentar sobre la pertinencia de la aplicación de dicha medida.

El juez de control podrá imponer una de las medidas. Solo el ministerio público podrá solicitar la prisión preventiva, la cual no podrá combinarse con otras medidas cautelares previstas, salvo el embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero.

En ningún caso el juez de control está autorizado a aplicar medidas cautelares sin tomar en cuenta el objeto o la finalidad de las mismas ni a aplicar medidas más graves que las previstas. Este es el único tope que tiene el juez de control, ya que debe toma en cuenta el objeto o la finalidad de dicha medida, haciendo un análisis, el cual debe explicar en audiencia pública al imputado, en caso de no ser así estaremos hablando de una violación a los derechos del imputado.

Es aquí donde sobresale la figura del juez de control, quien es la figura que resuelve sobre la aplicación de las medidas cautelares, esto lleva a que en cada una de sus resoluciones el juez tiene la obligación de analizar y tomar en cuenta la finalidad y objeto de dicha medida para justificar su actuar.

Solo por delito que merezca pena privativa de la libertad habrá un lugar a prisión preventiva.

La prisión preventiva no podrá exceder de un año, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha dictado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En el caso de que el imputado sea una persona mayor de 70 años de edad o afectada por una enfermedad grave o terminal,

el órgano jurisdiccional podrá ordenar que la prisión preventiva se ejecute en el domicilio de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico, o geriátrico, bajo las medidas cautelares que procedan.

De igual forma procederá lo previsto en el párrafo anterior, cuando se trate de mujeres embarazadas, o madres durante la lactancia.

No gozaran de la prerrogativa prevista en los dos párrafos anteriores, quienes a criterio del juez de control puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social. Estamos entonces supeditados al criterio de su señoría, es aquí donde debe sobresalir la preparación de los jueces, cualquier error de los jueces viene a perjudicar gravemente la libertad del imputado.

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

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

Nuestra legislación se contradice, ya que como primer punto nos habla de la influencia para la decisión del juez el que el imputado haya sido condenado por delito doloso y posterior

nos habla de que aunque el imputado haya sido sentenciado previamente esto no justifica la procedencia de la prisión preventiva.

El juez de control en el ámbito de su competencia, ordenara 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 determinan la ley contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

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

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

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el código penal federal de la manera siguiente:

1. Homicidio doloso previsto en los artículos 302, en relación al 307, 313, 315, 315 BIS, 320 y 323;
2. Genocidio, previsto en el artículo 149 BIS;
3. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 bis;
4. Traición a la patria, previstos en los artículos 123, 124, 125 y 126;
5. Espionaje previsto en los artículos 127 y 128
6. Terrorismo, previstos en los artículos 139 al 139 ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 bis al 148 cuater;
7. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
8. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
9. Corrupción de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender

el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202, turismo sexual en contra de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistir previsto en los artículos 203 y 203 bis.; lenocinio de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 204 y pederastia, previsto en el artículo 209 bis;

10. Tráfico de menores; previsto en el artículo 366 ter
11. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 bis, 196 ter, 197, párrafo primero y 198 parte primera del párrafo tercero.

El juez no podrá imponer la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar únicamente cuando lo solicite el ministerio público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, del desarrollo de la investigación la protección de la víctima, y de los testigos o de la comunidad. Dicha solicitud deberán contar con la autorización del titular de la procuraduría o el funcionario que en el delegue esa facultad.

PELIGRO DE SUSTRACCIÓN DEL IMPUTADO

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

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

RIESGO PARA LA VÍCTIMA U OFENDIDO TESTIGOS O PARA LA COMUNIDAD.

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

PRISIÓN PREVENTIVA VS PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es un derecho fundamentado en nuestra Constitución Mexicana, que manifiesta que un imputado debe gozar de su libertad en tanto la autoridad no esté plenamente convencida de que fue este quien llevo a cabo el delito que se le imputa y la prisión preventiva debe ser utilizada excepcionalmente, ya que puede llegar a ser violatoria de este derecho, es en este entendido que tenemos situaciones que se contraponen, ya que el imputado tiene el Derecho Humano que se establece en la constitución de que se presuma inocente hasta que se demuestre lo contrario.

Pero también así tenemos que el Ministerio Público cuenta con la facultad de solicitar como medida precautoria la prisión preventiva y es el juez de control quien determina si esta es viable o no, a través de tomar en consideración varios elemento como lo son los datos de prueba que así se le hagan llegar.

En este caso que sería lo correcto determinar la prisión preventiva por que así lo solicita el Ministerio Público o determinar la libertad durante el procedimiento por que así lo manifiesta la Constitución en el Derecho de presunción de inocencia.

Se puede observar que la determinación depende de la resolución del Juez de Control, es por ello que debemos contar con jueces preparados, con experiencia que sean capaces de determinar haciendo valer estos Derechos.

FUENTES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Nacional de Procedimientos Penales

Lucchini, Luigi (1995), *Elemento di procedura penale*,
Firenze, Barbera

Ferrajoli, Luigi (2001), *Derecho y razón*, quinta edición,
Madrid, Trotta

Nogueira Alcalá, Humberto (2003), Los derechos esenciales o
humanos contenidos en los tratados internacionales y su
ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y
jurisprudencia, en *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1.

CAPÍTULO 8

EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO A
LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

Heracleo Escobar Bernál

EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

Heracleo Escobar Bernál¹⁵

I.- ANTECEDENTES

El tema del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal de corte acusatorio y oral no podría apreciarse en su justa dimensión sino advertimos y conocemos en donde focalizó su proyección y el porqué de ello, luego de lo cual debemos complementar su operatividad con el análisis de los derechos humanos y las garantías para su protección.

En el primer punto es menester indicar que transformar un modelo de justicia penal arraigado en nuestro país prácticamente desde el inicio de su vida post-revolucionaria no sería una tarea fácil, distanciar un sistema que mantenía una vigencia de más de 80 años en la cual la totalidad de los estudiosos y operadores fueron conformados, haría que un decreto presidencial durara un tránsito tortuoso pues la resistencia de muchos pensaría más en una tarea titánica que en una recepción ecuaníme de la misma.

El sistema inquisitivo mixto o mixto clásico como algunos doctrinarios le denominan, no tenía del todo satisfecho a la sociedad mexicana, prueba de ello es leer las notas periodísticas

¹⁵ Licenciado en Derecho, por el Centro Universitario Francés Hidalgo; Especialidades en Sistemas Penitenciarios y Menores Infractores y en Prevención del Delito y Derechos Humanos por el Centro Jurídico Universitario; ambas con mención honorífica; y en Juicio Oral y Proceso Penal Acusatorio impartida por el Instituto Nacional de Ciencias Penales con excelencia académica; Maestrías en Prevención del Delito y Sistemas Penitenciarios en el Centro Jurídico Universitario con mención honorífica y en Derecho Procesal Penal (Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio) por el Centro de Estudios de Posgrado con excelencia académica; Doctorando en Política Criminal en el Centro Jurídico Universitario.

o los reportes que se hacían en torno al sistema de procuración y administración de justicia, la gran mayoría (sino es que todas) hablan de un modelo corrupto, con pocas o nulas garantías para los procesados, en donde el principio de presunción de inocencia era una falacia pues se mantenía a un número bastante significativo de personas en prisión preventiva aun cuando no se les había demostrado la comisión del evento criminal y que esto repercutía en un alto costo de la economía nacional a la manutención de un sistema penitenciario que pareciera más “universidad del crimen”, pues la readaptación (término que mantenía la Constitución Federal en el artículo 18 previa a la reforma del 2008) era poco más que imposible cuando éste se encontraba rebasado en número en comparativa con las instalaciones de celdas.

Todo ello fue gestando la idea nacional de un cambio, el primero que inicio el tránsito fue el Estado de Nuevo León quien el 24 de julio de 2004 publicó en el Periódico Oficial del Estado, el Decreto número 118 mediante el cual se reformaron los Códigos Penal, de Procedimientos Penales y la Ley de Ejecución de Sanciones Penales; con estas novedades normativas se emprendió una desafiante reestructuración y transformación del proceso penal, para hacerlo coherente a las disposiciones establecidas en los Tratados o Convenciones Internacionales suscritos por México en materia de justicia y derechos humanos.

Coincidente con aquel momento histórico la Suprema Corte de Justicia de la Nación en agosto de 2003 acordó en Pleno realizar una Consulta Nacional que permitiera escuchar no sólo a los operadores y especialistas, sino a la población en general, para tal fin configuro un comité especializado integrado por tres de los entonces ministros José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo y Humberto Román Palacios.

Se realizó un esfuerzo sin precedentes no solo para conocer lo que de suyo era obvio, que la ciudadanía no se encontraba satisfecha en la forma y bajo la modalidad en cómo se aplicaba la justicia (no solo penal) en nuestro país, sino fue más allá, busco propuestas sólidas para transformar las instituciones de procuración y administración de justicia del país, cambios a nivel operativo que no requerían modificaciones en disposiciones legales, hasta reestructuraciones profundas, buscando con ello la socialización o democratización de la justicia.

Proceso que duró tres años durante los cuales se celebraron un total de 40 foros, en los cuales los participantes tenían la posibilidad de entregar una propuesta de trabajo, las que en total sumaron 5,844 que se clasificaron en 28 temas, reconociéndose más de 11,000 propuestas, aglutinándose en 34 diagnósticos de percepción ciudadana las que fueron debatidas ampliamente por expertos independientes en diversos foros y mesas de trabajo.

Es por ello que durante los días 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2005, se reunieron por vez primera los impartidores de justicia del país sin distinción de fueros o materias, para discutir los rumbos que habría de seguir el proceso de reforma judicial. Como resultado de estos trabajos los impartidores de justicia del país acordaron y emitieron la *Declaración de Jurica*, documento en el que se comprometieron a participar activamente en la definición de la agenda judicial para el país y ensayar vías de colaboración, hasta ese momento inéditas.

Antecedentes que sirvieron de base para que en el año 2006 la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitiera el Libro Blanco de la Reforma Judicial: una agenda para la Justicia en México, documento de vital importancia para aquellos que

desean conocer a profundidad los cambios sistemáticos que vieron su amanecer el 18 de junio de 2008, este compendio de propuestas es lo que generó un diálogo más comprometido con la necesidad de emigrar a un sistema diferente al inquisitivo mixto en materia penal, por lo cual dicha obra dedica todo su capítulo IX a dicho tema.

Un año antes justo el 12 de diciembre de 2005 se realizó un primer intento Constitucional por homogenizar reglas mínimas de operación para un sistema de procuración y administración de justicia, al publicarse el Decreto por medio del cual se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto y sexto del numeral 18 de la Constitución General, implementando un sistema integral de justicia especializado para adolescentes en conflicto con la ley penal, decreto que logró, entre otras cuestiones: a) establecer el parámetro de edad tanto mínimo (12 años cumplidos) como máximo (menores de 18 años); b) indicó que los sujetos entre los 12 y los 14 años no podían ser privados de su libertad bajo ninguna circunstancia; c) determinó que el internamiento es el último y por el tiempo más breve que proceda y sólo en casos graves así calificados por la ley; d) estatuyó las formas alternativas de justicia.

Logrando con ello que en toda la República Mexicana se estableciera un sistema, sino idéntico, si por lo menos con una misma base sólida, la Constitucional, a efecto de que no quedaran a interpretación o jurisdicción temas tan específicos como los antes apuntados (y que cabe decir se pretende perfeccionar hasta lograr su completa homologación, pues el día 02 de julio del 2015 se publicó el Decreto por medio del cual se modificaba el inciso c) de la fracción XXI del numeral 73 para que se facultara a la federación la expedición de la legislación única en materia de justicia para adolescentes).

Continuando con la narración histórica de lo que sería la implementación del sistema de justicia penal de corte acusatorio y oral, el 9 de agosto del 2006 el Estado de Chihuahua publicó en el Periódico Oficial del Estado No. 63 el decreto por medio del cual transitaba su sistema penal; mientras que Oaxaca hizo lo propio al publicar en la Cuarta Sección del Periódico Oficial del Estado, el 9 de septiembre de 2006, el decreto para modificar los procesos penales en su entidad.

Es por lo antes indicado que a efecto de lograr unificación en las formas en que debían procesarse a las personas que se les atribuía la comisión de un evento delictivo, la reforma debería provenir de la base jurídica nacional, es decir la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A través de ello se logró el consenso de los gobiernos estatales y el 18 de junio del año 2008 se publicó el Decreto por medio del cual se estructuraba un sistema de justicia penal con dos características (corte acusatorio y oral), basado en principios (publicidad, concentración, contradicción, continuidad e intermediación) y con cuatro objetivos (el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen).

Para muchos fue la primera vez que se empleó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como marco procesal, lo cual es un medianamente cierto pues si verificamos el contenido de los artículos 16 y 19 previo a la reforma en cita notaríamos que existen disposiciones muy parecidas a las actuales; en lo que es correcto es en estructurar el numeral 20 tanto en su párrafo primero como en el apartado “A”, pues ello es la base mínima indispensable a través del cual debe (o debería) transitar un proceso penal.

En lo que no cabe la menor duda es que desde ese momento se “constitucionalizó” el sistema procesal penal con la finalidad

lógica y evidente de volverlo obligatorio para todas las autoridades a nivel nacional, es decir que las autoridades deben mantener un mismo nivel de respeto hacia la persona en su esfera de derecho y sólo en casos excepcionales se autorizará su intromisión.

Ello dio apertura a que muchos abogados en la actualidad empleemos la estructura dogmática de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como parte de nuestra argumentación, tanto para realizar peticiones, referir excepciones e incluso al momento en que la autoridad resuelve lo planteado pues partimos de la idea general de que si la figura jurídica se encuentra descrita en nuestro máximo ordenamiento legal, será el primer requisito a cumplimentar.

Para el año 2008 y subsecuentes inmediatos, la única forma de establecer parámetros igualitarios de tratos en las diversas entidades que conforman la República Mexicana era sólo a través en el marco Constitución General, lo cual en realidad estaba limitado a que se hubiese realizado por lo menos la declaratoria de procedencia para la integración del modelo acusatorio y oral en la legislación correspondiente.

Paralelo a ello el día 10 de junio del año 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por medio del cual se modificaban diversas disposiciones entre ellas el numeral 1 Constitucional para integrarle como parte de su estructura, entre otros puntos, los derechos humanos, la interpretación conforme, la interpretación difusa Constitucional, el principio pro persona y la obligatoriedad de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas.

Con tal decreto tenemos que la visión de la Constitución General cambio, pues paso de estatuirse como una norma programática¹⁶ a ser una norma generadora de obligaciones de las autoridades y de brindar, en todo caso, una protección más amplia a la persona.

Ante ello consideramos que al sistema penal acusatorio y oral Constitucionalizado en el 2008 que aún se encuentra en proceso de implementación en toda la República, se le colocó la piedra angular, el cimiento necesario para hacer de este, un sistema protector de derechos de las personas bajo un esquema restrictivo de las autoridades.

Con tal posición ahora debemos reinterpretar la norma Constitucional a efecto de verificar cuales de sus disposiciones se adecuan a la nueva disposición y cuales podrán desatenderse so pretexto de una interpretación conforme, pues del propio decreto en mención se desprende el artículo transitorio:

Noveno. Se derogan todas las disposiciones que contravengan el presente decreto.

Para ejemplificar lo antes referido tendríamos que si un artículo aún dentro del mismo marco Constitucional no promueve, respeta, protege ni garantiza los derechos humanos de las personas, deberá ser desatendido como norma operadora al caso concreto y, en su caso, declararse la invalidez de la norma de conformidad con el numeral 105 del Mandamiento Legal Supremo.

¹⁶ Podemos establecer que la Constitución es una norma es programática cuando constituye Derecho válido pero no directamente aplicable, porque para ello requieren la promulgación de una ley secundaria que es la que hace factible positivo, vigente y efectivo el cumplimiento de la norma programática.

Finalmente el 5 de marzo del 2014 se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, buscando complementar las reglas procesales unificándolas y brindando al justiciable una experiencia de igualdad de trato en cualquier entidad de la República en donde fuese procesado por la comisión de un hecho que la ley señala como delito.

Quedando de esta forma conformado el sistema de justicia penal bajo un modelo acusatorio y oral, pero respetador de derechos humanos.

II.- LA CONSTITUCIÓN COMO ARGUMENTO PROCESAL

Como asegure con antelación, muchos de los actuales operadores del sistema de enjuiciamiento criminal de corte acusatorio y oral hemos diseñado y desarrollado modelos de argumentación jurídica con base Constitucional que empleamos en las peticiones que realizamos a los órganos tanto de la procuración como de la administración de justicia, el problema al que nos hemos enfrentado es que muchos de los que fungen como acusadores -ministerios públicos o fiscales de acuerdo a la entidad- e incluso los órganos del poder judicial -jueces de control, de juicio e incluso tribunal de alzada-, lejos de atender el marco Constitucional y resolver lo planteado con dicha base, se remiten a disposiciones secundarias que restringen los derechos humanos de las personas.

Pensemos en un ejemplo que nos correspondió vivenciar en una sala de audiencias en determinado Estado de la República, durante una audiencia preliminar en la cual la Defensa sostiene como válida la necesidad de revocar o modificar la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva oficiosa impuesta a un ciudadano.

Un abogado que funge como defensa de una persona que enfrenta las instituciones del ius puniendo en su argumento petitorio crea todo un bloque de constitucionalidad argumentativa, el cual se establece como un modelo convincente basado principalmente en el conocimiento, comprensión y sistematización de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, empleándola como argumento toral de su pretensión, es decir para cualquiera petición que enarbole utiliza varios artículos, párrafos y/o fracciones que engarza de manera argumentativa, sistemática, coherente y direccionada a efecto de reforzar su petición.

En contra de ello, el órgano acusador en vigencia del principio de contradicción hace un contra-argumento, sustentando su negativa tomando como base una disposición secundaria, por ejemplo el Código Nacional de Procedimientos Penales que limita el ejercicio de un derecho.

Ante ello el defensor opta por hacer uso del derecho de réplica y solicita del órgano decisor que tome en consideración que la petición formulada fue con base en disposiciones contenidas en la Constitución General y que el órgano acusador únicamente sustenta su negativa en una disposición de menor jerarquía jurídica, más cuando ésta restringe el ejercicio de un derecho en contra de la persona que se encuentra frente a las instituciones del derecho penal.

En derecho de última voz, ejerciendo la dúplica, el órgano acusador reitera su negativa de concesión de lo peticionado por la defensa debido a que violenta derechos humanos (sin que en momento alguno indique cual o cuales del catálogo de derechos humanos, son los que a su consideración se violentaría con la concesión de la petición).

Con lo anterior el órgano decisor cierra el debate y tras un receso emite su fallo, el cual sustenta en una ley secundaria que

emplea para la restricción del ejercicio de un derecho humano de una persona, que en el ejemplo en el que nos encontramos sería el derecho humano a la libre movilidad o derecho de tránsito, contenido en el numeral 11 de nuestro Máximo Ordenamiento Legal.

III.- LA INTEGRACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS AL SISTEMA ACUSATORIO Y ORAL

No cabe duda que México aún se encuentra transitando en el análisis, comprensión y operatividad de los derechos humanos de las personas, lo cual se acentúa en tratándose de ciudadanos que enfrentan el sistema de procuración y administración de justicia.

El primero -procuración- en sede ministerial lugar en donde parecería que nada ha cambiado desde 1931, pues el agente del Ministerio Público continúa teniendo la hegemonía y control de la investigación, siendo nula la intervención policía en la obligatoriedad actual derivada del numeral 21 párrafo primero Constitucional que ordena que los cuerpos policiales investiguen.

De igual forma aún y cuando un derecho humano del detenido es estar representado incluso desde el momento de la detención, según lo establece el artículo 20 apartado “B” fracción VIII Constitucional, vemos nugatorio dicho derecho pues los elementos policiales que ejecutan una detención ya sea en flagrancia, caso urgente o incluso en orden de aprehensión, no le leen sus derechos al momento de ser detenido, sino hasta que arriban a la agencia del Ministerio Público en donde le entregan un formato para que asiente su nombre pensando que con ello está satisfecho “el requisito”; en otros casos si bien le hacen saber sus derechos, pero no la forma de ejercerlos; en

cualquier situación es evidente que existe una conculcación a un derecho humano Constitucionalizado.

En la misma idea, no obstante que el detenido tenga derecho a nombrar defensor incluso desde el momento de su detención, pues cuando éste -Defensor- arriba a la sede ministerial e intenta realizar actos propios de su función como podría ser vigilar la recabación de datos de prueba o bien presentar los propios, esto no le es permitido pues si intenta estar presente al momento en que el agente del Ministerio Público entrevista a la víctima, testigo o policías, no se lo autorizan; mientras que para el caso de solicitar se desahoguen determinados órganos de prueba, no se le admiten so pretexto de que el término Constitucional (artículo 16 párrafo décimo) está feneciendo, en cuya situación se le restringió el ejercicio efectivo de un derecho humano Constitucional establecido a favor de la persona en contra de quien se ejerció un acto de molestia -detención-.

Situación que no varía del todo cuando se arriba a la sede judicial -ante juez de control, tribunal de enjuiciamiento y tribunal de alzada-, debido a que muchos de estos operadores conciben el imperio jurisdiccional desde la óptica de un sistema poco respetador de los derechos humanos, esto por dos situaciones la primera consideramos que es porque su formación la recibieron en tal modelo, la segunda podría decirse que es más aspectos de política criminal y proteccionismo a la persona que se presenta como víctima.

Todo lo anterior nos hace cuestionarnos ¿Cuánto hemos avanzado en la integración de los derechos humanos a la operatividad del sistema de justicia penal en México?

No debe olvidarse que con la reforma del 10 de junio del 2011 a diversas disposiciones y principalmente la modificación del artículo 1, ahora la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos se concibe primero como una norma generadora de derechos de las personas y, en segundo momento una causante de obligaciones de las autoridades.

En tal sentido la norma Constitucional se puede apreciar de varias formas:

A) **Norma auto-reguladora:** se dice que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es una norma auto-reguladora cuando en su propio dispositivo enuncia la figura jurídica e indica los parámetros de operatividad, ejemplo de ello podemos citar la orden de aprehensión como acto de molestia, el cual encontramos en el numeral 16 párrafo tercero, que limita su concesión al órgano judicial siempre y cuando:

1. Preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito
2. Que el hecho que la ley señale como delito este sancionado con pena privativa de libertad
3. Que obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho
4. Que obren datos que establezcan la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

En este ejemplo la norma Constitucional contiene la figura jurídica –orden de aprehensión– y coloca los parámetros mínimos indispensables para su libramiento, es decir, no sería necesario remitirnos a una norma secundaria para ver que es la orden de aprehensión ni los requisitos para su concesión, solo con cumplir a cabalidad los antes citados el juez de control debería otorgarla.

B) **Norma remisora:** en otro sentido, la norma Constitucional se convierte en norma remisora cuando únicamente en su andamiaje enuncia la figura jurídica pero

para su operatividad y/o tramitación remite a una norma secundaria que es la que brinda los pormenores en cómo deben actuar las autoridades; ejemplificando lo anterior tenemos que el artículo 21 párrafo séptimo que a la letra refiere:

El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

Aquí queda claro que el ordenamiento contenido en la Constitución General establece la figura jurídica –criterio de oportunidad– sin embargo su tramitación no la regula, es decir no refiere en qué casos, supuestos y condiciones se puede tramitar y conceder dicho criterio de oportunidad, para ello cuando emplea la frase “en los supuestos y condiciones que fije la ley”, lógico es pensar que se tratará de una norma de menor jerarquía normativa que el marco Constitucional y que siguiendo el esquema en análisis de trata del Código Nacional de Procedimientos Penales, que en su numeral 256 establece:

Artículo 256. Casos en que operan los criterios de oportunidad

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público ponderará el ejercicio de la acción penal sobre la base de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido o ésta manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación de lo cual deberá dejarse constancia.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

- I.** Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia;
- II.** Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares;
- III.** Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena;
- IV.** La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta al inculpado por otro delito, o la que podría aplicarse al mismo por otros delitos o bien, por la pena que previamente se le haya impuesto o podría llegar a imponérsele en virtud de diverso proceso tramitado en otro fuero;
- V.** Cuando el imputado aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio. En estos supuestos, los efectos del criterio de oportunidad se suspenderán hasta en tanto el imputado beneficiado comparezca a rendir su declaración en la audiencia de juicio;
- VI.** Cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa, y

VII. Cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal.

No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público.

El Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente.

La aplicación de los criterios de oportunidad podrán ordenarse en cualquier momento y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio.

La aplicación de los criterios de oportunidad deberá ser autorizada por el Procurador o por el servidor público en quien se delegue esta facultad, en términos de la normatividad aplicable.

