

LA POLÍTICA CRIMINAL EN MÉXICO: PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

José Alfredo Gómez Reyes

Editorial Universidad de Xalapa, en coordinación con su
Instituto Interdisciplinario de Investigaciones

Xalapa, Veracruz, México, 2017



DERECHOS RESERVADOS © 2017
POR JOSÉ ALFREDO GÓMEZ REYES

Primera Edición

El tiraje de esta obra, se realizó bajo el sello editorial de la Universidad de Xalapa A.C., a través de su Instituto Interdisciplinario de Investigaciones, en enero de 2017, constó de 1000 ejemplares, oficinas en Km. 2 Carretera Xalapa-Veracruz, C.P. 91190. Xalapa, Veracruz, México.

ISBN: 978-607-8156-56-6



9 786078 156566

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

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.

*OBRA CONMEMORATIVA DE LOS VEINTICINCO AÑOS
DE LA FUNDACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DE XALAPA.*



DEDICATORIA

“A mi familia que son mi razón de ser”

***POR SU AMISTAD, CONFIANZA, Y RESPALDO EN
CADA NUEVO RETO QUE EMPRENDO***

Al Dr. Carlos García Méndez
Rector de la Universidad de Xalapa

Al Dr. José Luis Zamora Salicrup
*Profesor e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Veracruzana*

Al Dr. Carlos Antonio Vásquez Azuara.
*Director del Instituto Interdisciplinario de Investigaciones de la
Universidad de Xalapa*

Al Dr. José Francisco Báez Corona.
*Investigador y profesor de la Universidad de Xalapa y la
Universidad Veracruzana*

CONTENIDO

Prólogo	11
Introducción	13
I. ¿Qué es una política criminal?	17
1. Política Criminal encaminada a la prevención....	21
II. La política de seguridad pública en México	25
1. Derecho penal del Enemigo	25
2. La lucha contra el narcotráfico y los daños colaterales	28
3. Políticas Públicas y Derechos Humanos	30
4. El arraigo como medida cautelar	34
5. El caso urgente en el nuevo sistema penal acusatorio	37
6. La “entrega vigilada” y la presunción de inocencia	51
7. Valoración de la prueba en el nuevo sistema penal	57
8. Obligaciones del Estado respecto de los Derechos Humanos	62
III. Alineación a las metas internacionales	67
1. Test de proporcionalidad a la política criminal mexicana	70
2. La necesidad de acciones y herramientas de seguridad ciudadana	82
3. El procedimiento abreviado y la imposible absolución del inculpado	91
4. El Neoconstitucionalismo Penal Mexicano con visión de Derechos Humanos	98
5. Las decisiones con consecuencias y costos	104
IV. Indicadores	113

V. Política pública de prevención de delito teniendo como eje rector la educación como derecho humano	117
1. La educación como derecho humano y factor de cambio	117
2. Los medios de comunicación en la prevención del delito	122
3. El sistema anticorrupción en México	124
4. Objetivos y Acciones	149
Conclusiones	155
Fuentes	159
Anexo. Percepción de los estudiantes respecto del arraigo (estadísticas)	169

PRÓLOGO

Me es sumamente satisfactorio estar en oportunidad de señalar el valor de la obra del joven jurista José Alfredo Gómez Reyes, la cual constituirá una guía importante para el estudio de los nuevos paradigmas de la Política Criminal, el sistema de Procesamiento Penal Acusatorio Adversarial y los Derechos Humanos.

Cabe destacar que es plausible la postura que adopta el autor respecto del pensamiento que impera en la prevención general positiva basada en la educación con un engranaje intrínseco y, por ende, inseparable, de la tecnología, las competencias y los saberes del sujeto de derecho.

“La Política Criminal en México: perspectiva de Derechos Humanos”, es una obra cuyo abordaje parte de las concepciones de Política Pública Criminal y Política de Seguridad Pública en México, con una admirable capacidad de abstracción de los elementos trascendentales que las constituyen, basadas en datos estadísticos y sobre todo, en la fundamental presencia de los Derechos Humanos en el vertiginoso quehacer de ambas políticas invocadas.

No es óbice señalar que, bajo el designio de la Política de Seguridad Pública en México, el letrado autor hace mención de figuras jurídicas como el arraigo, el caso urgente y la entrega vigilada, cuyo estudio lo lleva a concluir acertadamente que son presupuestos Iuspositivistas atentatorios de Derechos Humanos.

Es sumamente interesante la exposición que el autor efectúa en la “Alineación a las metas internacionales”, del “efecto corruptor” como transgresor de los Derechos Humanos del imputado dentro del proceso penal, así como de los efectos de la prueba ilícita, el principio de presunción de inocencia y la figura de la acusación como onus probando dentro del Neo constitucionalismo Penal Mexicano.

Finalmente, el autor rubrica el contexto de su majestuosa obra con los lineamientos que debe seguir la prevención del delito bajo el eje rector de la educación como un Derecho Humano y factor de cambio en el modelo de la Política Criminal imperante en nuestros días en concordancia con la creación de un órgano regulador que pugne por la aculturación de las personas a través de los medios de comunicación.

Sirvan estas líneas como un merecido reconocimiento a uno de mis alumnos más destacados en la Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, y ahora, un joven amigo con una brillante trayectoria en el campo de la Ciencia Jurídica.

ALBERTO CRUZ SILVA

***Xalapa de Enríquez, Veracruz
Septiembre 2016***

INTRODUCCIÓN

La investigación parte de lo referido por el Jurista Alemán Claus Roxin en su obra política criminal y sistema del derecho penal, referente a que las políticas públicas en materia de Seguridad Ciudadana, siempre deben partir sobre la base de la prevención del delito –como primer paso a seguir– y no a la represión o reinserción –como segundo y tercer paso respectivamente–, pues de lo contrario, se trasgrede la lógica de lo más favorable, proporcional, necesario, racional e idóneo, pues no se puede pugnar por reprimir el delito o reintegrar al delincuente, cuando no se le ha apostado a prevenir esas dos últimas posibilidades.

Nuestra postura no trata de esa corriente garantista del derecho penal que sostiene que la pena tiene un enfoque preventivo del delito (incrementar interminablemente las penas o delitos como efecto disuasorio), pues no creemos que cuanto más alta sea la pena protegerá mejor y más *eficazmente el bien jurídico de que se trate*, ni que ello prevenga la violencia, evite la venganza privada o las penas excesivas.¹ México es un caso especial, pues ni las cadenas perpetuas de más de cien años (cosas ilógicas) o la creación de tipos penales (que inclusive abarcan otras ramas como la civil) desmedidamente para cualquier incumplimiento de una obligación en sentido amplio, consideramos, sean la solución más proporcional, adecuada, necesaria o racional ante una realidad en *crisis de legalidad*,² más bien nos enfocamos en la política pública integral que abarca a los tres órdenes de gobierno, a los tres poderes y claro a todos nosotros que conformamos el Estado.

¹ Al respecto véase *Garantismo y Derecho penal* de Luis Prieto Sanchís, Centro de Estudios Carbonell, México 2015, p. 39.

² Luigi Ferrajoli, Derechos y garantías, *La ley del más débil*, Trotta, 2004, p. 15.

Sumado a lo anterior, concebimos la política pública de prevención del delito que tiene como base la educación, pero que no desconoce que aún no contamos con una economía inclusiva, pues somos partidarios que la educación está íntimamente relacionada con la tecnología y éstas con las habilidades, las competencias y el saber hacer de las personas en cualquier ámbito de desarrollo, como el punto de partida de un mejor país en su integralidad, pues *la educación y las habilidades de los trabajadores son lo que genera el conocimiento científico sobre el que se construye nuestro progreso.*³

Por otro lado, los sistemas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos no solo son una herramienta con la que cuenta el individuo para exigir el respeto y garantía de sus derechos, sino son obligaciones explícitas para que cada autoridad en el ámbito de sus competencias las cumpla bien y de la mejor manera. De ahí que partamos que, si dentro de nuestras sociedades cada uno cumpliera su rol, otra sociedad totalmente distinta sería en la que viviéramos. Lamentable y tristemente existimos enajenados, desinteresados y absortos de la problemática que aqueja nuestro entorno. No hemos entendido que *todo está relacionado con todo* y que en consecuencia nos afecta directa o indirectamente aquello que pasa a nuestro alrededor.

En la medida que cada uno haga lo que le corresponde, en esa medida podemos exigir nuestros derechos y a vivir en sociedad de una manera más digna. A las Instituciones, Servidores Públicos, Organizaciones de la Sociedad Civil, Organismos Autónomos y a todo individuo que vive en sociedad, pugnemos por reducir los índices de violencia, criminalidad y agresión, no con penas más altas, más cárceles o más policías, construyamos una cultura de la prevención del delito, demos escuela,

³ Cfr. Robinson James A. y Acemoglu, Daron, *por qué fracasan los países*, Crítica, México, 2015, p 99.

educación, formación y aculturación en respeto del prójimo, no como ideología religiosa, sino como una necesidad urgente y latente, antes de que sea demasiado tarde.