C) **Norma mixta:** la disyuntiva se crea cuando en un solo mandamiento Constitucional establece la figura jurídica pero esta no es una actividad de autoridad sino un derecho humano o bien una derivación de uno de ellos; explicando lo anterior en el caso colocado para ejemplificar la norma auto-reguladora empleamos la figura de la orden de aprehensión como acto de molestia; mientras que para ejemplificar la norma remitora hicimos uso de la figura del criterio de oportunidad el cual es una potestad facultativa única y exclusivamente del agente del

Ministerio Público -autoridad-, es decir, el criterio de oportunidad no es un derecho humano es una facultad discrecional que se le proporciona al órgano acusador público para limitar el ejercicio de la acción penal en contra de personas colocando algunas limitantes y especificaciones para su procedencia, pero en sí mismo no es un derecho de una persona, pues la mínima intervención del Estado no es propiamente un derecho humano sino mecanismos de política criminal que permiten seleccionar asuntos que por su propia y especial naturaleza no sea permisible trato alguno sino es solo el juicio.

A efecto de ejemplificar lo anterior analizaremos el numeral 19 párrafo cuarto de la Constitución de la República, que a la letra refiere:

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Centremos nuestra atención en la parte inicial en donde establece que *el plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley*; cabe resaltar el término que empleó el redactor Constitucional pues es claro en indicar que el plazo para dictar el auto de vinculación a proceso que de acuerdo con el numeral

19 párrafo primero del mismo ordenamiento legal es de 72 horas, por ello se traduce en el ejercicio de un derecho el que dicho plazo pueda **prorrogarse** advirtiendo que el único facultado para petitionarlo sea el indiciado (que de acuerdo al Código Nacional de Procedimientos Penales el término correcto será imputado –artículo 112 párrafo primero–).

De este punto existen variables que podrían ser analizadas a la luz sistemática de los derechos humanos y a través de bloques de constitucionalidad argumentativa en materia penal.

a) Si la víctima se encontrara presente al momento en que el juez de control le explica al imputado los momentos en los cuales puede resolverse la solicitud que desea plantear el Ministerio Público, a la cual el imputado renuncia a los términos Constitucionales, sin embargo la víctima solicita el uso de la voz y al hacerlo establece la necesidad de ampliar el término a efecto de que se recaben órganos de prueba que pueden sustentar la petición del órgano acusador, para lo cual establece que bajo el principio de no discriminación que implica tratos igualitarios, sumado al principio de igualdad ante la ley, si al imputado se le concede un beneficio el mismo no puede hacerse nugatorio a la contra parte en el proceso, pues es su derecho humano que se le *administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.*

Ante ello ¿qué debería resolver el juez de control?

Si bien es cierto la propia Constitución estableció como un derecho propio y exclusivo del imputado el poder ampliar el término para que se resuelva su situación jurídica, sin embargo en el momento histórico que se estableció dicho derecho el numeral 1 Constitucional no nos hablaba de derechos

humanos, sino de garantías individuales, además que el párrafo primero estableció que el Estado “otorgaba” es decir, era una facultad potestativa el de otorgar o negar dichas garantías; pero bajo un esquema progresista de derechos humanos la víctima tiene los mismos derechos que el imputado, además ninguna autoridad puede ejercer ningún acto de autoridad discriminatorio, es decir no puede privilegiarse un derecho de alguien menoscabando el de otra persona... bajo un esquema respetador de derechos humanos y en exclusivo el derecho de que se le administre justicia, bien podría sustentarse que la víctima también podría solicitar y concedérsele la ampliación del término Constitucional a efecto de que el juez de control de encuentre en posibilidades de arribar a uno o varios objetivos del proceso: i.- esclarecimiento de los hechos; ii.- proteger al inocente; iii.- procurar que el culpable no quede impune; y iv.- que los daños causados por el delito se reparen.

Queda la reflexión a criterio de los lectores.

b) En el mismo ejemplo, pero bajo la perspectiva del imputado, si éste hiciera uso de la interpretación gramatical del numeral 19 párrafo cuarto parte inicial y solicita un término prorrogado de 288 horas para que el juez de control resuelva su situación jurídica, éste se encontraría en una disyuntiva, atiende el término Constitucional “prorrogado” o lo limita con la justificante del propio numeral 19 párrafo cuarto parte inicial que establece “*el plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley*”; atendiendo para ello que la “ley” establece un término limitativo, prueba de ello es la lectura del numeral 313 del Código Nacional de Procedimientos Penales que a la letra reza:

Artículo 313. Oportunidad para resolver la solicitud de vinculación a proceso

Después de que el imputado haya emitido su declaración, o manifestado su deseo de no hacerlo, el agente del Ministerio Público solicitará al Juez de control la oportunidad para discutir medidas cautelares, en su caso, y posteriormente solicitar la vinculación a proceso. Antes de escuchar al agente del Ministerio Público, el Juez de control se dirigirá al imputado y le explicará los momentos en los cuales puede resolverse la solicitud que desea plantear el Ministerio Público.

El Juez de control cuestionará al imputado si desea que se resuelva sobre su vinculación a proceso en esa audiencia dentro del plazo de setenta y dos horas o si solicita la ampliación de dicho plazo.

En caso de que el imputado no se acoja al plazo constitucional ni solicite la duplicidad del mismo, el Ministerio Público deberá solicitar y motivar la vinculación del imputado a proceso, exponiendo en la misma audiencia los datos de prueba con los que considera que se establece un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

El Juez de control otorgará la oportunidad a la defensa para que conteste la solicitud y si considera necesario permitirá la réplica y contrarréplica. Hecho lo anterior, resolverá la situación jurídica del imputado.

Si el imputado manifestó su deseo de que se resuelva sobre su vinculación a proceso dentro del plazo de setenta y dos horas o solicita la ampliación de dicho plazo, el Juez deberá señalar fecha para la celebración de la audiencia de vinculación a proceso dentro de dicho plazo o su prórroga.

La audiencia de vinculación a proceso deberá celebrarse, según sea el caso, dentro de las setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas siguientes a que el imputado detenido fue puesto a su disposición o que el imputado compareció a la audiencia de formulación de la imputación. Si el imputado requiere del auxilio judicial para citar testigos o peritos a la audiencia de vinculación a proceso, deberá solicitar dicho auxilio al menos con cuarenta y ocho horas de anticipación a la hora y fecha señaladas para la celebración de la audiencia. En caso contrario, deberá presentar sus medios de prueba a la audiencia de vinculación a proceso.

El Juez de control deberá informar a la autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el imputado si al resolverse su situación jurídica además se le impuso como medida cautelar la prisión preventiva o si se solicita la duplicidad del plazo constitucional. Si transcurrido el plazo constitucional el Juez de control no informa a la autoridad responsable, ésta deberá llamar su atención sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, deberá poner al imputado en libertad.

Es de hacerse notar que el redactor del Código Nacional de Procedimientos Penales confunde términos que en su esencia no significan lo mismo, pues habla indistintamente de: ampliación, plazo, prórroga y duplicidad; para ello establece restrictivamente las siguientes temporalidades: 72 horas, 144 horas y la renuncia a dichos términos, que significaría que se resolviera al momento.

Recordemos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el plazo prorrogado, que significa el alargamiento en tiempo de un plazo previamente establecido, pero que no se coloca un dique, un punto final al mismo, prorrogar significa ampliar, extender, prolongar.

Si atendemos al contenido del numeral 313 del Código Nacional de Procedimientos Penales, éste emplea los siguientes términos: ampliación, plazo, prórroga y duplicidad, colocando como dique a la temporalidad de las 72 horas el término duplicado -144 horas-, para de esta forma ser coincidente diríamos que el juez de control tiene 72 o 144 horas para resolver sobre la vinculación a proceso.

Cuando analizamos el marco Constitucional bajo un argumento comparativo tendríamos que el legislador Supremo no cometió un yerro o desconocía el término duplicidad, solo que no quiso emplearlo en tratándose de un derecho de defensa a favor de una persona que se encontraba enfrentando las instituciones del derecho penal, previo a que se le sujetara o vinculara a proceso (de acuerdo al momento histórico), puesto que al analizar el texto Constitucional íntegro advertimos a manera de comparativa tenemos el numeral 16 párrafo décimo que a la letra señala:

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

Es decir nos establece un término una facultad del Ministerio Público para retener a una persona por 48 horas, pero dicho plazo podrá duplicarse cuando se investigue hechos relacionados con delincuencia organizada; imaginemos que el redactor Constitucional no hubiese establecido el término limitativo “duplicidad” y hubiese empleado el término “prorrogarse”, si así fuese las detenciones en contra de personal que se le investigue por la probable intervención en el delito de delincuencia organizada quedarían indefinidas en tiempo, lo cual no es procedente debido a que aquí se trata de un acto de

molestia que ejecuta la autoridad ministerial en contra de un ciudadano; caso contrario el ejemplo que nos ocupa a través del cual el ciudadano tiene un derecho humano a que se le administre justicia y dentro de dicho derecho al encontrarse frente a un juez de control previo a que se resuelva su situación jurídica inicial (sobre su vinculación o no a proceso) tiene derecho a ofertar medios de prueba y si para ello se requiere mayor temporalidad que el plazo limitativo máximo que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, es que debe atenderse al espíritu Constitucional al resultar más protector del ciudadano frente a la autoridad, lo cual consideramos no crea incertidumbre jurídica ni mucho menos afectaría derecho humano alguno de la víctima, debido y reiteramos a que el primer objetivo del proceso es el esclarecimiento de los hechos, es decir, arribar a la verdad antes que cualquier otro objetivo y si para poder conocer lo realmente acontecido se requiriera un plazo mayor al de las 144 horas, consideramos que el juez de control debería concederlo, pues dicho fallo sería protector del debido proceso.

Es por ello que consideramos que si al analizar el texto Constitucional, este resulta ser una norma mixta y contiene un derecho humano, debe atenderse al espíritu protector del derecho frente a los actos de molestia o de autoridad.

IV.- ASPECTOS RELEVANTES A PONDERAR

Resulta un tanto cuestionable que no obstante la contundencia en la redacción del texto Constitucional aún se busque el mismo para interpretaciones y peor aún que dichas interpretaciones sean con un espíritu antiprogresista.

Al analizar con detenimiento diversos textos de la redacción actual de nuestro Máximo Ordenamiento Legal, de entre los cuales por límites del presente escrito me circunscribiré al análisis jurisprudencial del numeral 1 párrafo tercero de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra reza:

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.

De su simple lectura no cabe duda de su alcance y operatividad pues su traducción lisa y llana sería *“todas las autoridades sin excepción, cada una en los términos de sus respectivas competencias y obligaciones legales, tienen como principal obligación la de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas...”*, es decir es una **obligación** de las autoridades que no está supeditada a interpretación alguna.

Por ello consideramos poco apropiado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitiera una jurisprudencia por contradicción de tesis, la cual a la letra señala:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De

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

Esta jurisprudencia nos determina que, debido a que la parte final del párrafo primero del numeral 1 de la Constitución General establece:

Artículo 1o. 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.

Al parecer nuestros Ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han interpretado a su manera o desde su particular perspectiva la norma Constitucional, realizando un análisis segmentado del contacto dogmático y del espíritu no solo que envuelve el ordenamiento Supremo, sino de aquellos que dieron origen a las reformas del 06 y 10 de junio del año 2011.

Pues en tal entendido el párrafo Constitucional antes reproducido es una norma auto-reguladora, es decir en dicho contexto es claro que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al ser el ordenamiento jerárquico supremo, se planteó la posibilidad de auto regulación y no determinar norma secundaria que pudiera restringir su operatividad, en dicho tenor cuando establece que “cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece” no habla de interpretaciones habla de disposiciones, es decir ¿en qué casos el ejercicio de los derechos humanos y las garantías para su protección pueden restringirse o suspenderse?, la respuesta la encontramos en el numeral 29 de mismo cuerpo legal:

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la

situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

Por ello resulta más que cuestionable que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emita una jurisprudencia en Pleno determinando que si en el propio marco Constitucional existen disposiciones que restringen los derechos humanos de las personas, se debe atender a dicha restricción sin importar el mandamiento de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y menos aún que *“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”*.

Empero en dicho análisis jurisprudencial en torno al tema que nos ocupa, de las diversas actuaciones de la Justicia Federal se advierte criterios poco coincidentes o congruentes, pues en una tesis aislada y tres jurisprudencias por reiteración de criterios tenemos que a nuestra consideración el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito se ha pronunciado de mejor forma en el análisis e interpretación del dispositivo contenido en el arábigo 1 párrafo tercero parte inicial del ordenamiento Constitucional Nacional, al establecer:

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE PROMOVERLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv)

Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de promoverlos. Dado que esta obligación tiene como objetivos que las personas conozcan sus derechos y mecanismos de defensa, así como ampliar la base de realización de los derechos fundamentales, entonces, la autoridad debe concebir a éstas como titulares de derechos cuya obligación correlativa corresponde a las propias autoridades. Su cumplimiento es, desde luego, progresivo y consiste en proveer a las personas de toda la información necesaria para asegurar que sean capaces de disfrutarlos. (2)

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE GARANTIZARLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de garantizarlos; y como la finalidad de esta obligación es la realización del derecho fundamental, requiere la eliminación de restricciones al ejercicio de los derechos, así como la provisión de recursos o la facilitación de actividades que tiendan a lograr que todos se encuentren en aptitud de ejercer sus derechos fundamentales. La índole de las acciones dependerá del contexto de cada caso en particular; así, la

contextualización del caso particular requiere que el órgano del Estado encargado de garantizar la realización del derecho tenga conocimiento de las necesidades de las personas o grupos involucrados, lo que significa que debe atender a la situación previa de tales grupos o personas y a las demandas de reivindicación de sus derechos. Para ello, el órgano estatal, dentro de su ámbito de facultades, se encuentra obligado a investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos que advierta, de forma que su conducta consistirá en todo lo necesario para lograr la restitución del derecho humano violentado. Por tanto, su cumplimiento puede exigirse de inmediato (mediante la reparación del daño) o ser progresivo. En este último sentido, la solución que se adopte debe atender no sólo al interés en resolver la violación a derechos humanos que enfrente en ese momento, sino también a la finalidad de estructurar un entorno político y social sustentado en derechos humanos. Esto implica pensar en formas de reparación que, si bien tienen que ver con el caso concreto, deben ser aptas para guiar más allá de éste. (3)

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE PROTEGERLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de protegerlos. Ésta puede caracterizarse como el deber que tienen los órganos del Estado, dentro del margen de

sus atribuciones, de prevenir violaciones a los derechos fundamentales, ya sea que provengan de una autoridad o de algún particular y, por ello, debe contarse tanto con mecanismos de vigilancia como de reacción ante el riesgo de vulneración del derecho, de forma que se impida la consumación de la violación. En este último sentido, su cumplimiento es inmediatamente exigible, ya que como la conducta estatal debe encaminarse a resguardar a las personas de las interferencias a sus derechos provenientes de los propios agentes del Estado como de otros particulares, este fin se logra, en principio, mediante la actividad legislativa y de vigilancia en su cumplimiento y, si esto es insuficiente, mediante las acciones necesarias para impedir la consumación de la violación a los derechos. De ahí que, una vez conocido el riesgo de vulneración a un derecho humano, el Estado incumple su obligación si no realiza acción alguna, sobre todo, porque, en el caso de sus propios agentes, está obligado a saber todo lo que hacen. (4)

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE RESPETARLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de respetarlos, y ésta puede caracterizarse como el deber de la autoridad que le impide interferir con el ejercicio de los derechos o ponerlos en peligro, ya sea por acción u omisión;

es decir, la autoridad, en todos sus niveles (federal, estatal o municipal) y en cualquiera de sus funciones (ejecutiva, legislativa o judicial), debe mantener el goce del derecho y, por ende, su cumplimiento es inmediatamente exigible puesto que, aun cuando primeramente está dirigida a los órganos del Estado, también incluye la conducta de los particulares, que igualmente se encuentran obligados a no interferir con el ejercicio de los derechos; por tanto, esta obligación alcanza la manera en que las autoridades entienden las restricciones a los derechos, tanto en su formación (a cargo del Poder Legislativo) como en su aplicación (Poder Ejecutivo) e interpretación (Poder Judicial). (5)

Resulta más que evidente que el espíritu progresista que dio origen a tan importantes reformas desde la base de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no puede ser soslayada, ni malinterpretada buscando posicionar una decisión de 11 ministros que en sí mismo son un criterio minoritario en contra de un criterio contramayoritario que dio origen a la modificación del texto Constitucional el cual obliga a las autoridades a re-analizar los dispositivos legales y adecuarlos al máximo respeto de los derechos humanos en contra de la mínima intervención estatal.

Finalmente resulta provecho referir que las decisiones de Nuestro Máximo Tribunal de Control Constitucional tienden a limitar dichas obligaciones, prueba de ello son la siguiente tesis aislada y la jurisprudencial que a la letra se reproducen:

DERECHOS HUMANOS. LA PREVISIÓN DE QUE SU TUTELA SÓLO PUEDE DESPLEGARSE EN EL ÁMBITO DE COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES DEL ESTADO NO ES UNA RESTRICCIÓN A SU EJERCICIO, SINO UNA HERRAMIENTA PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA PARA SU PROTECCIÓN. Si en el juicio de amparo se alega la violación

de un derecho humano, ello no puede ser motivo para que, so pretexto de lograr la mayor protección de la persona y se cumplan las obligaciones constitucionalmente previstas para el Estado Mexicano, se soslayen normas que en el derecho interno establecen los procedimientos y competencias de los órganos jurisdiccionales, ni las del derecho sustantivo que resulten aplicables, pues si bien conforme al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, todo ello está delimitado por el ámbito de sus propias formas y competencias, establecidas para la eficacia de los derechos sustantivos; sin que ello conduzca a considerar que la delimitación constitucional para el cumplimiento de las obligaciones previstas en materia de derechos humanos, implique una restricción para su ejercicio; sin embargo, sí se está en presencia de una norma que posibilita y, a su vez, condiciona el funcionamiento del sistema diseñado para la tutela de los derechos humanos y, con ello, el cabal cumplimiento de dichos imperativos, circunscribiendo tal proceder al ámbito competencial de las autoridades del Estado, ello para evitar la inseguridad jurídica que implicaría dotar de eficacia, sin ninguna sujeción, a los derechos humanos que integran el parámetro de regularidad constitucional en el Estado Mexicano pues, de lo contrario, se generaría el caos en el sistema, al permitirse que la autoridad, con ese pretexto, actuara fuera de todo control; lo que los órganos de amparo no deben propiciar ni permitir. (6)

ÓRGANOS DE CONTROL (LEGALIDAD, CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD). SU EJERCICIO NO PUEDE SEPARARSE DE SU ÁMBITO DE COMPETENCIA. Conforme al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la

actuación de los órganos del Estado en la tutela de los derechos humanos, entre ellos, el Poder Judicial de la Federación, debe realizarse en el ámbito de su competencia, lo que implica que previamente se ha delimitado un espacio y forma en que debe efectuarse tal control sobre la regularidad de los actos de las autoridades del aparato estatal, en el que se tome como punto de partida un parámetro normativo legal, constitucional y convencional. Conforme a ello, si el artículo 107 de la Ley Fundamental determina las bases mínimas sobre la competencia para conocer del juicio protector de derechos fundamentales (juicio de amparo), las que a su vez involucran cuestiones sobre su procedencia, es inconcuso que aun en el actual diseño constitucional de protección de derechos fundamentales, el juicio de amparo no debe ser ajeno a los aspectos relevantes que derivan del acto en él reclamado. Esto es, en la resolución de los juicios de amparo salvo, desde luego, la real e insoslayable posibilidad de que pudiera desplegarse un control oficioso de convencionalidad, como lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben tenerse presentes todas las particularidades que se implican en la emisión de las ejecutorias respectivas; esto es, deben acatarse todas las reglas que definen y delimitan el hacer y modo de hacer de los tribunales federales al ejercer sus funciones propias, de modo que, so pretexto de un nuevo paradigma en la protección de los derechos humanos, el órgano de control no pueda separarse de su propio ámbito de competencia pues sólo dentro de ésta puede ejercer el control de legalidad, constitucionalidad y de convencionalidad que le corresponde. Por tanto, en términos del citado artículo 10. constitucional, los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación para efectuar el control de los actos de autoridad que constitucional y legalmente les corresponde, y a través de esa función deban tutelar en su máxima expresión los derechos humanos, sólo pueden actuar en el ámbito de su propia competencia, por lo que no pueden apartarse de la regulación que el derecho positivo interno (constitucional, legal y

jurisprudencial) les impone, y desde una competencia reglada deben ser operadores jurídicos vigorosos para darle eficacia a esa protección de los derechos fundamentales, pero siempre conforme a la forma y términos en que se ha dispuesto el despliegue de sus atribuciones. (7)

Siendo más que evidente que si bien es cierto, las autoridades deben actuar sólo en el ámbito de su competencia, pues existe la obligación de que éstas actúen solo en lo que la ley les permita... también lo es que en tratándose de derechos humanos, de su promoción, respeto, protección y vigilancia, deben aplicar la norma que brinda la protección más amplia, sino la encuentran en el ámbito legal nacional deben atraer la norma internacional bajo el principio de control convencional; si por el contrario deben desatender un dispositivo secundario al no adecuarse a la regulación Constitucional, aplicarían la interpretación difusa; empero cuando dentro del mismo marco Constitucional exista un dispositivo que garantice el derecho humano y otro que lo restrinja debe aplicar la interpretación conforme, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia... ello y solo ello no está en duda dentro del esquema Constitucional actual.

CONCLUSIONES

El sistema penal acusatorio y oral no podría entenderse sin los derechos humanos, los cuales vinieron a blindar a las personas en contra de los actos de molestia y de autoridad, máxime cuando comparten el mismo espacio jurídico supremo que lo es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La evolución de los sistemas de enjuiciamiento criminal nos lleva a determinar la necesidad de que los operadores conozcan y apliquen disposiciones de derechos humanos tanto nacionales como internacionales.

Nos falta mucho camino por recorrer tanto en el conocimiento y operatividad de los derechos humanos y como se traducen estos en las facultades de las autoridades de procurar y administrar justicia.

Todas las autoridades deben brindar la protección más amplia de los derechos humanos, para lo cual cuentan con la interpretación convencional, la difusa y conforme de la norma Constitucional, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Los bloques de constitucionalidad argumentativa en materia penal se erigen como un modelo integrador, sistemático, armónico y direccionado a través del cual los operadores podrán hacer valer sus pretensiones y oposiciones, aunado a ello la autoridad judicial podrá emitir sus determinaciones con justo apego al dispositivo legal supremo.

Se debe evolucionar a los bloques de constitucionalidad argumentativa empleando a la Ley Suprema desde una perspectiva histórica, hermenéutica, sistémica y progresiva facilitando, o buscando con ello la democratización del Estado de Derecho en la procuración y administración de justicia.

La labor de los operadores, catedráticos e investigadores es seguir construyendo este sistema que de suyo nos fue legado.

REFERENCIAS DE LAS TESIS AISLADAS Y JURISPRUDENCIAS

1) Época: Décima Época; Registro: 2006224; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Tesis: P./J. 20/2014 (10a.); Página: 202. Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias

Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó su derecho a formular un voto concurrente; Margarita Beatriz Luna Ramos, quien se manifestó a favor de las consideraciones relacionadas con la prevalencia de la Constitución y se apartó del resto; José Fernando Franco González Salas, quien indicó que formularía un voto concurrente; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien manifestó que haría un voto aclaratorio y concurrente para explicar el consenso al que se llegó y el sentido de su voto a pesar de que en los límites tuvo un criterio distinto; Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho de formular el voto concurrente; Luis María Aguilar Morales, con reservas respecto de las consideraciones y, en su caso, realizaría un voto concurrente; Sergio A. Valls Hernández, reservándose el derecho de hacer un voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, reservándose su derecho a voto concurrente en relación con los límites; Alberto Pérez Dayán, quien se manifestó a favor del reconocimiento de la prevalencia constitucional y Juan N. Silva Meza, quien se reservó su derecho de formular voto concurrente para aclarar su posición de entendimiento constitucional del texto propuesto y, a reserva de ver el engrose, aclararía u opinaría sobre las supresiones que se pretenden hacer, sin variar su posición en el sentido; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. Tesis y/o criterios contendientes: Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO." y "TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN."; aprobadas

por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente: "DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS." y "JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS."; aprobadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomos XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052. El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce. Esta tesis se publicó el viernes 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 28 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013

2) Época: Décima Época; Registro: 2007597; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III; Materia(s): Constitucional; Tesis: XXVII.3o.4 CS (10a.); Página: 2839. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 47/2014. 24 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del

artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con el diverso 42, fracción V, del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Esta tesis se publicó el viernes 03 de octubre de 2014 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

3) Época: Décima Época; Registro: 2008515; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 15, Febrero de 2015, Tomo III; Materia(s): Constitucional; Tesis: XXVII.3o. J/24 (10a.); Página: 2254. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 47/2014. 24 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Amparo directo 470/2014. DRP Constructora México, S.A. de C.V. y otros. 27 de noviembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Amparo directo 537/2014. Eduardo Negrete Ramírez. 27 de noviembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario:

Gustavo Valdovinos Pérez. Amparo directo 542/2014. Ángel Neftalí Salas Torres. 4 de diciembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Amparo directo 544/2014. Ángel Neftalí Salas Torres. 4 de diciembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Esta tesis se publicó el viernes 20 de febrero de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 23 de febrero de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

4) Época: Décima Época; Registro: 2008516; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 15, Febrero de 2015, Tomo III; Materia(s): Constitucional; Tesis: XXVII.3o. J/25 (10a.); Página: 2256. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 47/2014. 24 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Amparo directo 470/2014. DRP Constructora México, S.A. de C.V. y otros. 27 de noviembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana

Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Amparo directo 537/2014. Eduardo Negrete Ramírez. 27 de noviembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Amparo directo 542/2014. Ángel Neftalí Salas Torres. 4 de diciembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Amparo directo 544/2014. Ángel Neftalí Salas Torres. 4 de diciembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Esta tesis se publicó el viernes 20 de febrero de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 23 de febrero de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

5) Época: Décima Época; Registro: 2008517; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 15, Febrero de 2015, Tomo III; Materia(s):

Constitucional; Tesis: XXVII.3o. J/23 (10a.); Página: 2257. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 47/2014. 24 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Amparo directo 470/2014. DRP Constructora México, S.A. de C.V. y otros. 27 de noviembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Amparo directo 537/2014. Eduardo Negrete Ramírez. 27 de noviembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Amparo directo 542/2014. Ángel Neftalí Salas Torres. 4 de diciembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Amparo directo 544/2014. Ángel Neftalí Salas Torres. 4 de diciembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para

desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez. Esta tesis se publicó el viernes 20 de febrero de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 23 de febrero de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

6) Época: Décima Época; Registro: 2009563; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Publicación: viernes 03 de julio de 2015 09:15 h; Materia(s): (Constitucional); Tesis: I.5o.C.1 CS (10a.). QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 321/2014. Salomé García y otra. 3 de julio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca. Esta tesis se publicó el viernes 03 de julio de 2015 a las 09:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

7) Época: Décima Época; Registro: 2003679; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 2; Materia(s): Común; Tesis: I.5o.C. J/2 (10a.); Página: 1306. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 372/2012. María Teresita de Jesús Sánchez Martínez. 14 de junio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca. Amparo en revisión 198/2012. Erick Carvallo Yáñez. 21 de junio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca. Amparo en revisión (improcedencia) 202/2012. Modesta Rodríguez Molina. 21 de junio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de

Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca. Amparo en revisión 109/2012. Roberto Eduardo Trad Aboumrad. 12 de julio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Rangel Ramírez. Secretario: Sergio Iván Sánchez Lobato. Amparo directo 559/2012. 30 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón. Nota: Esta tesis es objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 351/2014, pendiente de resolverse por el Pleno.

CAPÍTULO 9

LA APLICACIÓN DE LA
METODOLOGÍA CIENTÍFICA EN LOS
PROCESOS DE INTERROGATORIO EN
EL SISTEMA ACUSATORIO
ADVERSARIAL PARA EVITAR LA
TORTURA

Juan Fernando Gonzáles Porras

LA APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA CIENTÍFICA EN LOS PROCESOS DE INTERROGATORIO EN EL SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL PARA EVITAR LA TORTURA

Juan Fernando Gonzáles Porras¹⁷

La base de la construcción del concepto de derechos humanos, tal como llega a nuestros días, surge del mandato que el conjunto de las naciones del mundo le dieran, primero, a la Liga de las Naciones (1920) y luego a las Naciones Unidas (1945). Básicamente, este mandato implica el reconocimiento universal- más allá de cualquier régimen imperante- de un conjunto de derechos que los Estados están obligados a respetar y a garantizar.

Los derechos humanos han sido definidos, como las facultades reconocidas en los instrumentos internacionales y las leyes nacionales que se pueden alegar en favor de la persona o grupo, como un obstáculo frente al ejercicio abusivo y negligente del poder, o como el conjunto de valores básicos irrenunciables que en cada situación y momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad humana, de acuerdo con las particularidades del hombre, respecto de sus formas de ser y de estar en el mundo.

¹⁷ Licenciado en Derecho por la UNAM, Licenciado en Criminología por el grupo educativo IMEI, Especialista en Criminalística por el CECIJUC, Candidato a Doctor en Derecho Penal por el CECIJUC, Doctor Honoris Causa por el grupo educativo IMEI, Diplomado en grafología avanzada, psicología forense, psicología de lo criminal, criminología, medicina legal y técnicas de interrogatorio, perfilación delictiva, autopsia psicológica, prevención del delito y análisis de riesgos de seguridad pública y privada y juicios orales y cadena de custodia y es investigador del Instituto Interdisciplinario de Investigaciones de la Universidad de Xalapa.

Actualmente, existe una interrelación muy clara entre el buen gobierno y el respeto por los derechos humanos. Por ejemplo, se pueden señalar elementos comunes como: la participación, la rendición de cuentas, la transparencia, la responsabilidad del Estado, la accesibilidad en particular de los grupos marginados, y el uso de valores esenciales para la búsqueda de la paz en las relaciones internacionales a saber, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto de la naturaleza y la responsabilidad por el desarrollo económico y social del mundo. El reto es responder al desafío de la injusticia y discriminación de los pobres, indígenas, mujeres, niños, discapacitados, enfermos de VIH/SIDA, homosexuales, todos éstos considerados como grupo, a la crisis de credibilidad que afecta al sistema democrático de representación y así, trabajar firmemente en la reducción de la pobreza, la concentración de la riqueza y las desigualdades de todo tipo.

LA APLICACIÓN DE LA TORTURA PARA OBTENER CONFESIÓN A LOS LARGO DE LA HISTORIA

La tortura es grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo.

Los romanos habían inventado muchas formas de tortura. Algunas veces, después de dar muerte al criminal, suspendían su cuerpo de un poste o de una cruz. En otras ocasiones los hebreos, sin duda más graves, le suspendían vivo lo que según los rabinos, era el suplicio de los calumniadores y de los idólatras. La lapidación estaba también en uso entre ellos y era el suplicio de los blasfemos. La ley de Moisés señalaba la pena del fuego contra aquél que se hubiese casado con la madre y con la hija y condenaba a las mujeres al mismo género de muerte. Los palazos o la verberación era un castigo cruel bajo cuyos golpes morían a veces los criminales. Los persas

infligían diversas clases de suplicio como pena a los reos condenados.

Los griegos practicaban la tortura entre los procedimientos judiciales (básanos), de aquí deriva el verbo basanixein que significa, verificar, mas únicamente se torturaba a los metecos y a los esclavos.

De ahí los romanos hereda la costumbre de "no es lícito torturar al hombre libre", la cruz pese que no era visto como método de tortura: condenaban a ella a los esclavos y a las personas de estratos y condiciones menos favorables. Sin embargo, antes de clavar a los reos en la cruz solían darles azotes con correas, sarmientos u otros instrumentos preparados al efecto a fin de generar conmoción. Plutarco dice que los reos condenados a muerte de cruz estaban obligados a llevarla por sí mismos al patíbulo. Comúnmente, los aseguraban en la cruz por medio de clavos si bien otras veces los ataban con cuerdas.

Este suplicio era tan común entre los antiguos que los latinos dieron al nombre de crux y a sus derivadas cruciatus y cruciare una significación que se refiere a toda suerte de penas y tormentos.

El texto clave sobre la tortura aparece en el Digesto de Justiniano de ahí se advierte que las confesiones arrancadas bajo tortura son inseguras. Además de prohibida la tortura a menores de 14 años y mujeres embarazadas.

La Baja Edad Media (Siglo XI) el proceso penal era de dos tipos: Acusatorio, e inquisitorio, el primero requería de un acusador, y el segundo se daba únicamente por objeto de investigaciones. La diferencia clave recae sobre el método de prueba; mientras que en el acusatorio se requería una víctima, el inquisitorio recaía únicamente en el juez. De esta forma por el método acusatorio las pruebas presentadas eran de carácter subjetivo: A través del juramento purgatorio el cual solo era

permitido para hombres libres, dejando en duda el carácter de justicia. Mientras que en contra parte el método inquisitorio se basaba sobre pruebas escritas, y testimonios. Dándole el mayor peso a la confesión, lo que más tarde condujo inevitablemente al empleo de la tortura como procedimiento penal.

Tortura por colgamiento. Se colgaba también a los reos unas veces de un poste, otras de un árbol y solían vendar la cara del criminal durante el suplicio. Suspendían algunas veces a los reos de un pie solamente y les ataban un peso al cuello, otras veces de un brazo o de ambos y les ataban fuertemente hasta que expiraban. Se servían también de un cordón para apretar el cuello del criminal y ahogarle, como se hizo en Roma con Léntulo, uno de los cómplices en la conspiración de Catilina. Y este suplicio era en tal manera infamante y vergonzosa que los pontífices prohibían enterrar los cadáveres de aquéllos que lo hubiesen sufrido.

La costumbre de cortar la cabeza con la hoz es muy antigua. Los romanos la usaron desde los primeros tiempos de la fundación de su ciudad. En Atenas y Roma se castigaba a los traidores de la patria precipitándoles en Atenas a un foso profundo y en Roma desde la roca Tarpeya. Marco Suecio, dictador de los albinos, fue descuartizado por orden de Tulio Hostilio por haber violado la alianza que había hecho con los romanos.

El suplicio de la rueda, inventado en Alemania en tiempos de desorden, era muy raro antes del año 1538 y se dispuso contra los ladrones de camino real; las mujeres no han sido condenadas a él nunca por razones de decencia.

Desde el siglo XIII, la Iglesia admitió el uso de la tortura para conseguir la confesión y arrepentimiento de los reos, aunque con algunas restricciones: no podía llegar al extremo de la mutilación, ni poner en peligro la vida del imputado.

No hay que olvidar que el tormento era utilizado también en los tribunales civiles, aunque en el de la Inquisición el acusado confeso arrepentido tras la tortura se libraba de la muerte, algo que no ocurría en la justicia civil. Otro rasgo característico de la Inquisición era que el imputado tenía mejor garantizados sus derechos que en el sistema judicial civil.

INSTRUMENTOS DE TORTURA

Pasando por diversas etapas, la inquisición empleó habitualmente desde Inocencio IV (1243-1254) la tortura, recurso común en los procedimientos civiles de la época. La Iglesia se apartó de una tradición multisecular de benignidad que todavía en el siglo XII encontraba en San Bernardo un defensor: “Fides suadenda; non imponenda” (La fe pide persuasión no imposición”

La Inquisición, al igual que los tribunales protestantes, hicieron uso de la tortura para forzar a quienes eran acusados de herejes a reconocer su culpa, y era considerada un medio legítimo para obtener confesiones o informaciones por parte de los sospechosos.

Existió una gran variedad de instrumentos utilizados como mecanismos de tortura. A continuación se da una breve descripción de algunos de ellos.

La silla de interrogatorios

La silla tenía picos de acero por toda su superficie y el efecto de los mismos sobre la piel de la víctima, siempre desnuda y sujeta con amarres, resulta evidente. Ésta sufría atrocemente desde el primer instante del interrogatorio, que podía ser más intenso si se aplicaban sacudidas, o golpes en brazos, piernas u otras partes del cuerpo, para que los picos se enterraran con

mayor fuerza. El asiento era muchas veces de hierro, de manera que se podía calentar con un brasero o una antorcha.

Látigos

Se usaba una gran variedad de látigos. Entre ellos, los de dos, tres y hasta ocho cadenas provistas de abundantes estrellas y/o hojas de acero cortante que se servían para flagelar el cuerpo humano.

Para desollar se utilizaban látigos de muy diferentes tamaños; grandes como “el gato de nueve colas” que podía lisiar un brazo y un hombro de un solo golpe; o finos, como el “nervio de toro”, que con dos o tres golpes podía cortar la carne de las nalgas hasta llegar a la pelvis.

El látigo de desollar se empapaba en una solución de sal y azufre antes de utilizarlo, lo que unido a sus estrellas lo convertía en una herramienta destructiva muy útil para el verdugo. La carne al ser golpeada, se convertía en pulpa, dejando a la vista diferentes órganos internos.

Pinzas y tenazas ardientes

Pinzas, tenazas y cizallas se utilizaban normalmente calentándolas al “rojo vivo”, aunque también se usaban frías para lacerar o arrancar cualquier miembro del cuerpo, y eran un elemento básico de los verdugos. Las tenazas se usaban preferentemente ardiendo en las narices, pezones, dedos de las manos y de los pies.

La mordaza de hierro

Este artilugio sofocaba los gritos de los condenados. La “caja” de hierro del interior del aro se introducía en la boca de la víctima, y el collar se aseguraba a la nuca. Un agujero permitía

el paso del aire, pero el verdugo lo podía tapar con la punta del dedo y provocar asfixia.

A menudo, los condenados a la hoguera eran amordazados de esta manera, sobre todo durante los autos de fe, para que los gritos no interfirieran la música sacra.

Los aplasta pulgares

El aplastamiento de los nudillos, falanges y uñas eran una de las torturas más utilizadas. Los resultados, en términos de dolor infringido con relación al esfuerzo realizado y al tiempo consumido, eran altamente “satisfactorios”.

Éste era uno de los instrumentos utilizados en las llamadas “preguntas dolorosas”, que consistía en la extracción de confesiones por medio de la tortura.

La flauta

Los instrumentos de tortura hechos con forma de trompeta, trombón, flauta dulce, oboe eran fabricados en madera, bronce o hierro.

Un collar de hierro se cerraba por detrás del cuello de la víctima, y sus dedos colocados como los de un músico, bajo los cortes de la mordaza eran apretados a voluntad del verdugo, pudiendo llegar al aplastamiento de carne, huesos y articulaciones.

Esta tortura era una variante de la picota de exposición de la vergüenza pública. Se imponía para castigar delitos menores: conflictividad, blasfemia en primer grado, palabrería soez, alteración del orden público, etc.

El cepo

Se colocaba a la víctima con las manos y los pies aprisionados en las aberturas correspondientes, de esta manera eran expuestos en la plaza pública, donde el vulgo les provocaba, abofeteaba y embadurnaba con heces y orina.

En muchas ocasiones, los condenados eran también golpeados, lapidados, quemados, lacerados e incluso gravemente mutilados. También las incesantes cosquillas en las plantas de los pies y en los costados llegaban a convertirse en una tortura insoportable.

La cigüeña

A los pocos minutos de su utilización sobre la inmovilizada víctima, ésta sufría calambres, primero de los músculos abdominales y rectales, luego de los pectorales, cervicales y de las extremidades. Con el paso de las horas, los calambres causaban un continuo e insufrible dolor en abdomen y recto. En tal situación, la víctima solía ser golpeada, pateada, quemada y mutilada a placer

El collar de púas

Era un instrumento que podía pesar más de cinco kilogramos, provisto de pinchos en toda la parte interna y se colocaba en el cuello de la víctima. A menudo se convertía en un medio de ejecución: la erosión hasta el hueso de la carne del cuello, hombros y mandíbula, la progresiva gangrena, la infección febril y la erosión final de los huesos, sobre todo de las vértebras desencarnadas, que conducían a una muerte segura, atroz y rápida.

Aparte de esto, el collar presentaba la ventaja de economizar tiempo y dinero: su función era pasiva y no requería mayor esfuerzo del verdugo.

El aplastacabezas

La barbilla de la víctima se colocaba en la barra inferior, y un casquete era empujado hacia abajo por un tornillo. Los efectos de este proceso son inimaginables. Primero, se destrozaban los alveolos dentales, después las mandíbulas, y luego el cerebro de escurría por la cavidad de los ojos entre los fragmentos del cráneo.

El péndulo

Era una tortura que a veces se usaba únicamente para preparar a la víctima para posteriores tormentos. Producía la dislocación de hombros mediante la rotación violenta de los brazos hacia atrás y hacia arriba. Las muñecas de la víctima se ataban por detrás de la espalda, y a esa ligadura se añadía una cuerda y se izaba. Inmediatamente, los húmeros se desarticulaban junto con la escápula y la clavícula. Tal dislocación producía horribles deformaciones, a menudos permanentes. La agonía se podía estimular mediante pesas colocadas en los pies, hasta que el esqueleto se desmembraba. Al final, la víctima, paralizada, moría.

El potro

El estiramiento o desmembramiento por medio de la tensión longitudinal se usó con regularidad. Junto con el péndulo, constituían elementos fundamentales en cualquier mazmorra. Por medio de esta tortura, la víctima era literalmente alargada por la fuerza del cabestrante. Algunos testimonios aseguran que el estiramiento llegaba hasta los 30 cm., longitud

inconcebible provocada por la dislocación y distorsión de las articulaciones de brazos y piernas, del desmembramiento de la columna vertebral y, por supuesto, del desgarramiento de los músculos de extremidades, tórax y abdomen.

La tortura constaba normalmente de tres fases. En la primera, la víctima sufría la dislocación de los hombros a causa del estiramiento de los brazos hacia atrás y hacia arriba, así como de un intenso dolor de los muslos al desgarrarse. En la siguiente fase, las rodillas, la cadera y los codos comenzaban a descoyuntarse; y en la fase final se separaban ruidosamente. Ya en la segunda fase, el interrogado quedaba inválido de por vida, en la tercera quedaba paralizado e iba desmembrándose poco a poco.

El potro en escalera. La finalidad de este suplicio es similar a algunas de las ya vistas, pero en este caso, se abrazaban los costados y las axilas mediante una antorcha. Si la víctima, ya paralizada, con los hombros destrozados y moribunda a causa de las infecciones producidas por las quemaduras seguía sin confesar, el tribunal estaba obligado como siempre en un caso semejante, a reconocer su inocencia.

El garrote

El tornillo hacia retroceder el collar de hierro matando a la víctima por asfixia; y la catalana, en la cual un punzón de hierro penetraba y rompía las vértebras cervicales al mismo tiempo que empujaba todo el cuello hacia adelante aplastando la tráquea contra el collar fijo, matando así por asfixia o por la lenta destrucción de la médula espinal.

La presencia de la punta en la parte posterior no sólo no provocaba una muerte rápida, sino que aumentaba las posibilidades de una agonía prolongada.

Las jaulas colgantes

Las jaulas colgantes se usaron ampliamente afuera de edificios públicos, iglesias y castillos para encerrar a las víctimas desnudas y dejarlas a la intemperie hasta que sucumbían de sed y hambre. A menudo, los acusados habían sido torturados y mutilados para mayor escarmiento. Los cadáveres en putrefacción se dejaban en el interior hasta el desprendimiento de los huesos, aunque a veces se cubrían herméticamente con resina de pino, con el fin de retrasar los efectos de la descomposición, y se rodeaban con correas para impedir el desprendimiento de los miembros.

ACTUALIDAD

En la actualidad algunas comunidades indígenas del oriente de Bolivia utilizan un tipo de tortura que consiste en atar a las personas, principalmente ladrones o violadores, al tronco de un árbol que ellos llaman "palo santo" y cuya principal característica es ser preferido por las hormigas carnívoras. En ese lugar se espera que hagan nido, y luego de amarrarlo allí lo abandonan a su suerte, y por consiguiente la víctima sufre múltiples picaduras dolorosas, que le inducen un shock nervioso, y terminan con su vida.

Los chinos fueron expertos en la aplicación de refinadas formas de torturas, tales como la aplicación de bambú cortado bajo las uñas, el cepo, y el método de la gota de agua.

En la Segunda Guerra Mundial y en actualidad, la Gestapo, la CNI, la Kripo o SMERSH, la CIA y el FBI han sido sindicados como organismos estatales que aplican la tortura para sus fines.

ASPECTOS TEÓRICO-JURÍDICOS

El hombre podría ser descrito como el único ser que se propone como un fin causar dolor a sus semejantes. La historia de la humanidad muestra cómo la tortura no sólo constituye un instrumento de poder, sino que, además, comúnmente ha sido institucionalizada por el sistema.

En los orígenes de nuestra cultura, los diferentes grupos políticos griegos torturaban, no siempre a los ciudadanos, pero sí a los esclavos. Lo mismo sucedía en Roma durante la República y la época inicial del Imperio, hasta que la influencia oriental y cristiana y el declive de la sociedad esclavista, llevó a los emperadores a suprimir este privilegio de los ciudadanos, con lo que la tortura adquirió un fuerte impulso.

El desplome del racionalismo y el humanismo en la Edad Media, hizo desaparecer la tortura no como práctica, pero sí como medio de prueba. Ya no se necesitaban otras pruebas que las ordalías o juicios mágicos, que hacían inclinar la balanza de la justicia en uno u otro sentido.

Además, constituían prácticas incuestionadas por filósofos y pensadores. Platón, Aristóteles, San Agustín de Hipona, Santo Tomás de Aquino, ninguno de ellos puso en duda la legitimidad de despojar a un individuo de su humanidad para sacrificarla en pro de otras consideraciones, lo que dice mucho acerca de la sociedad y del estado de opinión generalizado acerca de la tortura y otras brutalidades semejantes como fueron las ordalías.

La restauración de la *quaestio* como medio de prueba, se produjo en la baja Edad Media. Existe documentación suficiente como para ilustrar su utilización en prácticamente todos los reinos europeos. Por lo que, Inglaterra y Escocia

quedaron al margen en virtud del Bill of Rights, que surgió entre otras razones, para paliar excesos como los cometidos por el Tribunal de la Sangre instituido por el rey Jacobo II, que impuso centenares de penas por delito de alta traición consistentes en arrastrar al condenado, colgarlo por el cuello, diseccionar su cuerpo estando aún vivo, arrancar las vísceras y quemarlas, para terminar decapitándolo y descuartizando el cadáver. Igualmente se regulaban prácticas atroces de tormento en Alemania, Francia, Italia, etc.

Desde un punto de vista global, pueden apreciarse algunos rasgos comunes, genéricamente predicables de los distintos sistemas jurídicos que regularon y aplicaron la tortura. Entre ellos, destaca su carácter mixto, de medio de prueba y pena anticipada al mismo tiempo. Foucault, estableció que el fundamento de esa peculiaridad está en la ausencia de la presunción de inocencia: el sospechoso no es un inconsciente que sólo ha de ser castigado cuando se pruebe su responsabilidad, sino que la presencia de indicios de culpabilidad le convierte en parcialmente culpable, por lo que merece un adelanto de la pena.

Sin embargo, Tomás y Valiente, estableció no estar de acuerdo con esta postura, ya que la expresión tormento, designa indistintamente todas las posibles variantes que la tortura reviste en la práctica y no se reserva para determinadas manifestaciones de la misma.

Durante siglos se sometió a los sospechosos de delito a horrendas prácticas con la múltiple finalidad de averiguar “la verdad”, de adelantar la punición y de purgar la infamia inherente al mismo.

La reforma del antiguo Derecho Penal con sus formas, no tuvo que esperar el triunfo de la Revolución, pero sí fue resultado del mismo origen filosófico: la Ilustración. Junto a los más famosos Ilustrado (Montesquieu, Voltaire y Beccaria), surgen

destacados penalistas como Thomasius, Verri, Forner y Lardizábal; éste último escribió una apasionada y contundente condena tanto del tormento (que consideraba como una verdadera pena), como de las penas corporales consistentes en mutilar y causar disfunciones físicas.

Hoy en día, ningún Estado regula formalmente el tormento en su Derecho interno como medio de obtener pruebas ni de infligir una pena. Sin embargo, resulta indudable que la tortura ha continuado empleándose bajo las directrices o con la tolerancia de los poderes públicos en casi todos los países. Que la tortura esté prohibida por la norma, no quiere decir que no se aplique efectivamente. Quizá el motivo de su pervivencia, sea a decir del jurista Jesús Barquín Sanz, en su idoneidad como instrumento de poder a través del terror.

El Derecho Internacional se ha venido ocupando crecientemente de éstos temas, a raíz del conocimiento de las barbaridades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial por algunos Estados y señaladamente, el genocidio del pueblo judío por parte de la Alemania nacional – socialista, produjo una reacción universal a favor de otorgar al Derecho Internacional, algunas competencias en cuanto a la protección de los derechos humanos, sustrayendo esta materia de la esfera exclusiva de los Estados. El primer intento, se dio al elaborar la Carta de las Naciones Unidas, cuya Declaración Universal de los derechos Humanos, es el primer instrumento de Derecho Internacional para tiempos de paz en el que se recoge una disposición expresa contra la tortura y los malos tratos.

El informe de 1998 sobre la visita sobre la Situación General de los Derechos Humanos en México, la Comisión Interamericana, en relación con la tortura, hizo las siguientes observaciones al Estado Mexicano:

“294... México ha ratificado instrumentos específicos en materia de tortura como son la Convención contra la Tortura

y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. “

A través de ambos instrumentos, México se obligó internacionalmente, entre otras cosas, a prevenir y sancionar la tortura y a tomar todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, eficaces para impedir la dentro de su jurisdicción.