Políticas Pùblicas encaminadas a garantizar el verdadero y material acceso a la educación, la salud y el empleo y erradicar la corrupción, son la solución. En la medida que se garantice ese piso mínimo de derechos, somos partidarios de que se disminuirá la criminalidad.

Existen diversas plataformas por las cuales erradicar los problemas que nos aquejan. Sin embargo, considero que sin importar las estrategias que se quieran emplear, siempre tendrán como base a la educación, cuya raíz se alimenta de los valores enseñados en la familia y cuyo tronco se fortalece con la cultura y el conocimiento.

Es decir, se aborda una problemática que tiene que ver con la falta de cultura del respeto, promoción y garantía de los derechos humanos que vive la ciudadanía mexicana y, que atenta contra el Estado de Derecho; sobre todo con los derechos humanos de seguridad y certeza a que tiene derecho todo individuo, sumado al notorio incumplimiento de las obligaciones internacionales en dicha materia que está sujeta toda autoridad en el ámbito de sus competencias. Todo ello con la finalidad de proponer una adecuada Política Pública Criminal que pugne por la prevención del delito.⁴

⁴ Gómez Reyes José Alfredo, *Derechos Humanos y control de convencionalidad para las autoridades en México*, Códice, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, 2014, p. 130.

I. ¿QUÉ ES UNA POLÍTICA PÚBLICA CRIMINAL?

Frente a una determinada problemática social como la de Seguridad Ciudadana, el Estado puede optar entre diferentes políticas públicas, y debe ser la más adecuada entre las alternativas existentes para su solución. Si cumple tales parámetros se habla de que el Estado realiza política social en un sentido amplio, de lo contrario, nos encontramos frente a la *última ratio*⁵ o el derecho penal, siendo éste una política criminal en sentido estricto, la cual significa un poder de definición de un conflicto como delito que ejerce en exclusiva el Estado.

La finalidad de la pena es, ante todo, segregar a los delincuentes de la sociedad; los presupuestos de la responsabilidad penal, las características del hecho punible que definen las condiciones para la aplicación de una pena.

En el sentido de que no existe política pública sin expresión jurídica ya que tal concepto propio del campo de la ciencia política no es plenamente comprensible hasta que se entiende su aspecto jurídico. Las políticas públicas, pertenecen a un área de análisis de la ciencia política que si bien ha gozado de un desarrollo acelerado, a la vez sufre de una insuficiente estructuración conceptual.⁶

La política pública -en inglés: policy- es una **categoría analítica** -es decir, **es algo que no tiene un referente empírico**- que, en principio, es asignada a acciones estatales de dimensiones no precisadas claramente, para contrastarla con el **enfoque**

⁵ Término usado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Kimel vs Argentina en la que dicho tribunal internacional señala que el Derecho Penal es la última opción del Estado por ser la Más gravosa.

⁶ Raigosa Sotelo, Luis La política penal. Algunas notas acerca de las relaciones entre políticas públicas y derecho Perfiles Latinoamericanos, núm. 3, diciembre, 1994, pp. 77-78 Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Distrito Federal, México.

jurídico, fuertemente divergente y que deben ser distinguidas de las **acciones u omisiones**.⁷

Sólo así resulta comprensible el contenido del término política individual, por ello, es necesario distinguirlas de los actos que estos actores realizan.

Nos dice Raigosa Sotelo, que las políticas, son cursos de acción o inacción orientadas por fines específicos que requieren la autoridad gubernamental para conseguirse. Pero no son acciones individuales cumplidas por un único actor político.

Además, señala que es importante recalcar el énfasis que desde la ciencia política se pone en la consideración de **las políticas como cursos de acción y no precisamente acciones individuales**, para contrastarla con el enfoque jurídico. Para el jurista, en cambio, es indispensable conservar **la categoría de acción individual**, porque sólo a partir de ella pueden sustentarse **conceptos jurídicos que se encuentran en la base de toda la construcción del derecho**, tales como los de **relación o responsabilidad**, entre otros, los que, a su vez, harán posible las acciones jurídicamente significativas. Es decir, **es imposible hablar de relaciones reglamentadas** por el derecho si no se conserva **la categoría de acto que genera consecuencias definitivamente jurídicas, o sea, de acto jurídico**.

En el derecho, no se puede abandonar la atomización de actos estatales, porque es preciso conservar el principio de responsabilidad exigible a los sujetos del derecho, en el caso, a los órganos estatales, administrativos y legislativos. Así, las políticas públicas pueden entenderse, para el derecho, ya no como cursos de acción, sino como conjuntos de **actos individuales con significación jurídica**. Resalta la divergencia

⁷ idem

de los puntos de vista al recordar la advertencia de Heclo acerca de los límites asignables a las políticas públicas, y particularmente su contraste con elementos típicamente jurídicos. Heclo advierte que la policy "**debe ser considerada como algo con mayores dimensiones que las piezas tangibles de legislación y regulaciones que en algún momento son llevadas a cabo por los órganos administrativos**".⁸

Finalmente, concluye Sotelo, que la exigencia de un conocimiento interdisciplinario, sí requiere de **la incorporación de elementos jurídicos, específicamente del concepto de acto jurídico, legislativo y administrativo.** En el mismo plano teórico, suele considerarse también la Importante distinción entre los conceptos creación y **ejecución de políticas públicas penales.**⁹

Este Poder de definición, nos dicen Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, no sólo se refiere a la calificación de un conflicto como delito, sino que se extiende también a la definición del delincuente, por ello, debemos distinguir dos momentos en este proceso de definición, el momento de creación de la norma o *criminalización primaria*, o de definición del delito, y el momento de aplicación de la norma o de *criminalización secundaria*, o del inculpado, cuyos aplicadores estatales son totalmente diferentes uno del otro (legislativo y judicial).

En ese sentido, el Derecho Penal Subjetivo, en consecuencia, nos siguen diciendo Bustos y Malarée, no sólo es la facultad que

⁸ H. Heclo, A. Wildavsky, *The private government of public Money*, Macmillan, London, 1975.

⁹ Idem p 78-80.

tiene el Estado de definir delitos (*ius puniendi*) sino también la de perseguir al infractor, pero sobre todo de **prevenirlo** y optar por la política **pública más favorable**, es decir la referida **política social**, que incluye por ejemplo la **educacional**.

Al ser únicamente el Estado el depositario de tal facultad (monopolio de la función punitiva), también constituye un deber, por cuanto es garantía indispensable del Estado de Derecho, determinar las instituciones punibles y su amenaza de pena con anterioridad a toda intervención represiva (principio de legalidad o derecho de certeza y seguridad jurídica). El Estado como sujeto de la potestad penal está facultado para imponer la pena que restablece el orden jurídico, fundado en la necesidad de la sociedad misma de reprimir los actos que revelan mayor desvalor jurídico-social.

Sin embargo, esta facultad no es ilimitada, ya que el Estado en ejercicio de tal función debe autolimitarse. El Derecho Penal Objetivo, constituye el límite exacto de la capacidad de reprimir. Este conjunto normativo debe informarse y enmarcarse en pautas funcionales de todo el sistema jurídico. En México, estos pilares los encontramos en la Constitución; especialmente en los artículos 18 y 19 (principios de legalidad y reserva).

La Constitución por su parte, consagra un sistema jurídico político de corte liberal, con el cual el Derecho Penal debe representar un sistema de garantías para el individuo frente a la potestad estatal de fijar las conductas punibles y asociar tales conductas con una pena o medida de seguridad.

En sí, la política criminal *significa siempre poder para definir los procesos criminales dentro de la sociedad y por ello mismo, el poder*

para dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal.¹⁰

1. Política criminal encaminada a la prevención

Claus Roxín¹¹ en su obra política criminal y sistema del derecho penal, señala que los problemas de la criminalidad, desde una perspectiva integral, bajo criterios uniformes, sistémicos y racionales, sin duda, debe preponderar la protección de los **derechos humanos** frente al Estado, pues no debemos perder de vista que no sólo es represión (o persecución) sino también **prevención del delito** que incluya (como buena política criminal): respeto de la seguridad, justicia, equidad, bien común, innovación institucional, renovación cultural, así como principios limitadores como el de humanidad y proporcionalidad.

Por ello, la política criminal, debe ir enfocada bajo una mirada amplia e integral de la sociedad, de ahí la necesidad de **mostrar la necesidad de impulsar una política pública criminal desde un enfoque social, que apueste a la prevención del delito como primera opción.**

Como hemos dicho, la obligación de cada autoridad en el ámbito de sus competencias, de proteger, respetar, promover y garantizar los derechos humanos de las personas.

¹⁰ Bustos Ramírez, Juan, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 8, número 12, diciembre de 1996.

¹¹ Cfr. Roxin, Claus, política criminal y sistema del derecho penal, Francisco Muñoz Conde (traductor), 2da Edición, Colección Claves del derecho penal, Vol. 2, argentina, 2000, p 110.

De ahí que apostamos a la educación, como el único medio en que aquéllas mentes que se forjan hoy en día vean más allá de una forma fácil de ganarse la vida, que dejen de ser los semilleros de la delincuencia organizada, como un enfoque distinto de ver la realidad inmersa en corrupción, en mediocridad, en desinterés, individualidad que nos tiene absortos y ajenos.

En ese sentido, a nivel internacional organismos como el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas (ONU) al adoptar dos conjuntos de directrices para la prevención del delito en 1995 y 2002: las Directrices para la cooperación y la asistencia técnica en la esfera de la prevención de la delincuencia urbana¹² y las Directrices para la prevención del delito¹³, ha subrayado el hecho de que las estrategias de **prevención del delito** deben marchar al compás de la reforma de la justicia penal; asimismo, en su resolución 2005/22, pidió que concediera la debida atención a dicho tema con vistas a lograr un enfoque equilibrado entre esa prevención y las medidas adoptadas en la esfera de la justicia penal.

En 2002, por ejemplo, la Asamblea General de la ONU, en su resolución 56/261 invitó a los Estados Miembros, entre otras cosas, a promover una estrecha cooperación entre sectores como los de justicia, salud, **educación** y vivienda, a fin de apoyar la prevención del delito y colaborar con la sociedad civil eficazmente.

Al decir educación como política criminal de prevención de delito, debe entenderse desde dos enfoques, el primero que intenta evitar que los jóvenes pasen a formar parte de las personas que se ubican en la categoría de delincuente, o en el

¹² Resolución del Consejo Económico y Social 1995/9

¹³ Resolución del Consejo Económico y Social 2002/13

extremo de la asociación delictuosa, y segundo, como aculturación de promoción, defensa, respeto y garantía de los derechos humanos de todos los que conformamos la sociedad.

Con base en lo anterior, se propone una política pública que involucra la educación como herramienta de soporte en la prevención del delito, que traería como efecto la disminución de los altos índices de actos delictivos.

II. LA POLÍTICA DE SEGURIDAD PÚBLICA EN MÉXICO

1. Derecho Penal del Enemigo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ Cfr. Idem.

2. La lucha contra el narcotráfico y los daños colaterales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Políticas Públicas y Derechos Humanos

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

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

²⁴La guerra contra el narcotráfico en México. debilidad del estado, orden local y fracaso de una estrategia César Morales Oyarvide Universidad Complutense Madrid, nº 50, Julio, Agosto y Septiembre 2011, apostilla revista de ciencias sociales ISSN 1696-7348.

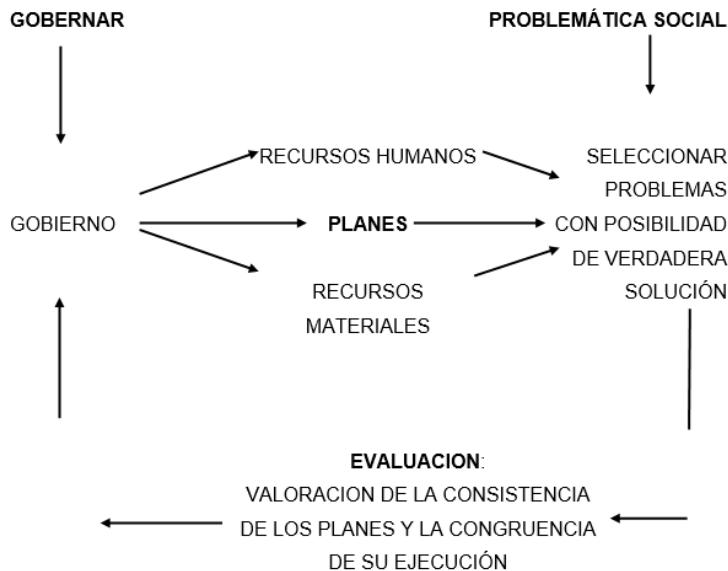
²⁵ Salazar Vargas, Carlos, *la definición de política pública*, Dossier, p. 1-10.

²⁶ Idem

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

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

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



²⁷ Idem

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

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

EVALUACIÓN:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³² Diario Oficial de la Federación

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

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

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

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

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

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

4. El arraigo como medida cautelar

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

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

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

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

Artículo 16 constitucional.

*La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de **delitos de delincuencia organizada**, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.*

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

De tal precepto constitucional se destacan los siguientes elementos:

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

- acrediten que las causas subsisten (por ejemplo: temor de evasión a la justicia) y,
- e. La medida deberá justificarse en que es para el éxito de la investigación.

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

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

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

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

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

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

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

5. El caso urgente en el nuevo sistema penal acusatorio

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

Los oficiales de la Policía que ejecuten una orden de detención por caso urgente, deberán hacer el registro de la detención y presentar inmediatamente al imputado ante el Ministerio Público que haya emitido dicha orden, quien procurará que el imputado sea presentado sin demora ante el Juez de control. El Juez de control determinará la legalidad del mandato del Ministerio Público y su cumplimiento al realizar el control de la detención. La violación de esta disposición será sancionada conforme a las disposiciones aplicables y la persona detenida será puesta en inmediata libertad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 51. Utilización de medios electrónicos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma.⁴⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

excedan el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención.

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

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

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

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

⁵⁰Normalmente son los familiares de las víctimas directas.

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

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

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

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

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

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

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

6. La entrega vigilada y la presunción de inocencia

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

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

(...)

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

(...)

¿Qué es la entrega vigilada?

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

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

El tratado de Shengen⁵³ en su artículo 73, dice:

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

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

Artículo 1 DEFINICIONES

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

(...)

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

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

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

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

(...)

Artículo 11 ENTREGA VIGILADA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Valoración de la prueba en el nuevo sistema penal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. Obligaciones del Estado respecto de los Derechos Humanos

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

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

En ese sentido la Corte IDH ha establecido:

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

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

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

En esa tesitura, el deber de garantizar implica:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶² Ídem.

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

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

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

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

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

III. ALINEACIÓN A LAS METAS INTERNACIONALES

El Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, tras su visita a México en 2009, señaló que el uso del arraigo dejaba a los detenidos en una situación de mayor vulnerabilidad sin un estatus jurídico definido para ejercer su derecho a la defensa. Además, señalaron que la poca vigilancia sobre la práctica del arraigo amplía las posibilidades de incidencia en casos de tortura, atestiguando que cerca del 50% de las personas que entrevistaron durante su visita al Centro de Arraigos Federales⁶⁵ en la Ciudad de México, presentaban señales de tortura y malos tratos. Por tal motivo, recomendó la adopción de medidas legislativas y administrativas para prevenir casos de tortura u otros tratos degradantes bajo dicha medida cautelar.

La jurisprudencia de la Corte IDH en cuanto a la arbitrariedad de las detenciones, ha establecido en el caso Gangaram Panday, que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y medios que -aún calificados de legales- pueden reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.⁶⁶ A su vez, ha mencionado en reiteradas ocasiones que no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos de i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sean compatibles con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el

⁶⁵ Informe ante el Comité Contra la Tortura con motivo de la revisión de los 5º y 6º informes periódicos de México, p238.

⁶⁶Gangaram Panday Párr. 47.

sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho del intervenido, por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a ese deba ser excepcional; y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho no resulte exagerado o desmedido.⁶⁷

En el mismo sentido, se ha sostenido que la privación de la libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa⁶⁸. Asimismo, el Estado debe asegurar que la manera y el método de ejecución de la medida no someta al detenido a angustias o dificultades que excedan el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención.

En el caso Juan Humberto Sánchez, la Corte IDH calificó las detenciones arbitrarias dado que se enmarcan en un cuadro de abuso de poder, que tiene como objetivo interrogar y torturar; situación que se enmarca dentro del patrón de violaciones de derechos humanos cometidas por parte de agentes del Estado.⁶⁹ Se determinó que la privación de la libertad se había producido dentro de un *modus operandi* en que las víctimas eran arbitrariamente privadas de su libertad y objeto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (al igual que en el caso del arraigo mexicano).

⁶⁷ Corte IDH, Instituto de Reeducación del Menor, párr. 228

⁶⁸Cfr. Caso López Álvarez. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 105; Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, párr. 154, y Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 116

⁶⁹ Corte IDH, Juan Humberto Sánchez, párr..80

Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma; debe limitarse de manera rigurosa,⁷⁰ puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en un Estado de Derecho.⁷¹

Así lo ha sostenido la propia Corte IDH, al establecer que “Salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o el *debido proceso*⁷² los derechos humanos no son absolutos.”⁷³

De la misma forma, se sostiene que la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que debe estar limitada por el derecho internacional que exige el

⁷⁰ *Cfr.* Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párr. 57.