ESTUDIO DE LA PERSONALIDAD ENTREVISTADOR-ENTREVISTADO

Todos los entrevistados presentan diferentes formas de pensar y de actuar por lo que no es posible hablarles a todos de la misma manera; así que es tarea del entrevistador identificar, comprender y reconocer la salud mental de los mismos en los distintos diagnósticos de personalidad con el propósito de brindarle un trato acorde a su estructura de comportamiento, controlar la entrevista y poder así obtener la mayor información posible.

A.- TIPOS DE ESTRUCTURA DE LA PERSONALIDAD.

La personalidad es la conducta total del individuo, constituida por las características y formas de conducta con que funciona; incluye sus rasgos, intereses, valores, imágenes y emociones. Para su estudio, la personalidad se ha dividido en tres partes que se denominan en su conjunto “Estructura de la personalidad” y son: El Súper Yo, el Yo y el Ello.

1.- El Súper Yo: Es nuestra conciencia moral, son todas las normas, autoridad, sentido de conciencia. Te señala lo que está bien o mal.

Lo enseñan los padres, las escuelas. Si el súper yo es muy alto, te vuelves paranoico.

2.- Yo: Es la parte del ser que evalúa la realidad, es la parte o función de la personalidad que establece una relación con el mundo en que vivimos. Lo desarrollamos a lo largo de la vida. Es razonador y es equilibrado.

3.- Ello: Representa los impulsos biológicos primarios que están regidos por el placer y la necesidad; exigen satisfacción inmediata. Gobierna el impulso. Principio de placer, te dice: Has lo que se te antoje, no pasa nunca por la razón. Ejemplos serían la necesidad de aire, alimentos, agua, conservación de la integridad física y la necesidad de procrear.

Desde esta perspectiva, podemos diferenciar las siguientes categorías de personalidad:

- Neurótico (Neurosis)	
- Narcisismo (Narcisista)	PRUEBA DE REALIDAD
- Borderline (Limítrofe)	
- Psicosis (Sicótico)	NO HAY PRUEBA
- Psicópata	
- Sociópata	DE REALIDAD

1.- Neurosis.

Es la reacción defectuosa frente a la realidad debida a un fuerte conflicto psíquico que vivimos en la niñez. Se rige por principio de realidad, que contiene principio de placer. Las neurosis pueden establecerse hasta los 35 años.

Algunas de las características de las neurosis son:

- a.- Es prácticamente imposible no tener neurosis.
- b.- La diferencia entre el neurótico y el Borderline, es que el primero por más problemas que tenga, sí puede trabajar, y el segundo no.
- c.- La neurosis no siempre está activada, se activa en los momentos de angustia y ansiedad.
- d.- El neurótico en general tiene un buen control de su vida.
- e.- El neurótico es capaz de sentir: culpa, empatía y agradecimiento.
- f.- El carácter “como sí” se da en la identificación patológica. Tratan de lograr seguridad ligándose en forma sucesiva de un individuo a otro, en quienes perciben la fuerza que ellos desean.

Tipos de neurosis.

- Neurosis histérica.

La angustia abrumba a la persona y temporalmente la domina, provocando una fuga o amnesia histérica. Una forma característica para identificar a estas personas es en aquellas que se arreglan mucho. Este tipo de personas presentan disociación (aparentan mucha seguridad y es lo contrario).

Las mujeres exhiben con más frecuencia mecanismos histéricos, en tanto que los varones utilizan

predominantemente defensas
obsesivas.

Las mujeres histéricas exageran los rasgos y mecanismos que caracterizan la feminidad normal.

A causa de su vivacidad, simpatía, imaginación y encanto, el histérico es el paciente favorito del psiquiatra.

Aunque el histérico tenga dificultad en experimentar sentimientos reales de amor y amistad, su presentación personal superficial da una impresión totalmente contraria.

Reacciona fuertemente a la desilusión mostrando poca tolerancia ante la frustración. Se puede enojar, mal humorar. Su propia imagen es de aprehensión e inseguridad.

La intimidad física es substituida por intimidad emocional.

El histérico niega su responsabilidad por la situación en que se encuentra, quejándose de que “no sé por que las cosas siempre han de ocurrirme a mí”.

Muestra un carácter desordenado, falta de preocupación por la puntualidad y dificultad en la

organización de los detalles mecánicos de su vida. Generalmente no usan reloj.

Sólo es sugestionable en la medida en que el terapeuta proporciona las sugerencias apropiadas, esto es aquellas que el paciente ha indicado que desea.

La intensa necesidad de afecto y admiración crea un aura de egocentrismo en el histérico.

Es un comprador compulsivo.

Es extravagante.

Reacciones disociativas.

- Neurosis obsesiva-compulsiva:

El sujeto controla su angustia a través de una acción repetitiva. Esta actividad o ritual lo protege contra la amenaza de impulsos reprimidos. La angustia de la persona se controla de manera automática, cuando se asocia a pensamientos y actos que se repiten en forma persistente.

La reacción obsesiva compulsiva puede expresarse en tres formas clínicas:

- La reaparición persistente de un pensamiento desagradable y a menudo irresistible.
- Una morbosa necesidad de apremiante de llevar a cabo determinado acto repetitivo.
- Un pensamiento que reaparece en forma obsesiva acompañado de ejecutar un acto repetitivo.

En general las personas obsesivas están envueltas en un conflicto entre obediencia y desafío.

Son puntuales, escrupulosos, pulcros, ordenados. Estas acciones provienen de un miedo subjetivo.

En sus entrevistas con las demás personas con frecuencia aparecen tres problemas principales: La sociedad, el tiempo y el dinero.

Estos son individuos intensamente competitivos.

Sus defensas son: Aislamiento, prefiere operar, como si la emoción no existiera, y trata de sentir con la mente.

Se sirve de su intelecto para evitar sus emociones, más bien piensa que siente.

Los tipos de reacciones obsesivo-compulsivas son:

- Duda: indecisión que conducen hacia actos repetitivos cuyo objetivo es disipar dudas irracionales.
- Actos compulsivos repetición obligatoria de actos determinados. Ejemplo: Lavado de manos.
- Fobia o compulsión: una idea que reaparece en forma obsesiva, se asocia a la compulsión de ejecutar un acto repetitivo.
- Depresiva o de ansiedad.

Son las personas que sienten fobias, o desplazan algo. La depresión describe un tono afectivo de tristeza acompañado de sentimientos de desamparo y amor propio reducido.

A medida que la depresión se hace más crónica o más grave, el sujeto renuncia, tiene la impresión de que los demás no quieren o no pueden ayudarlo, y de que las cosas nunca mejorarán. Su pareja es típicamente su peor enemigo. Las tendencias autodestructivas o masoquistas y depresivas coexisten con frecuencia en el mismo individuo.

El suicidio se puede presentar en una etapa crónica.

Está preocupada consigo misma y su estado, lamentándose su infortunio.

La lentitud, integralmente es adoptada por el individuo

Las actividades que se seleccionan son pasivas y a menudo socialmente aisladas.

Un síntoma físico comprende la dificultad en dormirse, en despertar temprano, fatiga, pérdida de apetito, estreñimiento y dolores corporales. Anhela el cariño de otros, pero no corresponde.

- Mixta: combinación de depresivo e histérico, no es común.

2.- Narcisismo. (Narcisista)

Hace una fusión entre el Yo real y el Yo ideal. Sólo se relaciona utilizando, explotando a los demás para su satisfacción y luego los deshecha. Se relaciona fragmentariamente y temporalmente.

- a.- Escoge parejas muy masoquistas.
- b.- Desprecia y desprestigia a todas las personas que conoce.
- c.- No confía en nadie y es muy envidioso.
- d.- Solo se relaciona con ricos y famosos.

e.- No reconocen sus errores, son dísptas y soberbios.

f.- Pueden ser muy amables hasta que logren lo que quieren.

g.- No agradece a nadie.

h.- No le es fiel a nadie.

i.- El narcisismo patológico se presenta en personas cuyo principal problema radica en un desequilibrio de la auto apreciación relacionado con perturbaciones específicas de sus vínculos objetales.

j.- En su vida emocional, carecen de hondura.

k.- Tiene gran necesidad de recibir el tributo y la adoración de los demás.

l.- Su comportamiento altivo, grandioso y controlador es una defensa contra rasgos paranoides vinculados por la proyección de rabia oral, componente esencial de su patología.

m.-La personalidad antisocial constituye un subgrupo de la personalidad narcisista. Presenta las características antes mencionadas además de una severa patología Superyoica.

- Rasgos sobresalientes del narcisismo patológico.

- Grandiosidad.

- Exagerada centralización.

- Envidia a los que disfrutan de sus vidas.

- No son capaces de sentir empatía.

- No sienten depresión.
- Presentan fuertes sentimientos conscientes de inseguridad e inferioridad que alternan con sentimientos de grandeza y fantasía (Omnipotentes).
- Contradicciones en su concepto de sí mismos. (Soy Dios pero una mugre)
- Predominan en ellos los mecanismos de defensa primitivos: Negación, proyección, disociación, identificación proyectiva, idealización primitiva.
- Agreden oralmente, no se pueden sostener esas relaciones.
- Funcionamiento social relativamente bueno.
- Inteligentes y creativos.
- Suele destacar en la industria, lo académico y lo artístico.
- Son lo genios prometedores que posteriormente sorprenden a los demás por la vanalidad de sus logros.
- Narcisismo Normal.
Requiere como condición previa la integración de imágenes buenas y malas de sí mismo en un autoconcepto real que incorpora –

no disocia- los diversos
componentes de la representación de
sí mismo.

3.- Borderline o Limítrofe.

Tienen una pauta generalizada de inestabilidad en el estado de ánimo, relaciones interpersonales y la auto imagen, que se hace patente desde el inicio de la vida adulta y que se da en diversos contextos. La pauta para identificar este tipo de personalidades se manifiesta al menos por cinco de las siguientes características:

- a.- Relaciones interpersonales inestables e intensas, caracterizadas por alternativas extremistas entre la super idealización y la devaluación.
- b.- Impulsividad al menos en dos áreas que pueden ser peligrosas para el sujeto, por ejemplo: despilfarro, actividades sexuales, uso de sustancias, robos en tiendas, conducción irresponsable.
- c.- Inestabilidad afectiva: Cambios marcados desde el estado de ánimo normal a la depresión, la irritabilidad o la ansiedad, que por lo general, dura pocas horas y, más raramente algunos días.
- d.- Ira inapropiada e intensa falta de control de este impulso. Peleas físicas.
- e.- Amenazas, gestos o conductas suicidas repetidas, automutilantes.
- f.- Trastorno de la identidad acusado y persistente.
- g.- Sentimiento crónico de vacío o aburrimiento.

h.- Esfuerzos titánicos para evitar el abandono real o imaginario.

El diagnóstico de la organización Limítrofe de la personalidad está basado en tres criterios estructurales:

a.- Difusión de la identidad: Falta de integración del concepto de sí mismo y de las personas significativas.

b.- Nivel de mecanismos defensivos: Utilizan defensas primitivas, centradas en el mecanismo de escisión. Defensas comunes usadas por los borderline: Escisión, idealización primitiva, identificación proyectiva, negación.

c.- Integridad de la prueba de realidad: Está conservada y se define por la capacidad para diferenciar el sí mismo del no mismo y las percepciones y estímulos originados en el exterior de los provenientes del interior de la psique y, para evaluar el afecto, la conducta y el contenido del pensamiento propios en términos de las normas sociales ordinarias pero los borders desvirtúan la percepción.

d.- Los Borderline tienen características estructurales secundarias, tales como manifestaciones no específicas de debilidad del yo:

- Falta de control de impulsos.
- Falta de tolerancia a la ansiedad.
- Falta de desarrollo de los canales para la sublimación.

e.- En la patología del súper yo:

- Sistema de valores infantil o inmaduro.
 - Demandas morales internas contradictorias o hasta rasgos antisociales.
 - Relaciones objetales caóticas y crónicas.
- f.- Se pueden presentar en tres niveles.
- 1/er. Nivel: Ideas fijas y ambivalencia.
 - 2/do. Nivel: Ideas fijas y mágicas.
 - 3/er. Nivel: Casi sicótico.
- g.- Otras características del borderline es que:
- Se autosabotea.
 - No aprenden de la experiencia.
 - No miden consecuencias.
 - No planifican.
 - No aceptan consejos.
 - Bisexuales.
 - Bulimia y anorexia se instalan en esta patología.
 - No acepta errores.
 - No asesinan.
 - No aguanta la regresión.

4.- Psicosis. (sicótico)

Se identifican a través de una idiotización paulatina, pues se van deteriorando cada vez más. Esta patología es una exagerada carga de agresión en la persona, constante desde los primeros meses de vida del niño.

Un sicótico no tiene constancia de objeto o constancia básica. Actúan al impulso, por eso son peligrosos. Voltean la agresión así mismo. Su personalidad es completamente fragmentada.

a.- Categorías de la psicosis a través de esquizofrenias.

- Esquizofrenia simple.

Ideas fijas, empobrecimiento de las ideas. No tiene alucinaciones. Tiene ideas delirantes. . parecen medio tarugos pero nos contesta. Retira la libido del mundo exterior, al mundo interior.

- Esquizofrenia ebefrénica.

Se juega con los excrementos. Homeless. Nunca llega al hospital. Es expulsado del medio en que vivía.

- Esquizofrenia catatónica.

Se quedan con posición rígida, con la intensión de detener el tiempo pues les genera una exagerada ansiedad.

- Esquizofrenia paranoide.

Desarrolla una suspicacia ilimitada, sus estados de angustia y ansiedad son profundamente persecutorios intrusivos e invasores.

Nota: Las últimas tres esquizofrenias tiene alucinaciones, oyen voces internas que les indican que se hagan daño. Escuchan esas voces por radio o por T.V.

Solo entienden el lenguaje concreto, no el metafórico.

El mundo del sicótico se plaga de una simbología personal.

Un sicótico necesita ayuda psiquiátrica, no psicológica.

Resumen de los trastornos esquizofrénicos:

- Aislamiento social, lenta progresión a menudo con deterioro en el cuidado personal.
- Pérdida de las fronteras del yo.
- Asociaciones laxas del pensamiento.
- Autismo.
- Alucinaciones auditivas.
- Ideas delirantes.
- Afecto plano tajante rápidamente alternante.
- Hipersensibilidad a los estímulos ambientales.
- Variabilidad en la conducta.
- Pensamiento concreto con la incapacidad para la abstracción.
- Concentración afectada.
- Despersonalización.

5.- Psicopatía y sociopatía

La diferencia entre estas dos patologías es que el psicópata es el que asesina con sus manos y el sociópata manda matar, planifica, estafa, etc.

a.- El Psicópata.

Personas que recibieron fuertes dosis de maltrato desde la infancia, incluye rechazo, nulo afecto familiar o grupos. Calman su rabia dañando a los demás, como sienta que fueron dañados.

b.- El Sociópata.

Es un mentiroso, cínico, sádico, soberbio, déspota, desplaza (culpa a otros), no hay culpa en ellos, vengativo, omnipotente, no agradece, no ama, utiliza. Se mueve por satisfacción inmediata. Está lleno de odio, rabia y venganza.

B.- CARÁCTER.

Es el estilo que va haciendo cada persona, el tipo de caparazón que va haciendo una persona para relacionarse.

1.- Grados de evaluación del carácter

a.- Superior: El Yo predomina. Tiene fuerte autoestima para relacionarse con éxito en la vida. Se siente integrado y así se relaciona.

b.- Medio: El Súper Yo predomina. Se relaciona mal. Se apega más a las reglas.

c.- Bajo: El Ello predomina, se relaciona mal. No se sabe defender. Es envidioso y tiene paranoia.

Entre más chico es el Yo, más se siente víctima una persona, y tiende a actuar de manera más pasiva ante la realidad.

El carácter se “cuaja” a los 19 años. No cambia nunca.

El carácter es Ego sintónico, porque va en sintonía con el Yo.

Los rasgos de carácter pueden ser:

a.- Histéricos: Sumamente afectuoso, se responsabiliza, se ajusta a una disciplina. Somatiza sexualidad (problema). Erotizan todo y tiene una gran dificultad para hablar de la sexualidad con naturalidad.

b.- Obsesivos: Es capaz de rutina y disciplina, muy respetuoso, se pelea poco. Gracias a ellos tenemos mundo, trabaja, se peina. El obsesivo compulsivo ya brincó a la paranoia.

c.- Maniacos: Tiene tal carga de angustia que no puede parar de hacer cosas, sin medir peligro.

d.- Depresivos: Vive las pérdidas muy profundamente, es muy observador, cumplen con disciplina. Maniaco.

e.- Paranoicos: Muy cumplido, desconfianza, sobre interpreta la realidad de manera muy persecutoria.

”El rasgo más grande es el carácter de una persona”.

Las personas con rasgos esquizoides es la gente que le gusta estudiar, investigar, estar con pocas personas.

Grado y matiz: nada es absoluto en los seres humanos.

En conclusión, para determinar la estructura de la persona. Lo primero que tenemos que saber, es el tipo de personalidad del evaluado. Lo siguiente es el carácter (Estilo de la persona) y tenemos que identificar rasgos. “La diferencia entre carácter y rasgo es que el primero es el rasgo más notorio.

C.- DEFENSAS.

Tenemos que defendernos de los demás. Entre mejor y más integrado esté uno, más avanzada será la defensa a utilizar. Entre menos integrado, usaremos las más primitivas.

1.- Tipos de defensas.

- a.- Represión.
- b.- Negación.
- c.- Proyección.
- d.- Desplazamiento.
- e.- Aislamiento.
- f.- Escisión.
- g.- Formación Reactiva.
- h.- Transformación en lo contrario.
- i.- Identificación.
- j.- Identificación con el agresor.
- k.- Racionalización.
- l.- Intelectualización.
- m.- Sublimación.

- Represión.

Sirve para rechazar los derivados del instinto. En un interrogatorio la represión se representa evitando recuerdos dolorosos, que pueden provocar estrés emocional o angustia. Son los titubeos y/o lapsos en el

interrogatorio, ejemplos: “no recuerdo”, “no me puedo acordar”.

- Negación.

Sirve para apartar los estímulos externos displacientes. Ejemplos: cuando negamos un hecho “Aquí soy muy feliz”, cuando no los somos en realidad, ¿fuiste tú quien robó el dinero?, responde “Yo no hice nada”.

- Proyección.

Para él, el Yo es más fácil enfrentarse con la ansiedad real que la moral. Proyectas en alguien algo que tú hiciste. Es una crítica a nivel insciente. Ejemplo: “Todos son envidiosos”, “Yo no, los demás son rateros”.

- Desplazamiento.

Actúa por un proceso de sustitución. El sentimiento originalmente dirigido hacia determinada persona, objeto, o situación, es transferido y ligado a otra persona, objeto o situación. Ejemplo: recibes un maltrato, das uno. (Entre autoridades es común)

- Aislamiento.

Consiste en un uso equivocado de los procesos del Yo normales; por medio de los cuales se conservan en circunstancias distintas organizaciones y actitudes diferentes. Ejemplo: un hombre adopta un comportamiento diferente en su trabajo que en su casa.

- Escisión.

Su empleo puede tener el objeto de obtener cierto grado de satisfacción

cuando los diversos componentes de la personalidad no están bien integrados.

- Formación reactiva.

Se refiere a la realidad interior. Consiste en reemplazar en la conciencia el impulso o sentimiento productor de ansiedad por su opuesto. Ejemplo: “El odio de una mujer golpeada, ella lo cambia por amor” (La típica que es golpeada y dice que su esposo lo hace porque la quiere mucho).

- Transformación en lo contrario.

Sirve como garantía de la negación contra las conmociones provocadas por el mundo externo (Se refiere a la realidad exterior). Ejemplo: Cuando ves a alguien en la calle y sabes que es un chismoso y no te cae bien, y los ves, mejor lo saludas”.

- Identificación.

Es el más importante de los mecanismos psicológicos, para determinar el crecimiento del Yo. Se adoptan las actitudes y las pautas de conductas de las personas que nos son significativas. Ejemplo: “cuando te enamoras”, “Siempre he deseado ser...como el Ché Guevara”.

- Identificación con el agresor.

Se evita la ansiedad tratando de parecerse a la persona o cosa que nos agrede. Ejemplo “Niño golpeado es un padre golperador en potencia”.

- Racionalización.

Consiste en justificar pensamientos, sentimientos y actos inaceptables, empleando mal y distorsionando los hechos y con base a una pseudológica. Ejemplo: Disculparnos, anteponiendo pretextos, para no decir (la regué) mientras más paranoide es uno, más alta es la racionalización.

- Intellectualización.

Lleva todos los conflictos al campo del pensamiento y del habla, como una medida de control. Elaboración de conceptos. Son los que comienzan a hablar con muchos tecnicismos, menciona en todo momento nombres de autores o libros, como para demostrar lo inteligente que son.

- Sublimación.

Proceso por el que un impulso o conducta inaceptable se deriva por una vía más aceptable desde el punto de vista personal y social.

Es necesario que una vez se determine la personalidad, el carácter y los rasgos del entrevistado, se adopte un trato acorde a la personalidad establecida.

ENTREVISTA E INTERROGATORIO CIENTÍFICO FORENSE EN EL SISTEMA ACUSATORIO

Una entrevista es un proceso interactivo que involucra muchos aspectos de la comunicación más allá que el simple hablar o escuchar, como ademanes, posturas, expresiones faciales y otros comportamientos comunicativos.

Entrevista es la conversación entre el entrevistador y entrevistado, en el que el primero, logrará determinar a través de un detallado análisis de información, observación, y lectura del lenguaje corporal, la participación o no participación del segundo, en un acto (criminal) específico

CONCEPTOS BÁSICOS.

a.- Interacción.

Cada persona emite ciertos estímulos y responde a los producidos por otras. A eso le denominamos interacción. El entrevistador debe estar consciente de que su actitud tiene un efecto definitivo en el comportamiento del entrevistado y de que este último va a afectar la actitud del entrevistador.

En esta interacción, el entrevistado debe sentir que es aceptado como ser humano, como persona, que su presencia en la entrevista es valiosa y va a ser benéfica, pues sí él tiene algo que ver en el caso investigado, esta es una oportunidad que le dan sus superiores de explicar los motivos de su actuar, y si es inocente, durante esta entrevista podrá demostrarlo con sus respuestas.

No seremos capaces de comprender a los demás si no nos conocemos bien a nosotros mismos.

Si llegamos a una entrevista con la finalidad de encontrar indicios de nerviosismo y culpabilidad de un sujeto, seguramente los vamos a lograr.

b.- Autocontrol.

Para poder aprovechar todo el proceso de una entrevista, el entrevistador controlará hasta donde le sea posible su propia actitud y comportamiento.

Como buen entrevistador, no dejará que su percepción de los datos obtenidos se vea influida por suposiciones. Deberá tomar cada hipótesis como simple referencia, no como una conclusión, y si percibe que no coincide con la información objetiva, la rechazará como falsa.

Al final de la entrevista, podrá tener ya una serie de datos que al ser corroborados con la investigación en proceso y con el comportamiento del entrevistado ante ciertas preguntas, le darán una mejor noción de quien es el entrevistado.

c.- Rapport.

Este término significa “Simpatía” o “Concordancia” y en la primera fase de la entrevista se debe crear con el entrevistado para lograr que este se relaje.

d.- Set psicológico.

Este concepto es utilizado en el argot poligráfico, pero para nuestro tema será entendido como el ambiente idóneo que forma el entrevistador con el entrevistado para hacer que este hable con libertad y confianza.

3.- Tipos de entrevista según su objetivo.

a.- De selección de personal para puestos de trabajo.

b.- Para solucionar casos específicos (criminales).

4.- Formas de aplicación de una entrevista.

a.- Entrevistas consecutivas.

b.- Entrevistas en serie.

c.- Entrevistas por grupos.

En las entrevistas consecutivas, un entrevistador obtiene un diagnóstico del entrevistado, para en caso de ser aprobado, lo envía a otra evaluación.

En las entrevistas en serie, es la que entre dos o más entrevistadores, aplican pruebas por separado, para al finalizar comparar los resultados del otro, y poder dar un diagnóstico del entrevistado.

Las Entrevistas por grupos son realizadas por un grupo de personas a un individuo al que entrevistan en presencia de los demás.

5.- Técnicas para manejar la entrevista.

Recordemos que la conducta del entrevistador puede tener efectos determinantes sobre la conducta del entrevistado.

Existen por esta razón, técnicas utilizadas para obtener más información o para ahondar en las respuestas del entrevistado. Debemos tener en cuenta que estas técnicas deben manejarse flexiblemente, de acuerdo con el entrevistador, el entrevistado y los objetivos de la entrevista.

a.- Técnica del eco.

El entrevistador repite la última frase o palabra del entrevistado, denotando comprensión y apoyo al evaluado, influyendo sobre este de tal manera que siga hablando sobre el tema en cuestión.

b.- Técnica del silencio.