⁷¹ *Cfr. Caso “Cinco Pensionistas”, supra nota 55, párr. 116; y artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).*

⁷² Sala de Casación Civil en Venezuela, en la sentencia no. 39 de fecha 26/04/1995 (caso A.C expresos Nas vs Otros, donde estableció que el debido proceso es un derecho fundamental cuyo ejercicio debe garantizar el juez porque ello redunda en la seguridad jurídica que es el soporte de nuestro Estado de Derecho; más cuando la causa sometida a su conocimiento se dirige a obtener el reconocimiento y posterior protección de los derechos con rango constitucional, (...) Este derecho, ha agregado la Sala, es principio absoluto de nuestro sistema en cualquier procedimiento o proceso y en cualquier estado y grado de la causa.

⁷³ **Corte IDH, Caso Castañeda Gutman VS México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.**

cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la CADH.

En ese sentido, al ser considerado el arraigo como un tipo de tortura, en México de forma abierta atenta contra un derecho absoluto como lo es no ser sometido a dichos tratos.

1. Test de proporcionalidad a la política criminal mexicana

A.- Estricta formulación de la norma que consagra la limitación o restricción (legalidad de la medida restrictiva)

Este paso consiste en examinar si las medidas (arraigo, caso urgente y entrega vigilada) cumplen con el requisito de la legalidad. La Corte IDH ha señalado que *es la ley la que debe establecer las restricciones a cualquier Derecho fundamental.*⁷⁴ En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material.

Ahora bien, si la restricción o limitación deviene en una afectación a derechos humanos, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de estar previsto en una ley, para así, satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. En decir, el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano.

En relación con el requisito de legalidad de las restricciones a los derechos de libertad personal, el Comité de Derechos Humanos señaló que las condiciones en que pueden limitarse esos derechos deben estar determinadas por ley,

⁷⁴Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas*, de 13 de noviembre de 1985.

por lo que las restricciones no previstas en la ley o que no se ajusten a los requisitos establecidos en el artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, serían violatorias de los referidos derechos.

Asimismo, el Comité indicó que al aprobar leyes que prevean las restricciones permitidas, los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho; así como, también, debe utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación⁷⁵.

Como se ve, la Corte IDH, ha destacado la importancia de la vigencia del principio de legalidad en el establecimiento de una restricción al derecho de libertad personal en un Estado de Derecho.

Es necesario que el Estado defina de manera precisa y clara, mediante una ley los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida como la restricción de la libertad personal. En este paso del test de proporcionalidad, nuestras hipótesis analizadas si cumplen este aspecto pues el arraigo y el caso urgente tienen -como lo hemos visto- fundamento constitucional, y por cuando hace a la entrega vigilada se encuentra prevista en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

B.- Necesidad de la medida utilizada⁷⁶

⁷⁵O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comentario general no. 27, *supra* nota 135, párrs. 12 y 13.

⁷⁶ **Tribunal Constitucional Español, Sentencia de amparo número 431/2007, de 7 de abril de 2010.**

El segundo elemento del test de proporcionalidad se refiere a la necesidad de la medida utilizada, es decir, que la postura adoptada en la que se desaplique una norma, debe dar solución a la problemática planteada, siempre dentro de un estado de derecho, y en el que, no existe otro medio o medida más moderada al momento de realizar tal propósito con igual grado de eficacia.

Es decir, después de haber analizado la legalidad de la restricción, la Corte IDH -como ya dijimos en líneas *supra*- considera indispensable, destacar que las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

La jurisprudencia internacional coincide en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado, que como ya hemos dejado claro, en tanto en el arraigo, el caso urgente y la entrega vigilada no se da, pues la sola presunción conlleva a imponer la medida, y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometiera un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad.

Asimismo, dichas medidas cautelares no pueden constituirse en un sustituto de la pena privativa de libertad ni cumplir los fines de la misma, lo cual puede suceder si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir con las funciones arriba mencionadas.

De lo contrario, la aplicación de una medida cautelar que afecte la libertad personal y el derecho de circulación del procesado sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos⁷⁷, de ahí que se sostenga que dichas medidas no son necesarias en un Estado de Derecho, pues lo que se requiere es verdaderos policías científicos que investiguen, Fiscales que integren carpetas de investigación serias para posteriormente solicitar una orden de aprehensión con el sustento suficiente para iniciar un procedimiento judicial, pero sobre todo se debe erradicar esa práctica de detener para investigar.

C.- Idoneidad y finalidad de la restricción⁷⁸

En este paso del análisis, lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con los sistemas de protección de derechos humanos.

Con lo cual, vemos que las medidas no cumplen, pues es desarrollada en una política criminal mal enfocada, en la que sólo se demuestra la falta de probidad, eficiencia y profesionalismo en la creación de mecanismos que aseguren no sólo la seguridad pública, sino que dichas medidas sean respetuosas de los derechos humanos.

⁷⁷ Cfr. Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

⁷⁸ Martínez Alarcón, María Luz, *La aplicación del derecho constitucional*, disponible en:

http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_ML_Martinez.pdf (citado el 13 de febrero de 2011)

Es decir, las medidas analizadas no son idóneas por no ser respetuosas de los derechos humanos consagrados en la CADH (libertad personal), pues su finalidad (detener para investigar) no busca proteger algún otro derecho, mejorar su protección o aumentar su estándar de garantía, y si lo es así no queda debidamente demostrado, y en su caso, éste sería desproporcionado, tal y como se demuestra a continuación.

D.- Estricta proporcionalidad de la medida

En este último paso del análisis, se considera si las restricciones a derechos humanos con la implementación de tales medidas, resultan estrictamente proporcionales⁷⁹, de tal forma que el sacrificio inherente a aquellas, no resulten exageradas o desmedidas frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación.

En cuanto al requisito de proporcionalidad en un Estado de Derecho, el Comité de Derechos Humanos manifestó en su Observación general No. 27 que:

[...] Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.

[...] El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento

⁷⁹Idem, p. 56

relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas⁸⁰.

Al respecto, la Corte IDH, consideró que la restricción al derecho a la libertad personal que se imponga a una persona fuera de todo proceso penal, sin pruebas fehacientes, con meras presunciones de responsabilidad penal, por lapsos de hasta 80 días (violación además del plazo razonable en la impartición de justicia) no puede ser considerada proporcional, pues el bien jurídico tutelado como lo es la libertad personal, presunción de inocencia y debido proceso (que incluye el recurso efectivo, pues recordemos que el amparo no procede contra cuestiones constitucionales) no puede ser menoscabado por un sistema punitivo, que so pretexto de la seguridad nacional, los lesioná, cuando solo se tiene para ello, e insistimos, meras presunciones de responsabilidad penal, por lo que lo proporcional sería que sus políticas criminales mejoren, y no que se vulneren los Derechos Humanos en una sociedad que aspira a un Estado de Derecho, de ahí que tales medidas no guarden proporción con el fin legítimo perseguido (seguridad pública).

En un sistema globalizado en los aspectos económicos, sociales, culturales y jurídicos, surge la necesidad de adecuar las estructuras y aparatos de gobierno de tal forma que se esté acorde con la realidad mundial.

En palabras de Ferenc Kondorosi, la globalización representa para el pensamiento jurídico, antes que nada, que los fenómenos económico-sociales alcanzan dimensiones mundiales. En un mundo en proceso de globalización crece la necesidad de apoyarse entre sí de los Estados, los pueblos y las personas.

⁸⁰ O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comentario general no. 27, *supra* nota 135, párrs. 14 y 15.

Debido a la globalización, las relaciones entre los Estados se vuelven más intensivas y en consecuencia el Derecho Internacional también se desarrolla de manera considerable. Una consecuencia de la globalización sobre el Derecho Internacional es la “soberanía transformada”: cada vez está pasando más a primer plano la capacidad de validación de intereses a nivel internacional como una medida del grado de soberanía.⁸¹ Esta capacidad se puede aumentar con la restricción voluntaria de la soberanía tradicional y con la adhesión a órganos internacionales.

Puede evaluarse como consecuencia de la globalización el hecho de que los Derechos Humanos se hayan convertido en internacionales; esto es, que se haya conformado su reglamentación internacional y luego ésta haya alcanzado un desarrollo dinámico. Hasta ese momento, los derechos básicos sólo estaban garantizados en las constituciones nacionales; ha sido la reglamentación internacional de los derechos humanos la que los ha elevado a nivel de las obligaciones internacionales. Durante ese proceso de desarrollo se han ido ampliando además de los derechos el círculo de los reconocidos como derechohabientes. Hoy entendemos bajo el concepto de derechos humanos todos los derechos que le corresponden a todas las personas humanas, entre los que se cuentan tanto los derechos políticos de libertad que exigen la no interferencia por parte del Estado, como los derechos que requieren una actividad por su parte.

En ese fenómeno de globalización han surgido en México, dos reformas constitucionales que han puesto a nuestro país, al menos en un plano formal, a la vanguardia; y así tenemos la reforma constitucional en materia penal en el año 2008, donde se implementa un sistema penal acusatorio, el cual se regirá bajo los principios de contradicción, publicidad, inmediación y

⁸¹Kondorosi, Ferenc, Los derechos del hombre en un mundo globalizado, Universidad de Veszprém, Hungría, 2002.

oralidad, y por el otro lado tenemos la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, donde se sientan las bases primordiales en el respeto, promoción, difusión y garantía de derechos humanos.

Asimismo en la primera de las reformas, encontramos no solo un avance, sino un retroceso y contradicción en ambos sistemas jurídicos, pues por un lado se habla de un sistema garantista y protector de los derechos humanos, y por el otro, un segundo sistema penal punitivo, arbitrario y alejado de la protección máxima de derechos humanos para los individuos, pues so pretexto de la comisión de delitos graves o bajo la delincuencia organizada, puede someter a privación de la libertad personal a una persona, es decir, que bajo una medida cautelar llamada arraigo se pueden violentar los derechos humanos de las personas, tales como la libertad personal, presunción de inocencia y el debido proceso.

Totalmente en contraste con lo anterior, la segunda de las reformas mencionadas, implementa no sólo un sistema de protección de derechos humanos, sino que crea uno que exige a las autoridades en el ámbito de sus competencias, primero a dar la protección más favorable, incluso trayéndola de tratados o jurisprudencia internacional a la cual México se ha obligado.

En ese análisis comparativo entre ambas reformas, encontramos de manera lamentable, como la primera de ellas implementa medidas cautelares como el arraigo, que es totalmente incompatible con la máxima protección de la persona humana que consagra la segunda en su artículo primero constitucional al establecer el principio pro persona.

La sociedad mexicana se enfrenta ante una ola de inconformidades por parte de la población en toda relación estado- sociedad, principalmente en la manera de cómo el Estado ejerce el uso de la fuerza y autoridad sobre sus gobernados; atropellando y violando cabalmente derechos como

la dignidad, libertad e integridad física, sin la legitimidad para llevar a cabo un Estado de Derecho. Aunado a esto, la sociedad se encuentra aterrorizada en su conjunto, desconfía de los órganos ejecutores de justicia a razón de la impunidad, la corrupción, los retrasos procesales y tratos inhumanos, que de manera sistemática ha llevado a la sociedad a desconfiar del Estado para la garantía de su persona.

De tal manera, que, en virtud del artículo primero constitucional, el Estado debe garantizar al gobernado el respeto máximo de su persona para garantizar la imperturbabilidad de su dignidad y, en cada caso, dar lo más favorable a la persona en toda su esfera de convivencia y de relación con el Estado.

Esta privación deslegitimada de la libertad (arraigo, caso urgente o entrega vigilada), se debe, a la supuesta necesidad de tener éxito en la investigación, la seguridad de ciertas personas o bienes jurídicos, o cuando existe el riesgo fundado de que evada la acción de la justicia.

El arraigo surge en México bajo el contexto de la llamada “guerra contra la delincuencia organizada”, como medida cautelar y de reserva para obtener información, y de la misma manera, erradicar dicha problemática social. Sin embargo, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), nos menciona en su artículo 27 que cuando se dé la suspensión de garantías en el tenor de la seguridad del Estado, la disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); y 17 (Protección a la Familia). Por lo tanto, no puede subsistir el arraigo como medida cautelar o política implementada para reducir el índice de delincuencia organizada, ya que vulnera a la dignidad de la persona en más de una esfera,

y puede prestarse a más violaciones a derechos humanos, a saber:

Golpes y otras formas de traumatismo contuso, torturas de posición consistentes todas ellas en atar o sujetar a la víctima en posiciones incómodas, hiperextendidas o de cualquier otra manera antinatural; lo que causa grandes dolores y puede producir lesiones en los ligamentos, tendones, nervios y vasos sanguíneos. Tortura por choques eléctricos, tortura dental, asfixia y tortura sexual (incluida la violación).

Por lo que la persona se ve afectada desde el momento en que es detenida, y durante el tiempo que dure su detención, se encuentra en un estado psicológico y emocional totalmente alterado, inseguro y distorsionado por lo que ocurre a su alrededor.

Además, el impacto que el arraigo tiene sobre el derecho a la presunción de inocencia es significativo, ya que aun cuando no se haya construido una causa para demostrar la culpa de una persona arraigada, conforme a los principios que animan un sistema de justicia acusatorio, se le ha impuesto de antemano una pena prejudicial. Es como si la persona, siendo inocente o no, estuviera condenada desde el momento en que se abre una carpeta de investigación.

Así, la privación de la libertad supera la culpabilidad de una persona, por lo que no hay equilibrio entre la detención y el supuesto acto ilegal. Hoy por hoy, una persona que sirve de testigo en determinado caso puede ser arraigado bajo diversos argumentos, principalmente el de su protección frente a eventuales “venganzas privadas” o el de evitar que evada participar en el procedimiento. El testimonio es forzoso y la presunción de inocencia se torna así irrelevante.

Por otro lado, aquellas personas de quienes se presume están implicadas en el crimen organizado, no gozan de los derechos y

garantías fundamentales que provee un sistema normal de justicia penal acusatorio. Sin embargo, independientemente de la sospecha, la acusación o la comisión de un delito vinculado al crimen organizado, en la práctica se absuelve al Estado de su obligación de respetar y proteger los derechos humanos de toda persona.

A su vez, se vulnera el artículo 5 (derecho a la Integridad Personal) de la CADH, ya que acorde a éste, toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Por lo que el arraigo vulnera ese derecho al someterlo y privarlo de la convivencia familiar o laboral de la cual pierde ingresos, mismos de los que sus familias dependen para subsistir. Dicho artículo, de la misma forma defiende el derecho a no ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de su libertad deberá ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Por otro lado, como se ha expuesto anteriormente, el derecho a la libertad personal, expresado dentro del artículo 7 de la CADH, sostiene que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios; el arraigo, por su parte, muestra todas las características de un encarcelamiento arbitrario, ya que no hay sentencia alguna dictada, sino que se busca adquirir información partiendo de la mera sospecha de la comisión de un delito. Considerando que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella, se robustece la repulsión a dicha medida cautelar ya que, al momento de la detención, no hay aún cargos formulados contra la persona detenida.

Por lo que se refiere al principio de inmediatez del sistema penal acusatorio, donde se expone que toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones

judiciales, y que el detenido tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o en su defecto, ser puesto en libertad; sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. En el caso del arraigo, dicha garantía no existe, ya que es sometido de manera arbitraria e inhumana a declarar hechos que pueden o no ser verídicos. Por tal motivo, es que toda persona privada de su libertad debe tener la posibilidad de recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales; donde el inculpado es aislado sin comunicación alguna y sin derecho a tener un abogado que le asesore.

En ese sentido, el arraigo aún cuando surge en una política criminal que se antoja acorde con un sistema globalizado, un sistema cada vez más hostil, con nuevas conductas y más graves comisiones de delitos, no menos cierto es que sólo se demuestra cómo es ocupado el derecho penal como una herramienta punitiva violatoria de Derechos Humanos, donde jamás puede ser vista como la última ratio, sino más bien como la única herramienta o el único medio, cuando la delincuencia ha superado al propio Estado.

La política criminal adecuada, no agrava las penas o aumenta el catálogo de delitos, ni menos ocupa medidas cautelares que no cumplen los estándares de protección de derechos humanos, y que por consiguiente no son proporcionales, idóneos ni necesarios, sino más bien, se enfoca a crear mecanismos de prevención del delito, en el que mediante normas respetuosas de derechos humanos concilia a la sociedad con el individuo inculpado y la víctima.

En efecto, medidas cautelares como el arraigo distan mucho del anhelo del principio pro persona, reconocido en el artículo primero constitucional, pues somete a una persona a la privación de su libertad con base en meras presunciones de

responsabilidad penal, en la que se ve menoscabada su presunción de inocencia y por consiguiente el debido proceso.

Por ello, una vez que el arraigo demuestra su incompatibilidad con el sistema internacional de protección a los Derechos Humanos, dicha medida cautelar no puede subsistir, por el contrario, debe ser expulsada del sistema jurídico mexicano.

Lo anterior, acorde con la reforma constitucional en materia de derechos humanos del pasado 10 de junio de 2011, donde el principio pro persona se encuentra ahí reconocido, así como dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el cual se demostró que dicha medida cautelar, es violatoria de Derechos Humanos.

2. La necesidad de acciones y herramientas de seguridad ciudadana

Nuestra visión protectora de Derechos Humanos, no desconoce la gran inseguridad que viven hoy día nuestras sociedades y que claro tiene que ver con ese derecho que tienen a vivir en paz y bienestar, en sí de forma segura.