El entrevistador permanece en absoluto silencio al término de alguna respuesta del entrevistado. Esto provoca en el entrevistado una angustia que le obliga a seguir brindando datos sobre el tema cuestionado, y favorece la presentación del lenguaje corporal provocado por la ansiedad experimentada.

c.- Técnica de confrontación.

Esta técnica se recomienda cuando se conversa con personas que quieran exagerar los datos que brindan, por lo que se le piden datos y pruebas objetivas sobre lo que se sospecha que están exagerando.

d.- Técnica de “mmhm”.

Al pronunciar el “mmhm” se le da una contestación oral que le indica al entrevistado que se le escucha. Cuando a esta voz se le agrega movimiento de cabeza, se le da el mensaje al entrevistado de que mencione más información de la que está dando sobre el tema de interés para el entrevistador.

e.- Técnica del ¿Por qué?

Utilizar esta pregunta logra hacer que la gente siga hablando. Algunos especialistas creen que el uso frecuente de esta pregunta puede sonar a regaño, lo cual generaría

cierta ansiedad en el entrevistado, sin embargo puede resultar de gran utilidad si se usa de manera adecuada.

f.- Técnica del uso de la aprobación.

Se utiliza cuando el entrevistado está hablando y el entrevistador hace gestos y movimiento con la cabeza en signo de aprobación, dando a entender al primero que es aceptado y da al segundo la capacidad de identificar como reacciona el primero ante los estímulos de reconocimiento y que tan necesitado está de reforzamiento.

g.- Uso del desagrado.

Es una técnica contraria a la anterior, que le da el mensaje al entrevistado que no está cooperando con el objetivo de la entrevista. Consta al igual que la anterior de gestos y movimientos de cabeza en forma de negativa. Sirve también para presionar al entrevistado.

h.- Presión emocional o de tiempo.

Un ejemplo de esta técnica es cuando se le hace ver al entrevistado que se duda de la información que se le está requiriendo, así podremos ver el tipo de respuesta que tiene esta persona al stress, durante la entrevista posterior (observación de su conducta) y durante el interrogatorio.

6.- Reglas para formular preguntas.

- a.- Debe hacerse una sola pregunta a la vez.
- b.- Usar preguntas semiabiertas, o sea que no sean contestadas con Sí o con No.
- c.- Deben hacerse pausas de 5 a 7 segundos después de que el entrevistado responda una pregunta.
- d.- Siempre debe haber Rapport, antes de empezar la entrevista. Se recomienda preguntarle al entrevistado como quiere que se le llame durante la entrevista.
- e.- No interrumpir las respuestas del evaluado.
- f.- Utilizar lenguaje fácil de entender por el entrevistado.
- g.- Evitar ademanes que pudieran ser captados por el evaluado como agresión.
- h.- No hacer preguntas con la respuesta incluida o sugerida.
- i.- Evitar hacer juicios de valor en la entrevista.
- j.- Mostrar interés en las respuestas dadas por el entrevistado.
- k.- No tomar excesivos apuntes.
- l.- Evite formar barreras naturales. Mostrarse abierto y relajado, para obtener lo mismo del entrevistado.

7.- Tipos de preguntas.

- a.- Preguntas cerradas.

Tienen como finalidad provocar una cooperación más activa del entrevistado, es

decir, cuando es demasiado platicador. Se dividen en tres clases:

- De identificación: Buscan saber ¿Quién?, ¿Cómo?, ¿Cuándo?, ¿Cuánto?, ¿Cuál?, ¿Dónde? y otros.
 - De Sí o No: Son conocidas como preguntas dicotómicas. Se satisfacen con un sí o con No.
 - De selección: Se pide al entrevistado que elija dos o más opciones de las que se le presenten.
- b.- Preguntas abiertas: Estas permiten al entrevistador abordar los temas que le interese definir.
- c.- Preguntas de aclaración: Sirven para dilucidar cuestiones confusas tanto para el entrevistado, como para el entrevistador.
- d.- Preguntas sugerentes: Este es el tipo de pregunta que en determinado momento puede ser muy útil, más debe usarse con sumo cuidado. Ejemplo:
- ¿Es casado? Habiendo ya revisado en su expediente que dice que es soltero
- e.- Preguntas proyectivas: se basa en el principio de que todas las personas proyectamos nuestras frustraciones y traumas en los demás. Sirven como facilitador para que el entrevistado pueda expresar sus sentimientos.
- f.- Preguntas de reflejo: Sirve para reproducir los hechos o sentimientos percibidos durante la entrevista y

comunicárselos al entrevistado a fin de aclarar lo que se está escuchando y expresarlo de manera enfática y clara.

- Tengo la impresión de que se siente nervioso ¿es cierto?

g.- Preguntas situacionales: Tienen como fin establecer situaciones ficticias que simulen la realidad investigada.

h.- Preguntas para observar conducta (P.O.C.): Estas preguntas están diseñadas para provocar en quien las conteste un comportamiento, dependiendo de la forma en que se conciba a sí mismo, ya sea como participante o no participante en la comisión de un acto indebido.

i.- Preguntas de cebo: Están diseñadas para romper con las coartadas que pudiera tener del entrevistado no verás, lo que le provocará ansiedad. El entrevistado veraz la responderá de manera natural.

8.- Planeación y preparación para una entrevista.

Todas las entrevistas deben tener un planeamiento y preparación previa, pues es durante esta fase en la que se puede tener un mejor panorama general del entrevistado y lograr obtener la información requerida del mismo. Sin embargo, la experiencia de entrevistadores experimentados han dejado claro que el planeamiento durante las entrevistas es un proceso continuo, sobre todo en la solución de casos específicos.

Otra característica del planeamiento en esta clase de entrevistas, es que debe de ser concurrente, pues toda la información obtenida durante la investigación a través de peritajes o el uso de otras técnicas como la grafología, debe ser proporcionada al entrevistador.

- a.- Antes de la entrevista.
 - Datos generales del sujeto.
 - Antecedentes laborales, familiares y delictivos si los tiene.
 - Temas a tratar durante la entrevista.
 - Resultado en entrevistas anteriores.
 - Listado de preguntas abiertas.
 - Prepararse usted mismo para la entrevista.
- b.- Inicio de la entrevista.
 - Establezca una atmósfera adecuada al inicio de la entrevista.
 - Haga Rapport, esto disminuye la ansiedad del entrevistado.
 - Evite romper el Rapport. Evite hacer lo siguiente: expresar sarcasmo, ver el correo electrónico, contestar teléfonos mostrar petulancia al referirse a eventos que al entrevistador le parecen estúpidos, tratar con demasiada condescendencia al entrevistado, poner a prueba la veracidad del entrevistado en forma abierta y clara.
 - Observe detalladamente en este inicio: la voz, nivel de energía, modales, cultura, lenguaje y

comportamiento del entrevistado. No se desespere para definir la personalidad con quien está hablando, tome su tiempo.

c.- **Cuerpo de la entrevista.**

En esta parte de la entrevista, se pretende abordar el tema principal de la misma, obtener mayor información de la que ya se obtuvo y poder tener una visión mucho más clara del tema en cuestión.

d.- **Cierre de la entrevista.**

Cinco minutos antes de la entrevista, es recomendable anunciar que se acerca el final. Frases como: “antes de terminar voy a hacerle dos preguntas más”....etc.

Este es el momento de decidir los pasos a seguir e informar al entrevistado claramente qué va a suceder.

e.- **Redacción del informe.**

Las conclusiones y resultados de la entrevista se deben expresar en un lenguaje sencillo y comprensible. Se recomienda utilizar las palabras mencionadas por el entrevistado, sobre todo en el caso de las admisiones.

9.- **Errores comunes al entrevistar.**

Todas las personas tenemos la capacidad natural de hacer preguntas para obtener información diversa, pero pocas personas realmente reciben un entrenamiento formal que independientemente de su profesión, les permita llevar una entrevista en forma adecuada.

Consideraremos que una entrevista a sido exitosa cuando el entrevistador a podido enviar las preguntas precisas, para obtener la información que buscaba. Por otra parte, una entrevista bien ejecutada, brinda la sensación al entrevistado de que ha entablado una nueva relación con su entrevistador y que valió la pena haber acudido a la entrevista.

Para lo anterior, es necesario que además de lo ya mencionado, se eviten realizar las siguientes acciones, que pudieran presentarse en una entrevista:

- a.- Sugerir o inducir la respuesta: Que el entrevistado responda de la manera que el entrevistador desea, mermando así su capacidad para responder libremente.
- b.- Intimidar al entrevistado: Que con sus palabras o acciones pueda dar la impresión arrogante de que el entrevistador controla la entrevista, pues aunque esto sea cierto, debe darse la impresión de que todo es espontáneo, ya que como se mencionó anteriormente, la actitud, la voz y la postura del cuerpo pueden intimidar al entrevistado.
- c.- Hablar demasiado de experiencias personales: Esto puede extender la entrevista y hacer que se pierda el Set psicológico.
- d.- Tomar demasiadas notas: Esto podría enviar una señal negativa al entrevistado, quien llegaría sentir que todo lo que dice quedará registrado, perdiéndose así la espontaneidad y fluidez en lo que dice. Por otra parte, el hecho de escribir demasiado, le

daría tiempo al entrevistado de pensar dos veces las respuestas que podría dar. Utilice abreviaturas y signos previamente memorizados.

e.- Utilizar vocabulario técnico ante candidatos no técnicos: Hacer esto equivale a forzar al entrevistado en comprender lo que dice el entrevistador para no parecer ignorante, desviando la esencia de la entrevista.

f.- Realizar juicios personales: Esto se puede presentar en dos formas, con el efecto aureola, o con el efecto horquilla. En el primero, el entrevistador se engancha con algunos aspectos que le resultan familiares del entrevistado, perdiendo así la objetividad de lo que el entrevistado y enjuiciándolo en forma positiva. En el efecto horquilla, se relaciona de manera inversa a la anterior.

g.- No escuchar activamente al entrevistado: Esto se puede dar si el entrevistador no hace gestos, no mueve la cabeza o no hace preguntas para denotar que en realidad está poniendo atención a lo dicho por el entrevistado.

h.- No organizar la información que se presentará: Esto puede generar que cuando se realizan varias entrevistas en un mismo día, y el cansancio empieza a mermar su energía, dando como resultado una pérdida en la ilación de los temas a tratar con la consecuente repetición de preguntas al sujeto, lo que podría darle una señal de falta de profesionalismo y seriedad a la entrevista.

i.- No concluir a tiempo una entrevista: El tiempo promedio para una entrevista, sin

incluir el interrogatorio es de 50 minutos en promedio.

10.- Perfil del entrevistador.

a.- El éxito de un buen entrevistador está determinado por la forma en que proyecta su personalidad.

b.- El entrevistador debe mostrar una conducta franca, abierta, sincera y auténtica en su trato, de tal forma que pueda crear una atmósfera de cooperación recíproca, para que a su vez la contraparte le devuelva la información sincera.

c.- Para ser entrevistador se requiere un nivel superior al término medio, incluyendo habilidad mental, abstracción, memoria, planeación, organización y capacidad de anticipación. Se requiere una amplia cultura general para desenvolverse en cualquier giro que tome la conversación, mediante conocimientos sólidos completos y actualizados.

d.- Debe poseer conocimientos básicos de psicología.

e.- Rasgos de personalidad:

- Autoconocimiento: Si el entrevistador tiene esta capacidad deseable, evitará proyectarse en los demás, tener una idea clara de los efectos que provocan sus reacciones en los demás, y estar consciente del tipo de reacciones que despiertan en sí mismo las distintas clases de personas.

- Autoaceptación: Esta capacidad le permitirá al entrevistador soportar

presión y manejar tensiones, tratar a las personas como seres humanos, comprender a los demás, fomentar la comunicación y mantenerla.

- Autoconfianza: Cuando una persona conoce más de sí misma y ha aprendido a admitir todas las partes que va descubriendo en su personalidad, aceptándose como ser humano y aprendiendo a quererse con todos sus defectos, le resulta más fácil tener confianza en sí misma. Todo esto le dará ecuanimidad.

- Autorrealización: Este es el aspecto más difícil de alcanzar para cualquier persona, no solo para un entrevistador, ya que la autorrealización implica una situación ideal, la aceptación de uno mismo tal cual es. Esto significa que las metas deben ser proporcionales a las capacidades. Esta característica le proporcionará al entrevistador, flexibilidad, genuinidad y empatía.

- Preguntar y escuchar: La habilidad de preguntar tiene como fin primordial en una entrevista, el traducir los objetivos específicos del entrevistador en una comunicación positiva con el entrevistado. Las preguntas se deben plantear con base en los objetivos que se persiguen en la entrevista. Las preguntas deben también lograr motivar al entrevistado a responder. Para ellos es recomendable utilizar un lenguaje

accesible, libre de tecnicismos. Por otra parte, existen algunas recomendaciones que es necesario tener en cuenta al escuchar una respuesta:

- Preste toda su atención a la persona entrevistada y consiga que se dé cuenta de eso.
- Escuchar requiere de esfuerzo, póngalo todo.
- Concéntrese, no deje vagar su mente.
- No se distraiga con facilidad.
- Ponga atención a lo que dice la persona.
- Escuche. Dedíquese a oír, no a exponer sus problemas personales.
- No discuta, no contradiga, sólo cuestione.
- No interrumpa al entrevistado, pues al hacerlo no estaría escuchando, sino tratando de hacerse oír.
- No esté pensando en lo que va a preguntar o le va a decir, ya que si así fuera, estaría más preocupado por lo que usted mismo dice.
- No anticipe lo que va a decir su interlocutor, no se trata de predecir.
- No de consejos, solo oriente.
- Escuche lo que el entrevistado quiere decir, lo que no quiere

decir y lo que no puede decir sin su ayuda.

11.- Tipos de entrevistados

Sujeto tímido	Sujeto agresivo	Sujeto manipulador	Sujeto embustero
Introvertidos	Sarcásticos	Egocéntricos	Maniáticos
Tímidos	Irónicos	Excéntricos	Simuladores
Sumisos	Impulsivos	Creativos	Mentirosos
Sentimentales	Autoritarios	Flexibles	
Sugestionables	Inestables	Vengativos	
Mediocres	Agresivos	Líderes	
Nostálgicos	Irascibles	Sociables	
Depresivos	Políticos		
Desconfiados	Farsantes		
	Autosuficientes		
	Cínicos		
	Extrovertidos		
	Sociables		
	Seguros		
	Audaces		

a.- Características del tímido.

A este sujeto le cuesta trabajo establecer relaciones interpersonales, se angustia con facilidad, tiende a ser sumiso y sugestionable, desconfía de sus capacidades y de los demás.

- Volumen bajo de voz.
- Teme ser inferior.
- Inhibido por su propia inseguridad.
- Mira hacia otro lado.

- Le cuesta trabajo mantener la conversación.
- Dificilmente esboza una sonrisa.
- Mantiene una postura encogida.
- Cuando la presión aumenta puede presentar tics, sudoración o temblor en las manos.

Como tratarlo: Hay que ayudarlo dándole un “Rapport” más largo para que se tranquilice, hablando primero de temas triviales y luego del tema o temas en cuestión. Se deberá usar un tono especialmente amable en el trato y la técnica del agrado.

b.- Características del agresivo.

Es una persona aparentemente segura de sí misma, que ha aprendido a dominar cuando ataca, o se muestra irónica porque causa inseguridad en los demás.

- Necesita grandes muestra de apoyo.
- Aparentemente es muy seguro de sí mismo.
- Generalmente es impulsivo, autocrítico, exhibe conductas o poses de autosuficiencia y desdén.
- Pretende demostrar que es independiente y capaz de llevar a feliz término cualquier situación que se plantee en la entrevista.

Como tratarlo: Hay que dejarlo sentir que nos impresionó con su autosuficiencia para que se sienta satisfecho; se puede entonces conducir una entrevista a puntos de interés empleando técnicas como la confrontación,

combinada con la de agrado y la de desagrado, para conocer sus alcances.

- “Rapport corto”.
- Dejar que el entrevistado lo establezca (si ve cómo maneja su agresividad)
- Dejarlo hablar mucho antes de dirigir la entrevista.
- Recordar que este sujeto tiende a exagerar su actitud agresiva.

c.- Características del manipulador.

Este sujeto tiene un atractivo especial: Ha aprendido a dominar valiéndose de su encanto personal, que despliega cuando la situación lo amerita. Envuelve, habla, halaga, es atento y amable o firme y directo; en ocasiones finge sufrir para disimular sus deficiencias.

“Cuando escuche a una persona hablar de esta forma, puede estar seguro de que va a mentirle”.

- Esta categoría incluyen al seductor y al extrovertido.
- Es halagador y adulador.
- Su meta es manejar la entrevista para ocultar su verdadera personalidad.
- Sabe utilizar sus encantos.
- No permite que el entrevistador haga sus preguntas.
- Expone los datos que desea mostrar, y pregunta si se espera conocer algo especial de él.
- Es chantajista.

Como tratarlo: Requiere Un breve “Rapport” y el empleo de la técnica de confrontación; es

necesario evitar que la entrevista se alargue, de ahí que lo mejor sea ir directamente al asunto. Se recomienda que el entrevistador sea un poco frío para ver las reacciones del manipulador. Plantee preguntas del tipo cerrado para evitar que se extienda.

d.- Características del embustero.

Puede ser una persona muy hábil y no dar indicios de que miente, aunque se le puede detectar cuando miente al contradecirse. Se puede dudar de sus afirmaciones cuando éstas parecen infladas o fantasiosas.

Como tratarlo: Requiere un breve “Rapport” y el empleo de la técnica de confrontación, si se sospecha de su actitud. Cuando las personas dicen que son perfectas, se puede asegurar que están mintiendo. Ante este caso es muy sano adoptar una actitud de crítica ante la imagen de “cero defectos”. Aquellos que mienten no muestran un rasgo de personalidad (salvo que sufran una enfermedad patológica), sino que tratan de ocultar o distorsionar “algo”, y eso es precisamente lo que se debe tratar de encontrar. Pedirle desde el principio que se apegue a la realidad y que no siga en ese juego.

INTERROGATORIO

Llamaremos interrogatorio al arte de utilizar la persuasión y el convencimiento para lograr que el sujeto culpable confiese la comisión de un acto indebido, sin hacer uso de la fuerza.

A.- PROPÓSITOS.

Existen diferentes propósitos que se logran obtener a través de un interrogatorio, estos son:

- 1.- *Obtener del culpable la admisión de culpabilidad.*
- 2.- *Inducir al culpable para que confiese.*
- 3.- *Eliminar sospechosos.*
- 4.- *Determinar los hechos y circunstancias completas de un delito.*
- 5.- *Obtener mayor información que permita recobrar los efectos robados.*
- 6.- *Obtener información concerniente a otros asuntos.*

B.- LUGARES DÓNDE SE APLICA UN INTERROGATORIO.

Es recomendable que el lugar sea el mismo en que se realiza la entrevista previa. El lugar preferentemente deberá de contar con las siguientes características:

- 1.- *Lugar cerrado y bien iluminado.*
- 2.- *Alejado del ruido y de gente alrededor.*
- 3.- *Cuarto sin decoración ni cuadros colgados.*
- 4.- *Colocar dos sillas (Una fija para el evaluado y otra móvil para el interrogador) y una mesa. Se recomienda que la silla del sujeto sea fija debido a que a preguntas comprometedoras, tenderá a querer mover su silla para compensar la ansiedad que experimente su cuerpo, pero como esta es fija, entonces se moverá él.*
- 5.- *Lugar alejado del área de trabajo o vivienda del evaluado.*

Pese lo anterior, debe aclararse que un interrogatorio puede aplicarse en cualquier lugar, dependiendo de las circunstancias que se presenten.

C.- DIFERENCIAS ENTRE UNA ENTREVISTA Y UN INTERROGATORIO.

Entrevista	Interrogatorio
Es general	Es específico
Tiene límite de tiempo	No tiene límite de tiempo
La comunicación es 50-50% entrevistador y entrevistado	La comunicación es 95%-5% interrogador e interrogado
Estimulación dirigida	Estimulación más fuerte
Pregunta (indaga)	Afirma (confirma)

D.- RAZONES POR LAS QUE UNA PERSONA CONFIESA EN UN INTERROGATORIO.

- 1.- El interrogador le agrada o le inspira confianza.*
- 2.- El interrogado espera mejorar su imagen ante la policía, su familia, su empleador, la comunidad o sí misma.*
- 3.- No le queda otra salida, debido a la correcta presentación de todas las pruebas en su contra por parte del interrogador.*

E.- LA TÉCNICA REID PARA REALIZAR EL INTERROGATORIO.

La técnica Reid para realizar interrogatorio científico es una de las técnicas más efectivas para lograr confesiones¹⁸. Esta técnica se divide en 9 pasos que a continuación serán desarrollados:

¹⁸ Apuntes del Curso de la Técnica Reid para entrevistas e interrogatorios, John E. Reid y Asociados, Inc.

1.- Confrontación directa. (Espere los 7 segundos para observar respuesta en forma íntegral)

En esta fase se confronta directamente al evaluado de dos maneras posibles: Cuando se está completamente seguro de que el sujeto es culpable y se han identificado claros indicadores de mentira en las fases anteriores de la entrevista profunda.

La confrontación podrá ser de la siguiente forma:

- *De pie frente al sujeto usted le dice: Ricardo, como resultado de nuestra entrevista el día de hoy, no me queda la menor duda de que fuiste tú quien robó el dinero del portafolios del Señor Rodríguez”.*
- *Espere 7 segundos y observe cuidadosamente la reacción íntegra del evaluado.*
- *Cuando se tienen sospechas de que el sujeto está conduciéndose con falta de veracidad, pero no hay mucha evidencia en su contra, la confrontación podrá ser de la siguiente manera:*
- *De pie frente al sujeto usted le dice: Ricardo, analizando toda la información que tenemos, me doy cuenta de que no me has dicho todo lo que sabes referente al robo del dinero del portafolios del Señor Rodríguez”.*
- *Espere 7 segundos y observe cuidadosamente la reacción íntegra del evaluado.*

2.- Desarrollo de temas.

Es un discurso del interrogador en el que se justifica, minimiza y se culpa a otros de la conducta del sujeto, desde el punto de vista moral y psicológico.

Es un monólogo presentado por el interrogador, y tiene como finalidad desviar la atención del sujeto hacia el tema presentado de tal manera que se olvide de las consecuencias derivadas de su

confesión y poder así bajarle su nivel de ansiedad para inducirlo a confesar. Un ejemplo de tema podría ser de la siguiente manera:

- *Ricardo, en circunstancias similares, cualquiera podría haber realizado este acto, además tu no tuviste la culpa de que el portafolios haya estado abierto y tuviera tantísimo dinero, que seguramente al Señor Rodríguez no le costó ningún trabajo ganar, pues por todos es sabido que si por algo tiene dinero ese señor, es por que a ustedes los hace trabajar horas extras y no se los reconoce, ¿verdad?*

*Nota: En esta fase es recomendable que no se utilicen verbos de acción. Ejemplo: en lugar de decir Robo, refiera a este acto como “Tomar”, “Llevarse”, etc.

3.- Manejar negativas.

Las negaciones se van a presentar tanto en sujetos veraces, como en no veraces, si usted está convencido de la culpabilidad del sujeto, no se rinda, evite que exprese su negación, por que entre más largas y frecuentes sean estas, mayor dificultad tendrá para obtener la confesión.

Las formas de manejar las negativas, pueden ser de la siguiente manera.

- *Espere un minuto Ricardo, un segundo María, déjeme explicarle Juan.*
- *Acompañe lo que diga con un gesto que comunique “Alto”, “Deténgase”. Ponga la palma de su mano frente a la cara del sujeto, pero no lo toque.*

*Nota: Si el sujeto durante el interrogatorio presenta negativas fuertes y persistentes, hay muchas posibilidades de que el sujeto sea veraz.

4.- Como superar las objeciones.

Esta es una declaración del sujeto en forma de una excusa o razón por la que no podría/no habría podido cometer el delito, con la intención de demostrar por qué o cómo no habría cometido el acto en cuestión.

Algunos ejemplos de objeciones son:

- *Nunca haría algo así.*
- *Nunca podría haber hecho algo así.*
- *Es imposible por que...*
- *Yo no estuve en esa fecha*
- *Tengo testigos que estuvieron conmigo el día de los hechos*

La realidad es que la gran mayoría de las objeciones son verdaderas, por lo que se recomienda que no las escuche y no les haga caso. Algunas formas en que se pueden contestar esas objeciones podrían ser:

- *Regresando la afirmación hecha por el sujeto. Ejemplo: “¿Nunca haría algo así?”, y usted le pregunta ¿Nunca haría algo así?.*
- *Cuestionando su afirmación. Ejemplo: “Nunca haría algo así”, y usted le contesta ¿Por qué no haría algo así?*

5.- Obtenga y retenga la atención del evaluado.

A esta fase se llega cuando el evaluado intenta retraerse o empieza a pensar en las posibles consecuencias de su confesión. El objetivo de lograr mantener la atención del sujeto es que como este está a la defensiva, el interrogador debe acercársele, buscar su mirada y en un momento lograr tocarlo de su antebrazo o en el hombro. Observe si el sujeto se sonroja o palidece al ser tocado por usted, ya que esto es significativo.