Sé qué se estarán preguntando y qué pasa con los derechos de las víctimas, quién los protege, pues parecería que los sistemas velan por los intereses de los inculpados y/o los probables responsables.

Según el *Institute for Economics & Peace*, el índice de criminalidad de 2016 señaló:

- Desde 2011 hubo una disminución de cerca de 30% en las tasas de delitos con violencia, homicidio y crímenes de la delincuencia organizada. Hoy en día, México es 13.5% más pacífico que en 2011, el punto álgido de la guerra contra las drogas.

- 25 de los 32 estados son más pacíficos hoy que en 2011, lo cual indica que alrededor de 85% de los mexicanos viven en estados más pacíficos.
- En el último año, la tasa de delitos con violencia y la de crímenes de la delincuencia organizada disminuyeron 8 y 10% respectivamente.
- En 2015, por primera vez en cuatro años, la tasa de homicidio en México se incrementó 6.3%, llegando a casi 14 homicidios por cada 100,000 habitantes.
- Las calificaciones de delitos con violencia, crímenes de la delincuencia organizada y homicidio, disminuyeron cerca de 20% desde 2011.
- En 2015, el impacto económico de la violencia fue de 2.12 billones de pesos, equivalente al 13% del PIB.
- Los cinco estados con mayores avances en sus niveles de paz en los últimos cinco años son Nayarit, Durango, Nuevo León, Chihuahua y Baja California. En 2011, estas entidades se encontraban entre los siete estados menos pacíficos.
- Por el otro lado, los estados menos pacíficos son Guerrero, Sinaloa, Morelos, Baja California y Baja California Sur. La Ciudad de México se encuentra a la mitad de la tabla, en el puesto 17.
- 84.7% de los mexicanos viven en un estado donde el nivel de paz mejoró entre 2011 y 2015. El Distrito Federal o Ciudad de México mejoró 21.6% durante el mismo periodo.
- El estado más pacífico es Hidalgo, seguido por Yucatán, Veracruz, Tlaxcala y San Luis Potosí.

- El caso de Veracruz en particular se explica porque en 2015 registró una mejora importante en el indicador crímenes de la delincuencia organizada, al disminuir 43% en comparación con 2014. Los delitos con violencia también mejoraron ligeramente en 2015. Veracruz es un estado en el que existen las mayores discrepancias entre las cifras oficiales y lo que la población percibe. Por ejemplo, en 2014, Veracruz tenía la mayor discrepancia entre el número de víctimas de homicidio registradas por las autoridades y el número obtenido con los certificados de defunción. Además, el estado se ubica en el lugar 15 en bajos niveles de corrupción y 29 en el Índice de Paz Positiva México. Aunque la **Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE)** muestra una reducción de 15% en los niveles de victimización de 2013 a 2014, en 2015 80% de los habitantes manifestaron sentirse inseguros en su estado.
- Aproximadamente 90% de las extorsiones y 83% de las violaciones en México no se denunciaron ante las autoridades.⁸²

De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía en una encuesta realizada sobre victimización y percepción sobre seguridad pública (ENVIPE⁸³ 2015) estima que 22.8 millones de víctimas de 18 años y más, asimismo, que:

- La tasa de prevalencia delictiva por cada cien mil habitantes en 2014 fue de 28,200, manteniéndose en niveles similares a 2013 que registró una tasa de 28,224;

⁸² Análisis tomado de la página del Instituto Mexicano para la Competitividad el quince de agosto de 2016, en: <http://imco.org.mx/seguridad/indice-de-paz-mexico-2016-via-el-instituto-para-la-economia-y-la-paz/>

⁸³ La Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública

- La tasa de incidencia delictiva por cada cien mil habitantes en 2014 fue de 41,655, también manteniéndose en niveles similares a 2013 con una tasa de 41,563.
- La extorsión sigue siendo el segundo delito más frecuente representando 23.6% del total de los delitos ocurridos durante 2014, sin embargo, el pago de lo solicitado disminuyó de 6.4% en 2013 a 5.4% en 2014.
- La cifra negra, es decir el nivel de delitos no denunciados o que no derivaron en averiguación previa fue de 92.8% a nivel nacional durante 2014 mientras que en 2013 fue de 93.8 por ciento.
- La ENVIPE 2015 estima que los principales motivos que llevan a la población víctima de un delito a no denunciar son circunstancias atribuibles a la autoridad, como considerar la denuncia como una pérdida de tiempo con 32.2% y la desconfianza en la autoridad con 16.8 por ciento.
- La percepción de inseguridad en las entidades federativas al momento del levantamiento de la encuesta (marzo-abril 2015), llegó a 73.2% de la población de 18 años y más, manteniéndose en niveles similares que en 2014.⁸⁴

Como se ve, y con esa realidad tan alarmante, pareciera necesaria esa política pública criminal que olvide los derechos humanos de los “presuntos culpables” y que de alguna forma u

INEGI, consultado el 15 de agosto de 2016, disponible en: <http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/encuestas/hogares/regulares/envipe/envipe2015/default.aspx>

otra los castigue, que inclusive los vea como “enemigos” y que se les exterminie.

El problema está, si con ello dicha problemática bastaría, o es necesario “arrancar el problema de raíz”.

Nuestra postura, va encaminada a esta segunda posibilidad, pues creemos que el problema en México -como ya se ha planteado- es que su política criminal está mal planteada, pues se insiste en que no se apuesta a la prevención del delito y se prefiere la persecución del delincuente.

Con la reforma constitucional penal que hemos señalado, se busca un sistema de responsabilidades que se integra al ya existente, de tal forma que las víctimas de delitos que no sean directamente reparadas por el “responsable” o “culpable” por omisiones, acciones o como tal conductas de los servidores públicos operadores de la procuración o impartición de justicia sea los que de forma indirecta reparen dicho daño.

Es decir, mediante la responsabilidad penal, civil, administrativa, patrimonial o política sean los que respondan por su conducta “irregular” que trajo como consecuencia que no se llegara a condenar al responsable. Un sistema en el que el *grado de participación* cada uno responda por el daño causado, pues de alguna forma u otra contribuyeron a que ese proceso penal se haya caído.

Ejemplo de esto sobran, solo para explicar lo mejor, retomemos lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo en revisión 517/2011 (**caso Florence Marie Louise Cassez Crepin**), el veintitrés de enero de dos mil trece.

En dicho amparo señaló que la vulneración de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal puede provocar, en determinados supuestos, la invalidez de todo el proceso, así como de sus resultados, lo cual imposibilitará al juez para pronunciarse sobre la responsabilidad penal de una persona.

En ese tópico, por **efecto corruptor**, definió como **las consecuencias de aquella conducta o conjunto de conductas, intencionadas o no intencionadas**, por parte de las autoridades, que producen condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria.

Ello, conlleva que de vulnerarse los derechos humanos del inculpado en el proceso penal y puede provocar en determinados supuestos, la invalidez de todo el proceso, así como de sus resultados, lo que generaría imposibilidad al juzgador para pronunciarse sobre la probable responsabilidad del inculpado.

Para que se actualice el efecto corruptor del proceso penal se considera su actualización cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que la autoridad policial o ministerial realice alguna conducta fuera de todo cauce constitucional y legal;
- b) Que la conducta de la autoridad haya provocado condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria que conlleven la falta de fiabilidad de todo el material probatorio; y,
- c) Que la conducta de la autoridad impacte en los derechos del acusado, de tal forma que se afecte de forma total el derecho de defensa y lo deje en estado de indefensión.

Lo anterior, conforme a la tesis 1a. CLXVI/2013 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, impresa en la página 537 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, Décima Época, del rubro y texto, siguientes:

“EFECTO CORRUPTOR DEL PROCESO PENAL. CONDICIONES PARA SU ACTUALIZACIÓN Y ALCANCES. A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la vulneración de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal puede provocar, en determinados supuestos, la invalidez de todo el proceso, así como de sus resultados, lo cual imposibilitará al juez para pronunciarse sobre la responsabilidad penal de una persona. Esta Primera Sala considera que el efecto corruptor del proceso penal se actualiza cuando, en un caso concreto, concurran las siguientes circunstancias: a) que la autoridad policial o ministerial realice alguna conducta fuera de todo cauce constitucional y legal; b) que la conducta de la autoridad haya provocado condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria que conlleven la falta de fiabilidad de todo el material probatorio; y c) que la conducta de la autoridad impacte en los derechos del acusado, de tal forma que se afecte de forma total el derecho de defensa y lo deje en estado de indefensión. Así las cosas, cuando el juez advierta la actualización de estos supuestos, deberá decretar la invalidez del proceso y, al no haber otras pruebas que resulten incriminatorias, decretará la libertad del acusado.”

En efecto, afirma que prueba ilícita es aquella en la que su creación, obtención, llegada a proceso o desahogo se haya realizado en violación a cualquier norma constitucional, en violación a los límites objetivos del poder público o con perjuicio de cualquier derecho fundamental del gobernado; que su utilización cause un perjuicio injusto al procesado, permita o lleve confusión en los autos del juicio, sea especulativa o remota

a los hechos o no permita a la contraparte que sea controvertida en el proceso.

No hay una regla explícita mediante la cual se formule la consecuencia que se sigue de la obtención, ya sea ilícita o constitucional, de material probatorio. Sin embargo, el derecho a un debido proceso, enmarcado en la garantía de legalidad que se encuentra protegida por nuestro artículo 14 constitucional, mismo que, a juicio de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, también comprende el derecho consistente en no ser juzgado a partir de pruebas cuya obtención se encuentra al margen de las exigencias constitucionales y legales.

Así, el artículo 14 constitucional establece que las personas no pueden ser privadas de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.(86) Lo anterior significa que sólo si el debido proceso ha sido respetado procede imponer a una persona, la sanción legalmente establecida.

La nulidad de la prueba ilícita es un derecho sustantivo que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento; (ii) el derecho de que los Jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional; y, (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En efecto, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino

ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa.

La regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícita en nuestro orden constitucional. Esta regla exige que todo lo que haya sido obtenido al margen del orden jurídico debe ser excluido del proceso a partir del cual se pretende el descubrimiento de la verdad, en sí, no se puede exigir o buscar la justicia trasgrediendo sus propios principios o reglas, pues lo volvería incongruente.

En primer lugar, es importante hacer la diferenciación entre las pruebas prohibidas por mandato de ley y las pruebas ilícitas. Las primeras se refieren a aquellas pruebas que están consideradas prohibidas por disposición legal; en cambio, las segundas, se consideran ilícitas toda vez que para su obtención se violó alguna disposición del ordenamiento jurídico -constitucional o legal-.

En ese sentido, el Código Nacional de Procedimientos Penales en diversos apartados señala:

CAPÍTULO VII NULIDAD DE ACTOS PROCEDIMENTALES Artículo 97. *Principio general Cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por el Órgano jurisdiccional al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento. Los actos ejecutados en contravención de las formalidades previstas en este Código podrán ser declarados nulos, salvo que el defecto haya sido saneado o convalidado, de acuerdo con lo señalado en el presente Capítulo.*

Artículo 263. Licitud probatoria Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente

y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.

Artículo 264. Nulidad de la prueba Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

Como se ve, el sistema por sí mismo -de manera formal- prevé una serie de limitaciones, u control para evitar las violaciones a derechos humanos o procesar a los inculpados con base en pruebas que fueron obtenidas de forma ilícita, pero hasta aquí vemos como el problema no se trata de leyes, sino de acciones.

Somos de la idea que el problema en México son sus operadores. En ese sentido, quién debió reparar el daño de esas víctimas ¿?, exacto ¡, el Estado, y quién de los que integra el Estado, pues creemos que los policías por no detener en flagrancia, el Ministerio Público por poner a disposición, el Juez por dictar auto de formal prisión ahora llamado auto de vinculación a proceso, etc etc, todo ello a pesar de las múltiples violaciones al debido proceso al que hemos hecho referencia; y cómo? Pues ya dijimos denunciando el abuso de poder y el incumplimiento de un deber legal, demandando daños y perjuicios y el pago patrimonial, interponiendo quejas disciplinarias administrativas, y en sí, buscando la reparación del daño subsidiariamente.

3. El procedimiento abreviado y la imposible absolución del inculpado

Como ya hemos dicho, El 18 de junio de 2008, se transforma el proceso penal de un sistema mixto a un sistema adversarial, tales modificaciones a nuestra Carta Magna, vienen a producir un notable cambio no solo en la estructura del litigio, sino que además, es necesario modificar sustancialmente la forma de

investigar y perseguir el delito, mejorar los estándares de defensa tanto en lo material como en lo técnico, es decir, el profesionalismo, la capacitación y actualización por parte de los operadores del derechos es pieza fundamental.

En éste nuevo sistema procesal, las partes litigantes deben probar en la audiencia de juicio sus proposiciones, los jueces luego de un debate oral y público deben verificar y corroborar, si el material probatorio rendido permite o no establecer los hechos invocados resolviendo el conflicto a través de una sentencia definitiva fundada y motivada.

En éste nuevo modelo de justicia criminal el Ministerio Público sigue siendo el principal perseguidor y sostenedor de la acción penal pública, va a seguir siendo un ente autónomo, pero con la característica novedosa de que en este periodo ya no va a tener la facultad de recibir pruebas para convertirse solo en parte acusadora y como tal va a tener que adoptar políticas eficientes de persecución criminal, la realización de las investigaciones oficiales en forma racional y justa, la protección de las víctimas y testigos, buscar y procurar la reparación de los daños causados a las primeras y sostener la acusación en el juicio.

Sin embargo, el nuevo sistema penal contempla otras salidas antes de someter el caso a un juicio oral, tal es el caso del **procedimiento abreviado**,⁸⁵ el cual es una alternativa al Juicio Oral. Supone un acuerdo entre el imputado y el fiscal, en virtud del cual el primero acepta expresamente los hechos materia de

⁸⁵ El Artículo 201, fracción III del Código Nacional de Procedimientos Penales, obliga al Juez antes de autorizar tal supuesto a que el imputado:

- a) reconozca estar debidamente informado de su derecho a un juicio oral y de los alcances del procedimiento abreviado;
- b) expresamente renuncie al juicio oral;
- c) consienta la aplicación del procedimiento abreviado;
- d) admita su responsabilidad por el delito que se le imputa;
- e) acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el ministerio público al formular la acusación.

la acusación y los antecedentes de la investigación que la fundan y consiente en someterse a este procedimiento, y el segundo solicita la imposición de una pena que no exceda de cinco años.⁸⁶ En virtud de este acuerdo, y siempre que cumpla con los requisitos legales, el juicio se desarrolla directamente ante el Juez de control, quien en su sentencia condenatoria no puede imponer una pena mayor a la solicitada por el fiscal.⁸⁷

Con lo anterior, surgen dos interrogantes interesantes, ¿El Ministerio Público tiene la carga de probar la existencia del delito y la responsabilidad del acusado en el procedimiento abreviado? ¿Es procedente la absolución en el procedimiento abreviado? ¿El Juez de control solo legaliza la negociación de las partes? ¿Es compatible el Procedimiento abreviado con el Sistema internacional de derechos Humanos?

A la primera pregunta, desde mi particular punto de vista, cabría señalar que más que probar la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, pues como se dice en el artículo 202, primer párrafo, del CNPP⁸⁸, tal procedimiento abreviado

⁸⁶ Artículo 202, tercer párrafo, del Código Nacional de Procedimientos Penales señala: Cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso y el delito por el cual se lleva a cabo el procedimiento abreviado es sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de **cinco años**, incluidas sus calificativas atenuantes o agravantes, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos de delitos dolosos y hasta dos terceras partes de la pena mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le corresponda al delito por el cual acusa.

⁸⁷ El artículo, señala: Concluido el debate, el Juez de control emitirá su fallo en la misma audiencia, para lo cual deberá dar lectura y explicación pública a la sentencia, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, explicando de forma concisa los fundamentos y motivos que tomó en consideración.

No podrá imponerse una pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el acusado.

⁸⁸ Artículo 202. Oportunidad

El Ministerio Público podrá solicitar la apertura del procedimiento abreviado después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral.

podrá ser solicitado posterior al dictado del auto de vinculación, es decir el primero de ellos ya está acreditado y el segundo se presume, el Fiscal o Ministerio Público deberá tener una teoría del caso bien planteada y formulada de forma tal que no deje posibilidad alguna a la defensa de poder probar la inocencia de su cliente durante el juicio oral.

Lo anterior implica, que durante la etapa de investigación el fiscal integre una carpeta de investigación con pruebas científicas bien sustentadas, donde la cadena de custodia, la criminalística y la criminología sean verdaderas ciencias auxiliares del derecho penal; en otras palabras se necesita una policía científica, capacitada y profesionalizada, pero sobre todo con capacidad y adiestramiento en la investigación, pues de lo contrario, la duda razonable, la prueba insuficiente o la teoría del fruto envenenado, cohibirán tal procedimiento abreviado, pues la defensa al advertir tales falencias optará por acudir al juicio oral y plantear una mejor teoría del caso.

Respecto de la segunda pregunta en análisis, la respuesta, desde mi punto de vista, sería que no es posible absolver al acusado mediante este procedimiento pues su naturaleza y objetivo es evitar la etapa de juicio oral, y como se ha dicho, uno de los requisitos para aperturarlo es precisamente el reconocimiento de responsabilidad del acusado, luego entonces no sería viable tal supuesto.