6.- Maneje el estado anímico del sospechoso.

Ya en este punto, pueden observarse algunos indicios de rendición o derrota, por lo que se usted debe brindar una sensación de apoyo y comprensión al sujeto. Intensifique su actuación paternalista mirándole a los ojos con signo de comprensión, baje su tono de voz y acérquese un poco más al sujeto de tal manera que le de la impresión de estar a punto de escuchar un secreto. Utilice la técnica del silencio por unos segundos y entonces prosiga a la fase siguiente.

7.- Presente una pregunta alternativa. Presente una declaración de apoyo.

Esta pregunta alternativa presenta una posible salida o justificación al sujeto, pues luego de las fases anteriores, esta pregunta le brinda dos posibles opciones en relación con algún aspecto del delito. Basadas en el supuesto de que el sujeto es culpable, la pregunta alternativa debe

contrastar una acción deseable con una acción indeseable, e ir seguida de una declaración de apoyo.

Ejemplos:

- *Ricardo, ¿Tomaste el dinero del portafolios del señor Rodríguez por que lo planeaste todo, o fue solo por un impulso? Estoy seguro de que solo fue un impulso ¿Verdad?*
- *Juan, ¿Te llevaste la computadora por que necesitabas dinero para los medicamentos de tu hija, o lo hiciste por lastimar a tu jefe? Lo hiciste por la necesidad de dinero para los medicamentos de tu hija, ¿O me equivoco?*

*Nota: Esta pregunta se formula de acuerdo a cada persona y lo que haya comentado durante la revisión de la hoja de antecedentes personales.

8.- Logre que el sospechoso relate oralmente los detalles del crimen.

Una vez aceptada la alternativa, utilice un enunciado de refuerzo: “Eso es lo que pensé desde un principio Ricardo”.

Para poder obtener información detallada sobre la falta cometida, haga preguntas abiertas, datos que solo el culpable conoce y hágale saber que es necesario que en su declaración escriba la causa manifestada en la pregunta alternativa. Esto le dará mayor confianza para seguir hablando.

9.- Declaración oral o escrita.

Se recomienda que la declaración sea escrita debido a que esto le dará más fuerza a lo que usted

obtenga. Pídale al sujeto que incluya en su declaración que esta la realiza por voluntad propia y usted debe verificarla detalladamente.

En algunos casos usted puede escribir la declaración siempre y cuando el sujeto se lo pida o tenga algún defecto físico que le impida hacerla. Verifique que el sujeto firme su declaración y queden claros todos los aspectos relacionados a la comisión del ilícito.

CONCLUSIÓN

Si en algo están de acuerdo todas las disciplinas que han dedicado su estudio al ser humano, ya sea desde el prisma histórico, filosófico, religioso, comportamental, etc., es en que el hombre es por naturaleza un individuo social, y por tanto, uno de los aspectos esenciales que lo definen como Ser Humano es, precisamente, su naturaleza relacional, su inclinación natural a formar grupos con otros individuos de su misma especie.

Uno de los aspectos del lenguaje y la comunicación que siempre ha sido más interesante es su empleo como herramienta de influencia social. En este sentido, desde la comunicación se puede ejercer influencia con el fin de formar o modificar opiniones para, de este modo, obtener determinadas recompensas sociales o materiales. Desde esta perspectiva, tenemos entonces que admitir que, en el complejo juego del manejo de la comunicación como estrategia de influencia social, uno de los más eficaces recursos que se pueden emplear es el engaño.

La mentira entre seres humanos es probablemente tan antigua como el momento en el que un hombre se dio cuenta del éxito

del lenguaje y la comunicación allí donde fracasaban la lanza y el hacha. Desde entonces, no ha dejado de acompañarnos, tanto en los grandes acontecimientos de la humanidad, como en el devenir de la cotidianidad del día a día.

Las expresiones no verbales de agrado, desagrado, superioridad, timidez, miedo etc. están firmemente arraigados en la biología humana. El lenguaje corporal es por lo tanto innato. No se aprende y en su mayor parte, no es cultural.

Que mi rudimentaria pluma sea de su agrado en esta modesta aportación a esta gran obra y que esperemos contribuya al inmenso mar de conocimientos para evitar se violenten derechos humanos por una mala praxis de investigación.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1. BARREIRO GASTON, E. Investigación judicial de los delitos violentos, Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 2011.
2. BUNGE, Mario. La ciencia, su método y su filosofía, Buenos aires, Editorial siglo XX, 1977.
3. CERVANTES MARTÍNEZ, Daniel. La Oralidad y la Inmediatez en la Práctica Procesal Mexicana. Ángel Editor. México, 2000.
4. DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio. Tratado Sobre Las Pruebas Penales, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
5. ESCOBAR, Raúl Tomas. El interrogatorio en la investigación criminal, Editorial Universidad, Buenos aires 2003.
6. GLASS, LILLIAN; “Se lo que estás pensando”, Editorial Paidós, 2003.

7. GARRIDO GENOVES, Vicente. Cara a Cara con el psicópata. 3 ed, Ariel, España
8. GONZÁLEZ, JOSÉ FRANCISCO; “Lenguaje Corporal, Claves de la comunicación no verbal” , Editmat libros S.A., España 1998.
9. GONZÁLES PORRAS Juan Fernando. Entrevista e interrogatorio científico en el sistema acusatorio adversarial. Editorial Flores Editor y Distribuidor. Octubre 2014.
10. GONZÁLES PORRAS Juan Fernando, Estrategias de litigación de la prueba testimonial en el sistema acusatorio adversarial. Casa editorial Anaya octubre 2014.
11. LA INQUISICIÓN, EDICIONES VIMAN, S.A. DE C.V., México, 2008
12. RÍOS CANTÚ, Graciela; “Entrevistas para elegir a tu personal”, Editorial Vila, México, 2001.
13. SAPIR, AVINOAM; “Cuaderno de trabajo del Curso en Análisis Científico de Contenido, SCAN”; Laboratorio para el interrogatorio Científico, Phoenix, Arizona, 2000.
14. SORIA VERDE, Miguel Ángel, Psicología criminal, Editorial Pearson Prentice Hall, España, 2006

LEGISLACIÓN CONSULTADA

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Editorial Sista S.A de C.V México 2015

CAPÍTULO 10

SISTEMA ACUSATORIO, PRUEBAS Y
DERECHOS HUMANOS

Rafael Ortiz Castañeda

SISTEMA ACUSATORIO, PRUEBAS Y DERECHOS HUMANOS

Rafael Ortiz Castañeda¹⁹

1. Introducción 2. Los derechos humanos 3. Sistema penal acusatorio 4. Algunas consideraciones ontológicas de la prueba 5. Las presunciones 6. Valoración de la Prueba 7. Conclusiones

Abstract: El ensayo tiene como finalidad establecer las premisas de conexión que existe entre el Sistema Penal Acusatorio y los Derechos Humanos, bajo la premisa que la prueba constituye tanto la protección de los Derechos Humanos en todos los agentes procesales involucrados, como en la dinámica de los mismos derechos y su correlación con los derechos subsidiarios y que constituyen verdaderos Derechos Humanos no analizados adecuadamente en la actualidad.

Key: Derechos Humanos, Derecho Procesal, Prueba, Valoración probatoria, Sistema acusatorio.

1. Introducción

En los años recientes el discurso de los Derechos Humanos ha transformado todas las instituciones jurídicas. Ha sido una de las transformaciones más completas y absolutas de cualquier cambio histórico en las últimas décadas. El empoderamiento de los Derechos Humanos ha permitido una reflexión mucho más absoluta de lo que es nuestra sociedad y las instituciones que la rigen en todos los contextos políticos y sociales. Los Derechos Humanos (en adelante DDHH) se han convertido en el eje del constitucionalismo occidental, la legitimidad de los Estados

¹⁹ Investigador de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

descansa en el respeto de los mismos, a través de las vías jurisdiccionales tanto internas como externas.

Como consecuencia de la premisa anterior las instituciones de los poderes se han transformado de forma vertiginosa al grado de que muchas la velocidad de los cambios ha operado por encima de la legislación nacional de cada Estado. En ese estado de cosas uno de los puntos centrales de los cambios sustanciales es el que tiene que ver directamente con el poder judicial, y particularmente la forma de aplicación de las normas en los casos particulares. Son muchas las causas a través de las cuales la administración de la justicia tuvo que renovarse en todos los sentidos de la palabra.

Desde la aplicación de la tecnología para dejar de lado los esquemas personalistas y subjetivos de la administración de justicia para pasar a modelos de mayor objetividad que logren la satisfacción de los intereses en conflicto, el esquema de valores de la sociedad, y la democratización de la sociedad.

El presente trabajo se encuentra ubicado en el diseño de dos grandes líneas. La primera de ellas está orientada en colocar el énfasis de la preeminencia de los DDHH por encima de cualquier proceso. Y en segundo lugar colocar al Sistema Penal Acusatorio (en adelante SPA) como el paradigma fundamental que equilibra la dimensión de los DDHH en todos los sujetos que intervienen en el proceso.

Bajo estas premisa es importante destacar algunas cuestiones de fondo el tratamiento de los Derechos Humanos habrá de ser solamente superficial dado que la noción de los mismos se puede desprender del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y toda la legislación de tratados que se incluye al respecto (es justo destacar que no entraré en la polémica del bloque constitucional porque rebasa los límites del presente artículo) como parte de la legislación proveniente

del Estado. De esta manera el panorama de los DDHH permite establecer primeramente dos grandes premisas. La premisa que los Derechos Humanos se encuentran en expansión y que como consecuencia de los mismos es cualquier proceso los jueces deben interpretar los derechos en función de esa órbita de ampliación (nota de Alexy). Y la segunda de las premisas descansa en que la visión de los juzgadores o debe ser meramente positivista, sino que debe ubicarse dentro del constructivismo jurídico en la que mueven todos los jueces en la actualidad.

2. Los Derechos Humanos

En la actualidad los DDHH se encuentran fuera de la idea de fundamentación, es una realidad que existe a partir del nuevo contrato social y debe aceptarse como una realidad institucional que es indispensable para el desarrollo de la vida moderna. Pérez Luño ha dicho: "Desde estas premisas puedo avanzar ahora mi opción personal, en cierto modo anticipada en la exposición que antecede, en favor de una fundamentación intersubjetiva de los Derechos Humanos. Entiendo, en efecto, que los valores, que informan el contenido de los Derechos Humanos, no pueden concebirse como un sistema cerrado y estático de principios absolutos situado en la esfera ideal anterior e independiente de la experiencia, como pretende objetivismo; ni pueden reducirse tampoco al plano de los deseos o intereses de los individuos, como propugna el subjetivismo. La fundamentación intersubjetivista, por la que me inclino, parte de la posibilidad de llegar a establecer las condiciones en las que la actividad discursiva de la razón práctica permite llegar a un cierto consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de los Derechos Humanos. Un consenso que, de otro lado, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituye su soporte

antropológico". En consecuencia, las premisas en la que descansa una concepción fundamentalista de los DDHH tienen los siguientes atributos.

La cita es muy importante porque determina una serie de elementos que son el sustento de los DDHH. La estructura de los citados derechos se encuentra que es una estructura abierta y revisable y que los mismos siempre deben estar fundados en la razón práctica. Esa dimensión de los DDHH permite que el juez o la autoridad que los interprete logren hacer una expansión como lo reza el principio fundamental de los Derechos Humanos.

Ahora bien al aceptar la noción de DDHH como lo vengo sosteniendo a la largo del presente artículo.

El DDHH independientemente de su fundamentación poseen la dinámica propia de la relevancia de las condiciones en que se mueven y lo que hacen es expandir la cultura de los mismos en rededor de los sujetos que las viven.

Para los efectos del presente entiendo por DDHH la definición que encuadra en su publicación Charles Beitz, quien dice que los DDHH "son estándares para las instituciones domésticas cuya satisfacción es un asunto de preocupación internacional" (Beitz, 2012, pág. 25).

3. Sistema penal acusatorio

La aparición del sistema penal acusatorio es una consecuencia tanto ética como lógica de la cultura de los DDHH. Implica que frente a la dimensión jurídica de las normas todo sujeto, en cualquier posición que se encuentre en relación con la norma tiene una serie de derechos, donde imperan dos grandes principios.

El primero de ellos es el principio central de todo sistema democrático Y que en la actualidad se caracteriza como pro homine. Y el segundo de los principios el de igualdad en las mismas condiciones en que se encuentren. Esto lleva de la mano a entender que el proceso moderno tiene la necesidad de mirar hacia los fundamentos de la sociedad y el rescate de todos los individuos, y no necesariamente de la aplicación de la norma.

De esta forma el sistema acusatorio se centra materialmente en la igualdad con las personas que se encuentran legitimadas dentro del proceso. Este principio de igualdad juega un papel muy importante no solamente en la aportación de las pruebas, sino además en lograr la verdad jurídica, que es el elemento central en la administración de la justicia en los tiempos contemporáneos.

De esta forma la premisa fundamental en la que se mueve el sistema acusatorio es tratar de hacer una reflexión exhaustiva sobre los hechos, y además, concretar la facticidad directamente vinculada a los elementos probatorios.

Hay que recordar, como herramientas de trabajo que el sistema acusatorio tiene los siguientes elementos y que todos ellos como estructura principalista se encuentran vinculados directamente a las prueba.

Los principios que posee el sistema son los siguientes

Oralidad

Este principio la presencia de todos y cada uno de los elementos personales del proceso. La implicación procesal que posee se haya en la determinación de todos los sujetos que se encuentran en el proceso estén presentes para ser constructores de la verdad jurídica apegada posible a la verdad

factual. La oralidad tiene varias consecuencias dentro de lo que puede denominarse el proceso de derecho contemporáneo. La primera implicación es que todos en conjunto están involucrados en crear una dinámica que permita construir esa verdad no solamente con lo dicho, sino fundamentalmente con la aportación de las pruebas. Hay que tener en cuenta, en esta dinámica que la estructura de la prueba es parte vital en el sentido de las propias afirmaciones de los sujetos de lo jurídico pero que está en relación directa con la aspiración de la construcción de ese valor que es la verdad dentro del derecho. La segunda consecuencia también es vital dentro de la dinámica de la que estamos hablando y fundamentalmente sí orienta en sentido directo en la idea de que la oralidad permite el intercambio de opiniones, el vaso de comunicación que es fundamental en cualquier dinámica de interrelación de los sujetos. Sí debe tomar en cuenta que la comunicabilidad de los sujetos no solamente sí encuentran en las partes en disputa, sino fundamentalmente en la parte del observador directo que es la autoridad y que tiene que visualizar dicha interrelación, las pruebas en función del fallo que habrá dimitir en su momento.

Artículo 14.1. del pacto internacional de derechos civiles y políticos establece que "... toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial..." y en su artículo 14.3.e señala que " durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo", esto sólo puede suceder de forma oral. El comité de Derechos Humanos ha señalado que "en principio, todos los juicios en casos penales o casos conexos de carácter civil deberían llevarse a cabo oral y públicamente." 1 También indica que "para satisfacer los

derechos de la defensa garantizados en el párrafo 3 del artículo 14 del pacto, todo juicio penal debe proporcionar al acusado el derecho a una audiencia oral, en la que se le permita comparecer en persona o a través de representante legal y donde pueda presentar las pruebas que estime pertinentes e interrogar a los testigos.”

Inmediación

Este principio es una consecuencia del anterior. En el párrafo anterior hacíamos hincapié en el proceso de comunicabilidad de las partes dentro del proceso, cualquiera que sea su naturaleza. o esta premisa, entonces nos encontramos bajo la fórmula que la inmediatez permite esa comunicabilidad entre todas las partes a fin de romper de manera muy importante el círculo vicioso que se crea a través de los mecanismos de los expedientes y que el juez y además las partes estén en la posición de aclarar puntos, remediar las interferencias de la comuniqué al comunicabilidad, y que la relación con las personas directamente involucrados dentro del proceso sea lo suficientemente clara , conjuntamente con las pruebas, para que la autoridad tenga la claridad, oportunidad y para tomar su decisión en el momento procesal adecuada .

Contradicción

Este principio también conforma un modelo dentro de la tesis de comunicabilidad a que venimos refiriéndonos en líneas anteriores. Esta idea tiene dos grandes principios el primero de ellos está en que las partes pueden hacer preguntas y retroalimentar esa esas preguntas con otras adicionales con el fin de establecer las premisas fundamentales de la pretensión poco, y también de la construcción de los techos que les permita Esclarecer todos y cada uno de los puntos controvertidos. Así, la autoridad sí orienta fundamentalmente a encontrar las soluciones legales o de principios que pudieran

en un momento desarrollar las funciones técnicas y fundamentales de la prueba como un elemento más a esas preguntas o estructuras de retroalimentación.

Continuidad

Este principio exige de manera fundamental que todo proceso tenga homogeneidad e integración en un solo tiempo y que además la rutas de comunicación no serían distorsionadas por la ausencia de memoria o la creación de plazos demasiado largos que permitan olvidar las partes centrales de las manifestaciones de las partes, de la relación de las pruebas y que la autoridad tenga presente con mucha claridad el punto controvertido y la manera de interpretar la norma jurídica y de argumentarla ya a la hora de aplicarla .

Concentración

Hoy sabemos a partir de la tesis de la psicología constructivista que uno de los puntos centrales en la construcción de la lógica del juez se encuentra en su capacidad de concentrarse en un solo asunto a consideración que todos sus sentidos se encuentren orientados a buscar la solución adecuada dentro del marco de la ley. A lo anterior podemos agregar que dentro de la estructura de la comunicabilidad que venimos desarrollando en el caso de este principio exige además esta concentración en la comunicación no solamente sí da en materia del lenguaje verbal , sino adicionalmente en el lenguaje no verbal. Esta situación es de vital importancia en el desarrollo del nuevo proceso porque permite a la autoridad entrar en un diálogo continuo donde todos sus sentidos estén focalizados en el punto de referencia que le permita construir conjuntamente con los actores esa verdad fáctica y jurídica a la que venimos haciendo referencia.

Publicidad

Durante muchos años el gran problema del poder judicial y particularmente en la solución de los conflictos era su carácter privatista. Esto implicaba que sí separaran dos grandes órbitas lo privado y lo público y que no podía tener ninguna comunicación estas dos esferas. En la actualidad con el nuevo proceso cambió diametralmente esta idea y lo que sí busca en el sentido de publicidad es que los juicios estén abiertos de manera total y completa a la sociedad, con lo que sí apunta directamente al sentido de la transparencia en todos los mecanismos del poder judicial, pero adicionalmente también es un factor de legitimidad con la sociedad, y esta legitimidad tiene como consecuencia la aplicación de también un discurso de comunicabilidad. Bajo ese sentido, a lo que me refiero de manera particular es que hay un segundo nivel de comunicabilidad somete de las partes sino para la sociedad en general y permite visualizar las contiendas, los juicios las disquisiciones sobre una determinada área de trabajo y esto hace que la misma comunidad esté sumamente interesada en legitimar o no, según sea el caso todo el esquema de los procesos que sí llevan a cabo al interior de ese poder judicial. La pregunta central en este caso es que papel juegan las pruebas en esta nueva apertura de los juicios. La respuesta está en que el sentido de las pruebas no sólo valora la autoridad para dar la resolución del caso, que también la sociedad está interesada en valorar las pruebas desde una perspectiva mucho más amplia pero que tiene un sentido fundamental de aceptar o no aceptar las condiciones de interpretación idea argumenta Vidal sobre las pruebas que hace el propio poder judicial según el caso en particular o en lado la autoridad sí queremos hablar en sentido general.

Medidas cautelares En este último caso las medidas cautelares ofrecen dos variantes que son vitales en el nuevo proceso a que venimos haciendo mención. La primera es asegurarse que las

partes involucradas deberán estar presentes en el juicio, para efecto de cumplimentar toda la estructura del procedimiento oral. Pero además estas medidas cautelares obligan a crear un esquema continuos de comunicación entre las partes dentro de dos grandes líneas la primera de ellas la estructura lógica del lenguaje que sí deberá utilizar a lo largo de todo el proceso oral y también mantener el sentido de ética y respeto entre todos los sujetos, dentro de lo de los valores centrales de la libertad y la igualdad.

4. Algunas consideraciones ontológicas de la prueba

Taruffo (Taruffo, La Prueba, 2008, pág. 19) ha afirmado que la verdad de un hecho no está referido a la verdad del hecho en sí, no es demostrable ontológicamente, sino que de lo que se habla es de la exactitud de un enunciado acerca de ese hecho. Como consecuencia inmediata, es que nuestra probanza tiene que ir directamente vinculada la demostración de la verdad o falsedad de ese enunciado. Y lo anterior tiene consecuencias muy importantes en el desarrollo del proceso y de la capacidad del operador jurídico para distinguir entre el hecho, enunciado y prueba.

De la cita anterior se derivan muchas cuestiones no solamente de naturaleza procesal sino también en la estructuración de los DDHH en relación con la manera de explicarlos y enunciarlos al interior del contexto social.

Una primera consecuencia se haya interrelación entre lenguaje, principios y DDHH. Con la irrupción del positivismo a finales del siglo XIX el texto de la ley se encontraba asociado a los derechos²⁰, y en consecuencia, el derecho era existente en medida de ese texto de la norma jurídica.

²⁰ En esta fase todo derecho era entendido a partir de un texto que el propio Estado reconocía.

El legislador se convertía de esta manera en el creador omnisciente de todos los derechos de los sujetos que habitaban en la comunidad o del Estado.

Por lo tanto, la prueba constituye la puerta central de todo el Derecho Procesal, y además sujetos, no se hayan determinados en actos probatorios. Puede decirse, como se decía en los momentos procesales de ese momento, que lo que se tenían que probar eran los hechos, no el derecho. Fue necesaria la gran revolución de los principios para cambiar el enfoque de tal afirmación, puesto que el derecho, como elemento subjetivo, se encontraba íntimamente vinculado a los hechos, y son cara de la misma moneda en las relaciones procesales, no solamente como conflicto sino en el reconocimiento de las facultades con cara a la sociedad.

La segunda de las consecuencias que observamos en la afirmación de Tarufo es que la misma pretensión en un enunciado lingüístico, y como tal debe moverse en el sentido de una vinculación a ciertos medios de prueba que permitan establecer los estándares indispensables para determinar la clase y la oportunidad de la prueba.

La prueba en el sistema acusatorio parte de uno de los enunciados mencionados líneas arriba: el principio de inocencia. El cual se sostiene a lo largo del proceso acusatorio, y solo es posible dismantelarlo a través de la prueba, es por ello que se sostiene la tesis de la comunicabilidad en el proceso, pues es la prueba aportada por los otros agentes del proceso lo que permite variar el principio de inocencia al de culpabilidad. El principio de inocencia constituye la verdad jurídica enunciada en las diversas estructuras jurídicas y solamente queda reducido, nunca desaparece, con la verdad fáctica que se construye a partir de la prueba. Porque la presunción de inocencia como se dice líneas arriba es un elemento jurídico, que solamente disminuye con la probanza, y la probanza es un

elemento extrajurídico, que solamente alcanza determinada juridicidad en el proceso.

Dentro de esta perspectiva, si como se dijo en líneas arriba la prueba constituye la piedra angular del proceso penal, ésta adquiere vital importancia, cuando los resultados de la valoración de la prueba va a recaer directamente en el conjunto de derechos del imputado. La prueba de esta manera se transforma en una segunda vertiente de la fundamentación de los DDHH, puesto que en ella descansa esa disminución a la que se viene haciendo referencia a lo largo de todo el conjunto.

Con referencia a la temática que venimos exponiendo se puede decir que la prueba tiene las siguientes características dentro del proceso penal, y que corren paralelamente en los DDHH:

- 1.- Carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora.
- 2.- Sólo tiene el carácter de prueba las practicadas en el juicio oral, bajo los principios que se hizo alusión en el párrafo correspondiente.
- 3.- Las pruebas deben de haber sido obtenidas por medios lícitos. Este elemento debe tener una explicación adicional a la que venimos haciendo referencia. La licitud en materia de DDHH no es solamente un principio del Estado Constitucional de Derecho, sino que adicionalmente es la base de legitimidad de los derechos en el sentido más completo, y esta legalidad debe entenderse de un modo diferente a la tradición positivista. Con el fundamento de la ley, pero además con el sentido principalista de los derechos que constituye la aportación moderna de los sistemas jurídicos.
- 4.- Las pruebas requieren de cierta objetividad, no bastando las conjeturas o las meras sospechas. Y la objetividad es una

construcción de la racionalidad práctica hecha real a partir de varios sujetos que la conforman y la valoran.

5.- Hay una amplia libertad de los medios de prueba, los cuales no pueden estar limitados por el legislador. Implican todos aquellos medios que logren convencer al agente jurisdiccional de los hechos, y que además produzca la objetividad necesaria para construir los hechos.

6.- Existe libre tasación de la prueba.

El derecho a la presunción de inocencia radica en el respeto a los DDHH del imputado, por lo que se le reconoce durante todo el proceso un estado jurídico de no culpabilidad respecto del delito que se le imputa, recogido en el artículo 13 del Código Nacional de Procedimientos Penales que al efecto señala que *“Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código”*.

La norma en cuestión recoge los principios fundamentales de todas las declaraciones sobre DDHH que existen y tienen vigencia en el mundo, pero además, establece el principio presuntivo en todas las etapas del proceso, lo cual implica que la prueba es determinante en tal principio, y hasta que no hayan sido valoradas por todos los agentes del principio deja de regir en su momento.

De esta manera en el proceso a que vengo haciendo alusión en el presente trabajo el inicio se determina con la acusación, pero al haber la presunción jurídica de la inocencia, tiene que advenir la prueba en contrario, lo cual implica que las estructura probatoria está dirigida a destruir tal principio fundado en una relación entre facticidad, pruebas y valoración,

que constituye el triángulo central de la dinámica procesal en la actualidad.

Lo anterior va acompañado por un derecho subsidiario de la presunción de inocencia de la aportación de pruebas para conservar dicha presunción, y que también se mueven en la tríada mencionada en el párrafo anterior.

Con todo lo anterior aparecen una serie de elementos constitutivos de la prueba fundada en DDHH-

1. Presunción de inocencia
2. Negación de la autoincriminación
3. Negación de la tortura
4. No incomunicación
5. No intimidación
6. Pertinencia de la prueba
7. Conocer la imputación delictiva (salvo los casos en que se ponga en riesgo al acusador)
8. Defensa oportuna
9. Juzgado en audiencia pública

Como lo dice adecuadamente Taruffo (2005, pág. 78) la culpabilidad no sino el resultado de un proceso lógico inductivo-deductivo de los datos probatorios, donde el fundamento sea la presunción de inocencia por encima de los hechos que no se encuentran vinculados al sujeto señalado como culpable.²¹

Sólo es posible destruir el principio antes citado en una convicción plena, absoluta, firme y fundada en las pruebas que

²¹ Es preciso anotar deriva de lo anterior que las designaciones de indiciado, sujeto a proceso, acusado y otros términos salen del vocabulario del Derecho Procesal Penal, ya que en las diferentes fases del proceso el sujeto acusado siempre se encuentra bajo el principio de presunción de inocencia.

relacione la existencia del delito con la culpabilidad del acusado. En otras palabras, para destruir el principio de inocencia se requiere un fundamento lógico, epistemológico y normativo que se encuentre unido por una serie de pruebas, no desvirtuadas por ningún otro tipo de prueba, y que la deducción incrimine directamente al sujeto acusado.

Ahora bien, entro a otro de los terrenos también valiosos dentro de este ensayo, y me refiero de forma particular a la llamada libre valoración de la prueba. El sistema antes mencionado es intrínseco al proceso penal acusatorio y la prueba como tal no es vinculante al juez en la apreciación, donde se encuentre sometido a un sistema tasado o supra o infravalorado como lo hacía el antiguo sistema. En este orden de ideas es de tomarse en cuenta la jurisprudencia alemana que dice: “(sin que el juez) se encuentre vinculado a reglas probatorias, es decir, a disposiciones legales acerca de la eficacia de las pruebas ni a disposiciones que establezcan los presupuestos bajo los cuales un hecho debe considerarse acreditado” (RGSt 20, 323).

En este sistema el juez actúa dentro del principio de plena libertad; principio que se haya fundado en las reglas de la razón y de los criterios de oportunidad y hace que el juez tenga libertad para alcanzar o no la convicción de un hecho.

El Código Nacional de Procedimientos Penales establece lo siguiente:

Artículo 259.

Cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito. Las pruebas serán valoradas por el Órgano jurisdiccional de manera libre y lógica. Los antecedentes de la investigación recabados con anterioridad al juicio carecen de valor probatorio para fundar la sentencia definitiva, salvo las excepciones expresas previstas por este

Código y en la legislación aplicable. Para efectos del dictado de la sentencia definitiva, sólo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, salvo las excepciones previstas en este Código (Unión, 2015, pág. 102). La cita en cuestión posee algunos elementos que es necesario rescatar:

1. La idea central de la amplitud de la prueba;
2. La licitud de la misma, cuestión que el propio juez habrá de valorar de acuerdo a las normas y a los principios
3. El juicio se convierte en el eje central para dirimir las pruebas-
4. Y el grado de excepción se convierte en una garantía adicional.

A su vez, en la organización del Código de referencia se haya la idea vinculada al grado que convicción que debe alcanzar el órgano jurisdiccional como el resultado procesal oportuno para dictar la sentencia.

Una de las consecuencias que se derivan de lo anteriormente expresado es que no existe limitación alguna en la construcción de los elementos de convicción que deban emplearse. Que tampoco existe una valoración a priori derivada de la ley, sino de la argumentabilidad del juez. Además, no existe un número de pruebas que puedan aportarse a lo largo del proceso. En consecuencia hay un libre sistema de pruebas que se encuentra sometido a la caracterización del órgano jurisdiccional, con lo cual vincula directamente la prueba a los DDHH que son el eje central de cualquier sistema jurídico.

5. Las presunciones

Una de las variables que pueden analizarse en este ensayo es el relativo a las llamadas presunciones. Dentro de la teoría de la prueba clásica y de acuerdo al sistema tradicional, la presunción tiene elementos que corresponden a la prueba tasada y que obligan al juez a moverse dentro de los criterios de la misma prueba. Y además, la clasificación es variada y en muchas ocasiones equívoca.

Es necesario dejar asentado como base definitiva que las presunciones no constituyen una prueba per se, sino que son elementos de lógica jurídica, donde colocan al órgano jurisdiccional en un espacio cerrado de aceptar la presunción como un elemento fundamental para impedir la meta o infravaloración de las normas mismas.

De esta forma las presunciones son normas (*onus probandi*) donde el juzgador deja de lado su capacidad de valoración para atender de manera definitiva a la norma. Esta presunción-norma constituye un eje donde la autoridad jurisdiccional debe asumirla como elemento previo antes de la valoración del conjunto de pruebas.

De esta manera, se puede analizar a la presunción dentro de lo que Ferrajoli ha llamado pruebas legales positivas, que son aquellas donde la ley determina al juez que considere la hipótesis probada aunque vaya en contra de la convicción del mismo órgano jurisdiccional (Ferrajoli, 1995, pág. 610).

En este sentido el Código Nacional de Procedimientos Penales En el título IV, De los datos de prueba, medios de prueba y prueba (artículos 259 a 265) establece claramente la negación de presunciones en materia de probanza. Y si se hace un análisis exhaustivo de todo el Código a lo largo de toda la

estructura deja en libertad al juzgador de valorar y admitir toda clase de prueba dentro de los márgenes de la licitud. Incluso la definición es muy clara al respecto: artículo 262-...”Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación”(Unión, 2015, pág. op. cit).

Si se observan los principales elementos del concepto se encuentran los siguientes:

1. Todo conocimiento
2. Certo y probable
3. Sobre un hecho
4. Que ingresa como medio de prueba
5. Desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción
6. Sirven al tribunal como elemento de juicio
7. Arribar a una conclusión cierta
8. Sobre los hechos materia de la acusación

Esos ocho elementos que recién hemos descrito destruyen cualquier sentido de presunción en un sistema moderno procesal penal.

Quiero destacar algunas cuestiones que son de vital importancia en el presente enunciado. La certeza y la probabilidad, conjuntamente la construcción del juicio, en su sentido lógico. Los tres elementos la certeza, la probabilidad constituyen los centros de gravedad de la labor del juez en el momento de medir las pruebas y la valoración de las mismas basada en los criterios antes mencionados son los que le

permiten establecer el resultado final a través de la sentencia, la cual tiene como fundamento el abanico pleno de los DDHH.

6. Valoración de la Prueba

Sin lugar a dudas la valoración de la prueba constituye la clave angular de la lógica y del propio sistema jurídico. Pues de esa valoración se encuentra centrada en la certeza de los órganos procesales. En otras palabras, de la valoración de la prueba va a depender de manera directa e inmediata a la sentencia y que se construya la que se ha llamado por la doctrina la “verdad jurídica” (Taruffo, 2008, pág. 98). Cuestión que es determinante en la construcción de la llamada teoría contemporánea del proceso.

En la valoración de la prueba se ponen en juego todos los elementos del tablero ajedrecístico del llamado Estado de Derecho. El juez encarna la dimensión de la lógica del Derecho, pero también los fundamentos éticos del órgano jurisdiccional. El juez se convierte en un ser dotado con plena jurisdicción, pero a su vez con un ethos que compromete a la comunidad entera, y como se dijo con anterioridad otorga legitimidad en el sentido más pleno del vocablo.

En el caso particular del sistema acusatorio la clasificación de los sistemas valorativos de la prueba en tasado, libre o mixto no puede ni debe funcionar. De entrada es un sistema libre y debe seguir a lo largo de todo el procedimiento, puesto que se convierte en un Derecho Humano accesorio al conjunto de todos los demás derechos que entran en disputa. Si asumimos un sistema mixto entonces se compromete el sentido de legitimidad y de lógica del propio juez que tiene que asumir en todo su capacidad epistemológica la responsabilidad de la decisión.

Conectado al tema de la valoración de la prueba se encuentra un problema que no es menor y que se tiene que asumir de forma directa e inmediata. Y el tema relativo se encuentra en la llamada licitud de la prueba, que también se encuentra vinculado a los DDHH.

La licitud en el antiguo sistema, también llamado inquisitorial la licitud se encontraba vinculada al contenido o interpretación de la norma. Por tanto toda licitud debía encontrarse en la estructura de la legislación, entendiéndola como sistema.

En el caso moderno la licitud adopta otro sentido no solamente desde la doctrina, sino desde la misma pragmática. Así, el artículo 264 del Código de referencia establece lo siguiente: “Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad” (Unión, 2015, pág. op. cit).

Por tanto el punto de referencia no se encuentra en normas que establecen la prueba tasada, sino que se deja abierta a cualquier tipo de prueba que no vulnere los DDHH. Este punto es de vital importancia porque permite entender que la valoración no solamente es libre, sino que además hay una protección subsidiaria de los propios derechos a través de la valoración de la prueba.

7. Conclusiones

A lo largo del presente ensayo he tratado de demostrar dos cuestiones que el Proceso Penal Acusatorio descansa su fundamentación en la estructura del respeto completo de los DDHH como elemento central del Estado de Derecho. Si bien es aceptado lo anterior por nuestra doctrina en la pragmática también lo es y el hecho se encuentra determinado por el análisis que se hizo de la legislación respectiva.

Pero adicionalmente en la prueba se encuentra el centro vital del sistema penal acusatorio. Es en la prueba donde aparecen las estructuras medulares y los DDHH subsidiarios que permiten entender la libertad del juzgador, pero también los límites a esa libertad dentro del esquema general del Estado fundado en los DDHH.

Bibliografía

- Bietz, C. R. (2012). *La Ideas de los Derechos Humanos*. Madrid : Marcial Pons.
- Blasco, P. L. (2013). *La Justicia entre moral y derecho*. Madrid: Trotta.
- Bulygin, E. e. (2011). *Problemas lógicos de la teoría y práctica del Drecho*. Madrid-México: Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Fontamara.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Hernández Marín, R. (2013). *Razonamientos en la sentencia judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- Palombella, G. (2002). *La autoridad de los Derechos*. Madrid: Trotta.
- Posner, R. (2008). *Cómo deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El Constitucionalismo de los Derechos*. . Madrid : Trotta.
- Putnam, H. (2008). *Normas y valores*. Madrid: Trotta.
- Sanchís, L. P. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Unión, C. d. (2015). *Código Nacional de Procedimientos Penales*. México: Congreso de la Unión.

CAPÍTULO 11

PROCESO PENAL Y JURISDICCIÓN
INTERNACIONAL: EL CASO CABRERA
GARCÍA ET. AL VS MÉXICO

Jacobo Alejandro Domínguez Gudini

PROCESO PENAL Y JURISDICCIÓN INTERNACIONAL: EL CASO CABRERA GARCÍA ET. AL VS MÉXICO

Jacobo Alejandro Domínguez Gudini²²

I- Introducción

Con la victoria –virtual y en el discurso político y filosófico– de la Democracia como forma única y absoluta del Gobierno, el dilema de los Derechos Humanos contra la razón de Estado se desdibuja y pareciera que el cumplimiento del mandato de dotar a los ciudadanos de un cuerpo básico de protección, fuera un lugar común. Nadie podría sostener un discurso contrario, que sea políticamente correcto.

Sin embargo, los acontecimientos recientes como los crímenes de Ayotzinapa, Tlatlaya y algunos otros nos muestran que la actuación del Estado en materia de Derechos humanos, aún tiene muchos claroscuros.

Conceptualmente con su positivización en textos jurídicos internacionales, de ser un mero conjunto de elementos axiológicos casi universalmente compartidos, los Derechos Humanos se constituyen como la categoría normativa de mayor importancia, constituyendo al control de convencionalidad como el instrumento de dogmática jurídica más influyente, pero en ocasiones no del todo eficaz.

Históricamente en México, los Derechos Humanos han transitado un proceso de mutación, desde el concepto de Garantías individuales desarrollados como una garantía del

²² Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Veracruzana. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) nivel I del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

individuo, BURGOA las define como “medios jurídicos de protección, defensa o salvaguarda de los derechos del hombre en primer término, por lo que estos derechos son jurídicamente resguardados y tutelados por la Constitución y el sistema jurídico mexicano” (Burgoa, 1978) y de los grupos más vulnerables de la sociedad, en contra de la opresión del Estado, hasta una teoría general de los Derechos Humanos incluyente y decisiva que dio lugar a la modificación del artículo 1º en la Reforma Constitucional del año 2011.

Gregorio PECES-BARBA considera que los Derechos Humanos son la “facultad que la norma le atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el apartado coactivo del Estado en caso de infracción.” (Peces-Barba, 1980)

Por lo tanto, para algunos con los que coincidimos, la función del Derecho de los Derechos Humanos no es proteger al individuo de otros individuos, sino protegerlo del ejercicio del poder por parte del propio Estado o en palabras de FAUNDEZ LEDESMA para “la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Convención pone a cargo de los Estados los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos humanos, de modo que todo menoscabo a los mismos pueda ser atribuido a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención; lo que se prohíbe es toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención; en consecuencia, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente tales derechos, se está

ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en la Convención.” (Faúndez Ledesma, 2004)

BOBBIO señala que “la cuestión no resulta en nuestro tiempo respecto de los derechos humanos no es la de fundamentarlos o justificarlos, en último término de comprenderlos, sino la de protegerlos; de tal manera que se trata de una labor preeminentemente política y jurídico-positiva, o si se prefiere técnica, más que filosófica.” (Bobbio, 2000)

En ese sentido, HERNÁNDEZ VALLE señala que los Derechos Humanos son el “conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo.” (Hernández Valle, 1900)

Para la UNESCO “los derechos humanos son una protección de manera institucionalizada de los derechos de la persona humana contra los excesos del poder cometidos por los órganos del Estado y de promover paralelamente el establecimiento de condiciones humanas, así como el desarrollo multidimensional de la personalidad humana.” (Taleva Salvat, 2011)

CARPIZO afirma que “las definiciones de derechos humanos son infinitas. Muchas enfatizan que son aquellos que la persona posee por su propia naturaleza y dignidad, son aquellos que le son inherentes y no son una concesión de la comunidad política; que son los que concretan en cada momento histórico las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, los cuales deben ser reconocidos positivamente por el orden jurídico nacional e internacional, que son los que corresponden a la persona por esencia, simultáneamente en su vertiente corpórea, espiritual y social, y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, pero que ceden en su ejercicio ante las exigencias del bien común; que son expectativas no previstas con claridad en

alguna norma jurídica, incluso se llega a identificarlos con los “derechos morales”; que son aquellos imprescindibles para poder conducir una vida digna y auténticamente humana y constituyen el elemento fundamental de un Estado Constitucional democrático de derecho” (Carpizo, Jurídicas UNAM, 2011)

De esta manera, son diversos los autores que afirman que el ejercicio de estos derechos no puede ser inhibido por el poder del Estado, sino que, por el contrario, es éste quien está obligado a proteger y garantizar el debido cumplimiento de los mismos; al respecto Truyol y Serra menciona que son “aquellos derechos que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados...” (Truyol y Serra, 1968)

En la Declaración de Viena y el Programa de Acción, el concepto de derechos humanos y libertades fundamentales fueron expresados de la siguiente manera: “Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos.” (Naciones Unidas, 1993)

Ahora bien, el hecho de que sean derechos innatos es un punto clave mencionado en el párrafo que antecede, no obstante, es menester puntualizar en que si bien el Estado no brinda la correcta protección de los Derechos Humanos, se puede recurrir a medios exógenos para obtener una justa impartición de los Derechos Humanos, esto es, recurriendo al ámbito internacional.

Otra de las características que poseen los Derechos Humanos es que son universales, esto quiere decir que dichos derechos

corresponden de igual manera a toda persona sin hacer discriminación alguna y, que por lo tanto, pueden hacerse valer estos derechos en la jurisdicción de cualquier otro Estado, en todo el mundo y frente a todo el mundo. Es entonces en donde los tratados internacionales desempeñan su papel como garantes de Derechos en condiciones igualitarias.

En ese orden de ideas, una vez que el Estado ha fallado en su labor de brindar la debida protección de Derechos Humanos, se recurre al ordenamiento internacional y en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia al respecto: “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.” (La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 1985)

El jurista y filósofo del derecho español, Antonio PEREZ LUÑO menciona que los Derechos Humanos deben entenderse como: “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.” (Donelly, 1998)

De esa manera, el propósito del sistema interamericano (a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH) de protección de los Derechos Humanos es hacer valer la responsabilidad internacional del Estado, referente al respeto y garantía de los Derechos Humanos, destacando que éste puede incurrir en violaciones de los mismos, ya sea por acción u omisión como sucedió en el **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs México**, el cual fue elegido de entre los siete casos existentes en contra del Estado Mexicano, al considerarse uno de los casos con mayor relevancia e

importancia, por lo tanto a continuación se realizará un breve análisis del caso mencionado anteriormente.

II.- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México

Para poder explicar el Caso Cabrera García y Montiel Flores, se tomó como base la sentencia, por lo que algunos párrafos fueron obtenidos directamente de ésta.

El 24 de junio del año 2009, se presentó una demanda en contra del Estado Mexicano, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José):

Artículo 51

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.
2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.
3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

Artículo 61

1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50. (Organización de los Estados Americanos, 1969)

La demanda es relativa a la responsabilidad del Estado por el sometimiento de los señores Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores a tratos inhumanos, crueles, degradantes cuando se encontraban detenidos y bajo custodia de miembros del Ejército Mexicano, así como por la falta de presentación ante juez y otro funcionario que controlara la legalidad de la detención y por irregularidades presentes en el proceso penal.

Hechos

El señor Montiel Flores se encontraba fuera de la casa del señor Cabrera García el 2 de mayo de 1999 junto con otras personas en la comunidad de Pizotla, Municipio de Ajuchitlán del Progreso, estado de Guerrero. Alrededor de las 9:30 horas, cuarenta miembros del 40° Batallón de Infantería del Ejército Mexicano en el marco de un operativo contra el narcotráfico, entraron a la comunidad. Los señores Cabrera y Montiel permanecieron escondidos entre arbustos y rocas por varias horas, hasta que a las 16:30 horas fueron detenidos a orillas del río Pizotla hasta el 4 de mayo de 1999. Ese día fueron trasladados en helicóptero hasta las instalaciones del 40° Batallón de Infantería ubicado en la ciudad de Altamirano, estado de Guerrero.

Posteriormente miembros del Ejército presentaron una denuncia en contra de los señores Cabrera y Montiel por la presunta comisión de los delitos de portación de armas de fuego de uso exclusivo de las Fuerzas Militares, así como por siembra de marihuana y amapola.

La respectiva investigación penal se llevó a cabo, el Juez Quinto de Distrito ordenó al Ministerio Público investigar a solicitud de la defensa de las víctimas, las denuncias de tortura, incomunicación y detención ilegal que habrían sufrido las presuntas víctimas en las instalaciones del 40° Batallón de Infantería del Ejército Mexicano, por lo tanto el 1 de octubre de 1999 el Ministerio Público Federal dio inicio a la Averiguación Previa por las denuncias que presentaron los señores Cabrera y Montiel.

De acuerdo a lo anterior, el 28 de agosto del año 2000 el Juez Quinto de Distrito del Vigésimo Primer Circuito en Coyoacán, dictó sentencia condenatoria, la cual ordenaba pena privativa de libertad con duración de 6 años y 8 meses al señor Cabrera García y pena privativa de 10 años al señor Montiel Flores.

La decisión anterior a través de diversos recursos judiciales fue objetada y por lo tanto se modificó parcialmente a favor de los señores Cabrera y Montiel.

En el año 2001 los señores mencionados anteriormente fueron liberados para que continuaran cumpliendo la sanción que se les impuso en su domicilio debido a su estado de salud.

Fue hasta el 2 de noviembre de 2009 cuando el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez A.C, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y el Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan A.C, presentaron una solicitud en la cual se establecían los argumentos y pruebas de que en el presente caso existió tortura en perjuicio de los familiares de la víctimas, argumentado “el sufrimiento causado por las violaciones en perjuicio de sus seres queridos y la impunidad en que éstas se mantienen”.

El escrito presentado por los centros de Derechos Humanos mencionados en el párrafo anterior, también establecía la violación al artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual es relativo a la libertad de asociación, ya que, sostienen que las violaciones cometidas en contra de los señores Cabrera y Montiel se dieron como represalias a su participación en una organización dedicada a la defensa del medio ambiente; en el mencionado escrito de demanda se solicitó al Tribunal que ordenara al Estado la adopción de ciertas medidas de reparación.

Procedimiento ante la Corte

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el órgano de mayor relevancia creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no obstante ser el órgano convencional que, a diferencia de la Comisión, no figura entre los órganos de la OEA, la Corte está concebida como “una institución judicial del sistema interamericano.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1982)

Se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, independientemente de que éstos hayan ratificado la Convención o no. De acuerdo al artículo 52 de la Convención, los jueces ordinarios o titulares son elegidos entre juristas de la más alta autoridad moral, reconocida competencia en materia de Derechos Humanos y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales.

Como señala FAÚNDEZ LEDESMA para que la Corte pueda conocer de un caso, ésta previamente debe verificar, de oficio, y sin necesidad de que el Estado haya introducido alguna excepción preliminar, que posee competencia para conocer del mismo:

- a) En razón de las partes que intervienen en el procedimiento
- b) En razón de la materia objeto de la controversia
- c) En atención del tiempo transcurrido desde la notificación al Estado demandado del informe de la Comisión.

Por tanto, es menester destacar que la Corte es competente para pronunciarse sobre su propia competencia, ya que ésta es una facultad inherente de todo tribunal internacional y se encuentra firmemente establecida en el Derecho Internacional. (Faúndez Ledesma H. , 2004)

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, el 2 de septiembre de 2009 la demanda de la Comisión fue notificada a los representantes y al Estado. Ese mismo día se consultó al Estado sobre su propósito de designar un juez e informó sobre la manifestación del Juez Sergio García Ramírez de no conocer del presente caso, toda vez que considera que no es procedente la intervención de un juez de la nacionalidad del Estado demandado, por lo anterior, el 15 de octubre de 2009 el Estado Mexicano designó como Juez a Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

Los artículos 39 al 42 del Reglamento de la Corte regulan el procedimiento oral. Cuando se encuentre listo el caso para la audiencia de la Corte, el Presidente de ésta señalará la fecha de la apertura de la fase oral del proceso y fijará las audiencias que fueren necesarias y a través del Presidente de la Corte puede señalar el objeto de la audiencia, indicando, por citar un ejemplo que determinada audiencia estará destinada a recibir las declaraciones e informes de los testigos y peritos.

En el caso Cabrera García y otro, el 2 de julio de 2010 el Presidente de la Corte, mediante resolución, convocó a una audiencia pública requiriendo que ciertas declaraciones se llevaran a cabo a través de fedatario público; dentro de la

audiencia las partes tuvieron la oportunidad de presentar sus respectivas observaciones a las declaraciones realizadas ante fedatario público.

Con el paso del tiempo se ha hecho frecuente que, en la fase escrita intervengan organizaciones no gubernamentales o personas que no son parte del procedimiento ante el Tribunal a título de *amicus curiae*.

La figura *amicus curiae* implica la intervención de un tercero que es autorizado para participar en el procedimiento, teniendo como propósito proporcionar información o presentar argumentos en defensa del interés general.

En el marco del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, esta modalidad ha sido utilizada para aportar información y principalmente para presentar el criterio del *amicus curiae* sobre el Derecho aplicable. El Tribunal sostiene que el papel de esta figura que funge como un tercero autorizado, no puede ser otro que el de colaborar con la Corte en el estudio y resolución de los asuntos que son sometidos a su jurisdicción, pero de manera determinante no puede hacer peticiones que motiven a obligarla a decidir en uno u otro sentido.

El Tribunal recibió doce escritos a partir del 15 de marzo de 2010 al 12 de agosto del mismo año, en calidad de *amicus curiae* (amigo de la corte o amigo del tribunal), figura jurídica que engloba a los terceros ajenos a un litigio que voluntariamente ofrecen su opinión. Las personas, instituciones, y organizaciones que emitieron su opinión fueron: La Clínica de Derechos Humanos del Programa de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Texas, Gustavo Fondevilla, profesor del

Centro de Investigación y Docencia Económicas, la Clínica de Derechos Humanos de la Escuela Libre de Derecho, entre otros.

Las opiniones de los *amicus curiae* versaron sobre temas relativos a la admisibilidad de los argumentos de presuntas víctimas relativos a la duración de la detención ilegal, vulnerabilidad de las personas detenidas sin orden judicial, detenciones ilegales del Ejército Mexicano y la legalización de la tortura bajo la figura de la confesión coaccionada, así como la obligación del Estado de reglamentar un registro de detención como medida de no repetición.

La audiencia pública fue celebrada los días 26 y 27 de agosto de 2010, en la cual los jueces hicieron diversas preguntas a los representantes que comparecieron a la audiencia, para que de tal forma puedan mejor resolver.

Posteriormente, el 13 de septiembre de 2010, la Secretaría por instrucciones del pleno de la Corte, remitió a todas las partes un escrito o comunicación en la que precisó algunas de las preguntas realizadas por los Jueces del Tribunal durante la audiencia pública, las preguntas son relativas a la presencia de fuerzas armadas en Guerrero, detención, integridad física y psicológica de las presuntas víctimas, y sobre las supuestas armas incautadas en el momento de la detención.

En fecha 11 de octubre de 2010 remitieron sus alegatos de manera escrita tanto la Comisión Interamericana, así como los representantes y el Estado. En dichos alegatos finales se realizan las observaciones que consideraron pertinentes sobre determinados documentos.

Excepción preliminar de “cuarta instancia”

Alegatos de las partes

Como sucede en los procedimientos ante tribunales nacionales, en el sistema de la Convención el Estado demandado puede oponer excepciones preliminares, como primera línea de defensa, ya sea objetando la admisibilidad de la acción o la competencia del Tribunal. En cualquiera de los casos, le corresponde a la Corte brindar y señalar su pronunciamiento sobre estas objeciones, pues con fundamento en el artículo 62 N° 1 de la Convención, tiene competencia sobre todos los casos referentes a la interpretación o aplicación de la Convención.

Se debe tomar en cuenta que las excepciones preliminares no constituyen una defensa de fondo, y que el fin y el objeto de la Convención es permitir la protección de los Derechos Humanos y por lo tanto la Corte ha preponderado que la inobservancia de ciertas formalidades no siempre es importante y relevante, así mismo destaca que lo esencial es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados.

De acuerdo con lo anterior, la excepción preliminar que opuso el Estado fue “la incompetencia” de la Corte, argumentando que la Corte no puede determinar si los Tribunales nacionales aplicaron de manera correcta el derecho interno, por lo tanto solo debería determinar si el proceso judicial penal se apegó a los principios de garantía y protección judicial, los cuales se encuentran consagrados en la Convención Americana.

El Estado afirma que no existe algún error judicial comprobable y comprobado que acredite una grave injusticia y sostiene que esto no habría sucedido dado que los señores

Cabrera y Montiel interpusieron un recurso de inconformidad sobre la formal prisión en su contra, recurso del cual obtuvieron resultados parcialmente favorables. De tal forma que el Estado Mexicano sostiene que la totalidad de actos u omisiones aducidos como violatorios de la Convención Americana ya fueron valorados y determinados por los órganos judiciales mexicanos de manera independiente e imparcial, respetando plenamente al derecho de garantía y protección judicial.

Los alegatos presentados por la Comisión se refieren a que ésta no pretende presentar cuestiones vinculadas con la interpretación o aplicación del derecho interno del Estado a los hechos; lo que la Comisión solicita es que declare la Corte que el Estado Mexicano es responsable de la violación a determinados derechos que se encuentran estipulados en instrumentos interamericanos.

Por último la Comisión señaló que la excepción preliminar interpuesta por el Estado mexicano es infundada, ya que los argumentos estatales presuponen una evaluación de la materia de fondo de la demanda.

De acuerdo al argumento presentado por el Estado, la posición de los representantes de las víctimas señala que la excepción preliminar no puede ser considerada como tal, en tanto que el mismo se basa en la compatibilidad de las actuaciones de los órganos internos de la Convención Americana y por lo tanto constituye un alegato de fondo.

Los representantes solicitaron la declaración de “incompatibilidad de la competencia de los tribunales militares” y de acuerdo a la excepción presentada de “cuarta instancia” sostienen que no es efectiva porque varias de las violaciones de derechos humanos nunca fueron valoradas por

tribunales internos y en caso de que hayan sido valoradas, no fueron de la manera correcta o adecuada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declara que la excepción preliminar presentada por el Estado Mexicano es infundada, debido a que como se mencionó anteriormente, los componentes de carácter material, personal y temporal que determinan la jurisdicción del tribunal, es decir, la materia objeto de la demanda, personas que intervienen en el procedimiento y el momento en el que habrían sucedido los hechos denunciados; por lo tanto al cumplir con todos los elementos la Corte puede conocer de este caso que fue sometido a su consideración.

Consideraciones de la Corte Interamericana

La Corte estableció que no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”, ya que ha establecido que la jurisdicción internacional tiene carácter coadyuvante, subsidiario y complementario, por tal razón es claro que la Corte no es un tribunal de alzada para dirimir desacuerdos existentes entre las partes sobre determinados alcances referentes a la valoración de la prueba o de la aplicación del derecho interno.

Con base en lo mencionado en el párrafo anterior la Corte decidió aplicar la sentencia hecha en el caso *Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil* al caso del Estado Mexicano, en la sentencia la Corte establece que el Estado de Brasil era el responsable de analizar los hechos y pruebas presentadas en dicho caso, por lo tanto en el caso del Estado Mexicano señala que corresponde a los tribunales del Estado, analizar los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares, y si las actuaciones realizadas por los órganos judiciales son o no una violación de las obligaciones Internacionales que tiene el Estado.

Pruebas

En forma expresa, la Convención no señala a la Corte ninguna competencia específica relativa al establecimiento de los hechos, es claro que esta atribución se considera implícita en el carácter judicial de la función que se le ha encomendado, y que de lo contrario, al no contar con ésta competencia, no podría cumplir a cabalidad.

En materia probatoria, las atribuciones de la Corte deben ser analizadas de la siguiente manera:

- a) Competencia para evaluar y recibir la evidencia que le proporcionen las partes;
- b) Competencia para disponer de oficio la evacuación de diligencias probatorias, y;
- c) Atribuciones para exigir la cooperación de los Estados en la evaluación de cualquier diligencia probatoria

De acuerdo a lo anterior, la Corte tiene competencia para observar y analizar el caso de manera íntegra, de tal forma puede recibir las pruebas que le ofrezcan las partes y proporcionarse de oficio aquellas pruebas que estime indispensables para el cumplimiento de la misión que se le ha encomendado.

Las pruebas ofrecidas durante el juicio de la Corte contra el Estado Mexicano son las que se presentan a continuación:

Testimoniales y periciales

Los testigos al igual que en el caso de otros medios probatorios, deben ser ofrecidos en la demanda o contestación de ésta, indicando el objeto de su declaración. En el caso de la víctima sus representantes o familiares debidamente

acreditados, pueden hacerlo dentro de los treinta días siguientes al momento en que se les haya notificado la demanda.

El testigo podrá ser objetado por cualquiera de las partes antes de prestar declaración y la Corte podrá oír a título informativo a una persona que estaría impedida para declarar como testigo.

Para recibir la prueba testimonial que ofrezca cada una de las partes, el Presidente convocará a audiencias públicas, a realizarse, en la sede de la Corte. De manera excepcional, si las circunstancias así lo requieren, la prueba testimonial se podrá rendir fuera de la sede, en presencia de quien la Corte comisione para ese efecto.

Las pruebas testimoniales que se presentaron en el presente caso, son las siguientes, a cargo de:

- 1.- Teodoro Cabrera García, presunta víctima, testigo propuesto por los representantes, quien declaró sobre el proceso organizativo de la OCESP, hechos de las presuntas violaciones cometidas y presuntas afectaciones en su salud física y psicológica.
- 2.- Miguel Olivar López, testigo propuesto por los representantes, declaró sobre las presuntas afectaciones a la familia Cabrera López.
- 3.- Ubalda Cortés Salgado, quien declaró sobre el proceso organizativo de la OCESP y las circunstancias de la alegada detención ilegal y arbitraria de las presuntas víctimas.
- 4.- Mario Ernesto Patrón Sánchez, abogado de las presuntas víctimas, quien declaró sobre los supuestos vicios e irregularidades que se presentaron en el proceso penal interno.

5.-Celsa Valdovinos Ríos quien declaró los alegados ataques y actos de hostigamiento posteriores a la detención y encarcelamiento de los señores Cabrera y Montiel.

6.- Héctor Magallón Larson declaró sobre las adversidades que enfrentan en México los defensores comunitarios del medio ambiente.

7.- Ana C. Deutsch, experta en psicología clínica, perito propuesto por los representantes, a fin de evidenciar las afectaciones causadas por las supuestas violaciones de derechos humanos padecidas por las presuntas víctimas.

Pruebas rendidas en la audiencia pública

1.- Rodolfo Montiel Flores, presunta víctima, testigo propuesto por los representantes.

2.-Fernando Coronado Franco, perito presentado por los representantes quien declaró la forma como el marco legal Mexicano permite se otorgue valor probatorio a las declaraciones rendidas en ausencia de control judicial.

3.- Christian Tramsen, quien realizó un examen a las presuntas víctimas y declaro el estado de salud física y psicológica de los señores Cabrera y Montiel en julio de 2000.

Documentales

Las partes pueden aportar cualquier tipo de documentos, de carácter público o privado, como medio de prueba de los hechos que son objeto de la demanda, ya sea que consten en forma escrita, visual, sonora o de otro tipo.

La Corte puede pedir de oficio o a petición de parte la presentación de diversos documentos u otros medios probatorios, a la Comisión, a un Estado parte o a un tercero.

Diversos certificados médicos mencionados en el interrogatorio realizado por los representantes de las presuntas víctimas al perito Christian Tramsen, los cuales fueron transmitidos a las partes, son las pruebas documentales que se presentaron en este caso.

Pruebas supervenientes

Los representantes y la comisión remitieron como prueba superveniente tres documentos: Observaciones finales emitidas por el Comité de Derechos Humanos respecto al informe presentado por el Estado Mexicano, el informe emitido sobre la visita a México del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la resolución emitida por el IFAI mediante la cual se ordenó la publicación del mencionado subcomité.

Los representantes indicaron que la forma en que ocurrió la detención, el abuso mental y físico, así como la prolongación en la detención son violaciones a los derechos de las víctimas y por lo tanto el Estado debe aceptar dicho detrimento.

El Estado señaló al formular sus alegatos que las pruebas no debían ser aceptadas ya que se encontraron ofrecidas fuera de los plazos establecidos para la presentación, además de la falta de relación con la *Litis* del asunto.

Referente a los alegatos la Corte contestó que en ella no existía ningún tipo de restricción formal para la incorporación al expediente de hechos notorios o de público conocimiento, por

lo tanto dichas pruebas no deberían ser tomadas como pruebas supervenientes si no como información.

Disposiciones establecidas por la Corte para prevenir y sancionar la tortura

Los lineamientos del llamado debido proceso legal se encuentran consagrados en el artículo 8.1 de la Convención, es decir, se prevé el derecho de toda persona ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos como se muestra a continuación:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Señalando además que el artículo 25.1 de la Convención establece la obligación de los Estados a ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos humanos y fundamentales.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus

derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Proceso penal llevado a cabo en contra de los señores Cabrera y Montiel

- 4 de mayo de 1999 se toman las declaraciones ante el Ministerio Público de los señores Cabrera y Montiel en presencia de su abogado defensor.
- 6 de mayo de 1999 se lleva a cabo la segunda declaración de los señores Cabrera y Montiel ante el Ministerio Público estando presente una defensora de oficio del fuero federal.
- 12 de mayo de 1999 dicta el auto de formal prisión el Juez de Primera Instancia en contra de los señores Cabrera y Montiel, el cual fue impugnado al día siguiente por las víctimas.
- Se realiza una ampliación de declaración por parte de las víctimas el 13 de julio de 1999.
- El Primer Tribunal Unitario resolvió el recurso de apelación y confirmó de manera parcial el auto en contra del señor Montiel Flores y confirmó en su totalidad el auto de formal prisión al señor Cabrera García, el 29 de junio de 1999.

Principio de presunción de inocencia

En el artículo 8.2 de la Convención, la Corte Interamericana establece y exige que una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal, en caso de que exista una prueba incompleta o insuficiente, no

procede condenarla, sino absolverla; por lo tanto la falta de prueba plena de la responsabilidad penal en una sentencia condenatoria, constituye una violación al principio de presunción de inocencia, el cual es un elemento esencial que acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que emitan sentencia condenatoria la cual determine la culpabilidad de la persona.

La Comisión Interamericana se basó en la importancia del principio de presunción de inocencia y estableció alegatos en contra de esta garantía, manifestó que la forma en que se realizó la valoración e integración de la prueba muestra que el proceso penal estuvo destinado desde un principio a que se probara la culpabilidad de las víctimas, acordando que el conjunto probatorio se fragmentó provocando que solo se le diera valor a aquellas evidencias que aunque fueron producidas de manera irregular, servían para sostener su participación en un hecho ilícito.

De acuerdo a lo anterior el Estado indicó que los jueces se enfocaron a acreditar la existencia del tipo penal y consecuentemente su responsabilidad criminal, aun cuando la detención de los señores Cabrera y Montiel se realizó durante la comisión de un delito flagrante y los detenidos confesaron haber incurrido en determinados hechos ilícitos, destacando que en ningún momento se obstaculizó la defensa.

El 14 de agosto de 2002, el Tribunal Federal estimó que las probanzas presentadas por el Ministerio Público en la etapa de averiguación previa eran ineficaces.

Medidas de sanción, rehabilitación y garantías de no repetición

La Corte ha señalado, que el Estado debe añadir las medidas de carácter positivo que sean necesarias adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos que violen los derechos humanos de las personas como sucedió en el caso en cuestión.

Esta obligación es el resultado del compromiso asumido por lo Estados, fundamento legal que se encuentra establecido en el artículo 2 de la Convención, al señalar que todos los Estados se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para lograr hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención.

Medidas de satisfacción

La Corte ordenó al Estado Mexicano publicar por una sola vez en el Diario Oficial de la Federación, Semanario Judicial y su Gaceta la Sentencia de la Corte con la respectiva parte resolutive, así mismo el Estado deberá publicar el resumen oficial de la Sentencia en un diario de amplia circulación nacional y en el estado de Guerrero, publicar de manera integral la sentencia en el sitio web oficial del Estado federal y del estado de Guerrero y por último emitir el resumen oficial en una emisora radial que tenga cobertura en los municipios de Petatlán y Coyuca de Catalán.

Medidas de rehabilitación

El Estado mexicano debe proporcionar a los señores Cabrera y Montiel una suma monetaria, la cual será otorgada por una sola vez a cada una de las víctimas destinada a sufragar los gastos de tratamiento médico y psicológico especializado.

Garantías de no repetición

De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte señala que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley por lo tanto están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Cuando un Estado es parte de un Tratado Internacional como la Convención Americana, todos sus órganos así como sus jueces están sometidos a su aplicación. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia están obligados a ejercer ex officio “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana.

Otras medidas solicitadas por la Corte al Estado Mexicano

Las cuales consistieron en la realización de una campaña de sensibilización y concientización sobre la importancia de las actividades que realizan los defensores de los derechos humanos en el país, establecimiento de un centro educativo dedicado a la formación técnica en materia forestal y gestión comunitaria en recursos naturales en las inmediaciones de Petatlán y Coyuca de Catalán.

Indemnizaciones compensatorias

La indemnización constituye una forma de reparación cuando las consecuencias de la violación de los derechos humanos no se pueden reparar plenamente. Ésta se encuentra prevista expresamente en la Convención, y hasta ahora ha sido acordada por la Corte en todos los casos que ha habido una violación de los derechos humanos.

Por lo tanto cuando la Corte determina que no es posible la *restitutio in integrum*, resulta necesario establecer formas

sustitutivas de reparación como la indemnización pecuniaria en favor de los dependientes de las víctimas y familiares.

Una indemnización de esas características procederá cuando las consecuencias de la vulneración de los derechos consagrados en la Convención no puedan ser reparados en otra forma.

Para determinar los perjuicios materiales la Corte ha estimado necesario averiguar qué actividades laborales, familiares, comerciales, agrícolas, entre otras; han sufrido un detrimento debido a la vulneración de los derechos humanos y quiénes han sido los perjudicados y también la Corte se encarga de investigar quiénes han visto disminuir sus ingresos debido a la violación de los derechos humanos, por ejemplo en este caso la Corte señaló lo siguiente:

- **Daños materiales:** Referente a la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas. El Estado mexicano deberá pagar a cada una de las víctimas la cantidad de US\$ 5.500,00 o su equivalente en pesos mexicanos.

Hasta el año 2001 la Corte consideraba los ahora conocidos daños inmateriales como daño moral. En los casos de violaciones de los derechos humanos es sin lugar a dudas el daño moral el elemento de mayor significación. Por su naturaleza difícilmente se puede reparar y la mayor parte de las veces solo puede ser compensada mediante una indemnización pecuniaria.

En su jurisprudencia más reciente, la Corte se ha inclinado por omitir toda referencia al daño moral y sustituir esta expresión por el concepto de daño inmaterial, que se considera tiene un carácter más amplio y que de igual forma comprende la noción tradicional de daño moral.

Este cambio apunta a abandonar una noción propia del Derecho Civil como afirma FERNÁNDEZ LEDESMA, para sustituirla por otra que refleje de manera más apropiada el carácter de las reparaciones en el marco del Derecho de los Derechos Humanos, tomando en cuenta al individuo como un todo y apreciando el impacto que han tenido sobre éste las violaciones de sus derechos humanos.

En el caso Cabrera García y Montiel Flores, los daños inmateriales establecidos por la Corte fueron los siguientes:

- Daños inmateriales: Se entiende como los sufrimientos y las aflicciones causadas a la víctima directa o a sus allegados, menoscabo de valores y alteraciones. Por lo anterior el Estado Mexicano deberá pagar la cantidad de US\$20.000,00 a favor de cada una de las víctimas.

Costas y gastos

Por concepto de honorarios el Estado debe entregar la cantidad de US \$20,658.00 y US \$17,307.00 a favor de CEJIL y Centro PRODH respectivamente. El Tribunal determinó que el Estado también debe entregar a los centros mencionados anteriormente la cantidad de US \$17,708.00 y US \$10,042.00 respectivamente por concepto de gastos incurridos durante el proceso. El plazo para entregar dichas cantidades es de un año a partir de la notificación del presente fallo.

Puntos resolutivos de la sentencia

Después de establecer los hechos, la sentencia tiene que pronunciarse sobre la eventual responsabilidad del Estado en los hechos que fueron objeto de la denuncia y en caso de que la responsabilidad sea establecida, disponer que se garanticen los derechos del lesionado, así como resolver sobre las

reparaciones e indemnizaciones a que haya lugar, y decidir sobre un eventual pago de costas.

Las sentencias serán firmadas por todos los jueces que participaron en la votación y por el Secretario. Los votos razonados, disidentes o concurrentes serán suscritos por los jueces que los sustenten y por el Secretario.

Los originales de las sentencias se depositan en los archivos de la Corte. El Secretario expedirá copias certificadas a los Estados Partes, a las partes del caso, al Consejo Permanente, Secretario General de la OEA, y a toda persona interesada que lo solicite.

Los puntos resolutivos de la sentencia del Caso Cabrera García y Montiel Flores son los que se presentan a continuación:

1. Responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la libertad personal reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores.
2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, por los tratos crueles, inhumanos y degradantes infligidos a las víctimas.
3. El Estado ha incumplido la obligación de investigar los actos de tortura.
4. Violación de la garantía judicial por parte del Estado en perjuicio de los señores Cabrera García y Montiel Flores.
5. Violación a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, al haberse sometido el conocimiento de las alegadas torturas a la jurisdicción penal militar.

6. Incumplimiento por parte del Estado de la obligación que se encuentra prevista en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referente a la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen relación directa con la disciplina militar.
7. La no responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la defensa.
8. El Estado no es responsable por la violación del principio de presunción de inocencia.
9. El cumplimiento de la sentencia será supervisada por la Corte, de acuerdo al pleno ejercicio de sus deberes que se encuentran establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
10. Durante el plazo de un año el Estado debe pagar las cantidades fijadas en la sentencia.

VOTO RAZONADO DEL JUEZ *AD HOC* EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL *CASO CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO* DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010

Excepciones preliminares de cuarta instancia establecidas por México

“El Estado Mexicano estableció como excepción preliminar la incompetencia de la Corte, ya que se estimó que lo pretendido ante esa instancia consistía en revisar el proceso penal que fue seguido por todas las instancias jurisdiccionales competentes, además de que se afirma que fue ejercido el *control de*

convencionalidad, por lo que a su entender hace incompetente al Tribunal Interamericano al no poder revisar decidido y juzgado por los jueces que aplicaron parámetros convencionales.

Para poder determinar si las actuaciones de los jueces nacionales son compatibles con el Pacto de San José, se deberá analizar la actuación de los jueces para valorar a lo que se le puede denominar “debido proceso convencional”.

Doctrina del control difuso de convencionalidad y sus precisiones en el caso

El control de convencionalidad es el control que deben ejercer todos los Estados integrantes o que formen parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como todos sus órganos para aplicar las disposiciones de la Convención. Todos los jueces y órganos están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana. Deben tener en cuenta no solamente el tratado, también la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana la Convención Americana del tratado en cuestión.

El Juez nacional se convierte en juez interamericano al poner en práctica el “control difuso de convencionalidad” porque es el auténtico guardián de la Convención Americana, protocolos y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los jueces nacionales así como los órganos de impartición de justicia no sólo deben salvaguardar los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, también lo deben hacer con el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales.

Características del control difuso de convencionalidad

- El bloque de convencionalidad es el parámetro del control difuso de convencionalidad.
- Cuando sea necesario, los efectos del control de convencionalidad es retroactivo, para lograr plena efectividad al derecho a la libertad.
- Los Estados tendrán que ejecutar el control de convencionalidad de misma forma en que ejerzan su control interno.
- Fundamento jurídico del control de convencionalidad es el Pacto de San José y la Convención de Viena.

El control difuso de convencionalidad por los jueces Mexicanos

El control difuso de convencionalidad implica que los jueces y órganos mexicanos en todos los niveles vinculados a la administración de justicia, con independencia de su jerarquía, cuantía, grado o materia de especialización están obligados a realizar un ejercicio de compatibilidad entre normas y actos nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, protocolos y otros instrumentos internacionales.

En México se realizaron dos grandes reformas para que se logre dar armonización a las leyes internas como las normas que proporciona el Derecho Internacional, anteponiendo sentencias y jurisprudencias de varios jueces que han aplicado el principio *pro homine*.

El principio *pro homine* se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y establece que “la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, se debe aplicar la norma más amplia o la interpretación más extensiva cuando se trata de

derechos protegidos, y a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010)

Epílogo.

En el año 1812, en plenos vaivenes de la guerra civil española, Francisco de Goya pinta su famoso cuadro *El Coloso*. En él, tácitamente realiza un sobrio reclamo al Estado de su época. Un Estado que dice proteger a sus habitantes, pero que, sin embargo, poco a poco va consumiendo sus libertades individuales hasta autoconstruirse como un sustituto de la voluntad popular; no era nada extraño que posterior a esta guerra se construyera un régimen autoritario que durara la mayor parte del siglo XX.

El Estado Mexicano empieza a padecer los primeros vestigios de la aparición de ese “estado de las cosas”; el ejército tiene más de una década que ha dejado los cuarteles y empieza a sustituir la vida civil, solamente es a través de la jurisdicción internacional como eventualmente pueden darse golpes de timón o manotazos en la mesa para preservar las libertades individuales.

El caso Cabrera García y Montiel Flores es un ejemplo del gradual proceso de reconstrucción institucional que se lleva a través de la jurisprudencia interamericana, temas que parecían distantes como desapariciones forzadas o delitos de lesa humanidad poco a poco empiezan a aparecer en el firmamento político jurídico, es decir, nuestro Estado debe ser acotado para que no presente síntomas regresivos, síndromes autoritarios que en este siglo XXI sentíamos equivocadamente extintos.