Más allá de lo anterior, se advierte la problemática de aquellos casos en los que existan más de un acusado, y alguno de éstos decida no aceptar el procedimiento abreviado y las consecuencias respecto del resto de los co imputados, pues podría darse el caso que pudiesen ser incongruentes la resolución del juez de control y la del juez de juicio oral.

La relatividad de las sentencias, la conformidad por parte del imputado al procedimiento abreviado, el reconocimiento de responsabilidad de los hechos por los que se le acusa, libre,

voluntario, informado y con asistencia de un defensor, sin duda serán tema de más congresos en el nuevo sistema penal.

Respecto de la pregunta, ¿El Juez de control solo legaliza la negociación de las partes?, entendemos que el objeto del Nuevo Sistema Penal, tal como lo señala el propio artículo 20, apartado A, fracción I de nuestra Carta Magna, **es 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**, pero también sabemos que tales posibilidades traerán, - a título personal y con base en las máximas de la experiencia- tal vez mayor corrupción, pues como lo plantea la pregunta, el Juez –más allá de la existencia de los medios alternos de solución de conflictos⁸⁹ o la terminación anticipada del proceso- se le faculta a dictar sentencia (antes de un juicio oral) a petición del Ministerio y avalado por el acusado y su defensor, es decir, dictar un fallo en el que no puede rebasar la acusación del Fiscal previamente negociada con las partes, es decir, el Juez se limitará a darle formalidad a tal acuerdo de voluntades, lo cual se antoja de no solo un acto poco jurisdiccional, sino de violatorio de derechos humanos, tal como se verá a continuación.

La primera incompatibilidad que se observa entre el procedimiento abreviado y el Sistema Internacional de Derechos Humanos, es la violación al principio de presunción de inocencia –que no ésta de más decirlo también el CNPP lo contempla⁹⁰ pues el reconocimiento previo a los hechos que se

⁸⁹ Al respecto véase: Gómez Reyes José Alfredo y otros, *Formación y profesionalización de los Aplicadores de los Medios Alternativos para la Solución de Conflictos*, del número 29 de la revista electrónica “Letras Jurídicas”, enero-junio 2014.

⁹⁰Artículo 13. Principio de presunción de inocencia

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.

le imputan al inculpado es una forma indirecta de renunciar a tal derecho, dos cosas que no son permitidas en el sistema de protección de los derechos humanos de cualquier sociedad democrática.

En efecto, el principio de presunción de inocencia tiene tres dimensiones distintas. Una se refiere a la manera en que se determina la responsabilidad penal, y en particular la carga de la prueba. Otra consiente a la imputación de responsabilidad penal o participación en hechos delictivos a un individuo que no ha sido juzgado. La tercera consiste en algunos corolarios relativos al trato de personas bajo investigación por un delito y apresos sin condena.

El comité de Derechos Humanos se refiere a los dos primeros aspectos en su Observación General No. 13, en un párrafo que señala lo siguiente:

En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso.

Con respecto a la tercera dimensión, la jurisprudencia universal y la interamericana hacen hincapié en el vínculo entre la presunción de inocencia y el carácter excepcional de la prisión preventiva. Asimismo, las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos contienen varias reglas sobre el trato preferencial que merecen los presos sin condena, en razón de la presunción de inocencia.

La sentencia de la corte interamericana en el caso Cantoral Benavides aborda dos dimensiones de la presunción. En primer lugar, la corte concluyó que habían producido una violación del

segundo párrafo del artículo 8 de la CADH cuando el reo fue condenado sin “prueba plena de su responsabilidad.” Además, se vulneró la misma disposición cuando el preso “fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido de traje infamante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado”.

En el caso Martin de Mejía, la CIDH hizo un análisis extenso de la presunción de inocencia, que comienza con algunas observaciones de orden general, entre ellas las siguientes:

El principio de inocencia construye una presunción a favor del acusado de un delito, según la cual este es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. De este modo, para establecer la responsabilidad penal de un imputado, el estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable.

La presunción de inocencia se relaciona, en primer lugar, con el ánimo y actitud del juez que debe conocer de la acusación penal. El juez debe abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer que el acusado es culpable. Por el contrario, su responsabilidad reside en construir la responsabilidad penal de un imputado a partir de la valoración de los elementos de prueba con los que cuenta.

En este contexto, otro concepto elemental del derecho procesal penal, cuyo objeto es preservar el principio de inocencia, es la carga de la prueba. En el procedimiento penal, el *onus probando* de la inocencia no le corresponde al imputado; por el contrario, es el estado quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del procesado, es decir un correcto trabajo de quien tiene a cargo la procuración de justicia.

4. El Neoconstitucionalismo Penal Mexicano con visión de Derechos Humanos

Una vez agotada la prevención del delito, indiscutiblemente se debe contar con leyes y sistemas que persigan, castiguen, busquen la verdad y se repare a las víctimas, pues compartimos la opinión de que nunca se logrará erradicar la criminalidad.

Pero dicho sistema penal debe ser acorde con el sistema de protección de la persona humana de la forma más amplia, y desde nuestra perspectiva el neoconstitucionalismo *mexicano* podría cumplir tal objetivo al ser bien aplicado.

El Neoconstitucionalismo, no solo es una corriente teórica, sino también un proceso histórico, una concepción acerca de la realidad jurídica y una postura doctrinaria, institucional e ideológica⁹¹acerca de la interpretación, protección, garantía y respeto de los derechos humanos reconocidos tanto anivel local como internacional.

Para ello, se apoya de herramientas como la argumentación, la ponderación, el test de proporcionalidad y principios como el pro persona, pues resultan piezas fundamentales en la aplicación e interpretación del Derecho.⁹²

En México, -desde mi punto de vista- el neoconstitucionalismo en general, comenzó con la reforma penal de 2008, en donde se transforma el proceso penal de un sistema mixto a un sistema adversarial, donde se modificó nuestra Carta Magna para

⁹¹ Santiago Alfonso, *Neoconstitucionalismo*, recuperado el 21 de octubre de 2015, disponible en <http://ancmvp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>.

⁹² Al respecto véase, Gómez Reyes José Alfredo, *¿Cómo implementar la reforma constitucional de derechos humanos del pasado 11 de junio de 2011?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Xalapa, 2013, p 53.

producir un cambio notable no solo en la estructura del litigio, sino que, además, busca cambiar sustancialmente la forma de investigar y perseguir el delito, mejorar los estándares de defensa tanto en lo material como en lo técnico.

El 11 de junio de 2011, el neoconstitucionalismo adquiere un aspecto material y formal, pues tuvo cabida la reforma constitucional en materia de derechos humanos más importante en la historia en México, pues por primera vez se tomó enserio el derecho internacional de los derechos humanos al que se ha obligado nuestro país, pero, sobre todo, se aperturó una nueva perspectiva en materia de respeto, protección, promoción y garantía de tan noble tema en relación con la dignidad del ser humano.⁹³

Finalmente, el 2 abril de 2013 se le dota al neoconstitucionalismo de un medio o herramienta para la protección de los derechos humanos, pues se reforma la Ley de amparo, que avisora –entre otras- algunas tendencias y matices en materia de derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, derechos difusos e interés legítimo y el uso de las Tic's en su tramitación.

Ahora bien, es momento de responder a una interrogante ante este panorama formal tan prometedor, ¿Bastó con dichas reformas para lograr un neoconstitucionalismo Penal Mexicano consolidado?

De inicio, debemos decir que un gran paso para aspirar a un estado neconstitucionalista, comienza con una correcta implementación de tan nobles reformas (penal, derechos

⁹³ Al respecto véase, Gómez Reyes, José Alfredo, *¿Cómo implementar la reforma constitucional de derechos humanos del pasado 11 de junio de 2011?*, en Derechos Humanos y control de convencionalidad. Reflexiones y propuestas, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Veracruzana, Xalapa, 2013.

humanos y amparo), además es fundamental se haga de forma conjunta, pues en el momento mismo en que perdemos de vista que su aplicación en el mundo real debe ser sistemática e integral, es también el punto en que tales reformas se vuelven inaplicables.

Por otro lado, y no menos importante, es que tales reformas llevan inmerso el cambio de mentalidad y mucha voluntad para no resistirse al cambio y sus implicaciones, soy consciente que dichas reformas por si solas conllevan mucho trabajo y preparación para su nueva comprensión, y sumado a que la propuesta es que se implementen de forma conjunta, complica aún más el panorama, sé que muchos pensarán que ello conllevaría más de lo posible, lo que sí estoy seguro es que si se puede lograr.

En el mismo sentido, quiero hacer hincapé en que no debemos perder de vista, que la ciencia del derecho se trata de brindar paz, bienestar y armonía social, no dejemos de lado que se hizo para y por el hombre, por lo que no podemos nunca dudar entre preferir un sistema normativo y la dignidad del ser humano.

En palabras del Juez Richard Posner,⁹⁴ debe entenderse que las decisiones que toman cada operador del derecho, debe ser racional y considerar todas las cosas que rodean el caso, es decir, tanto las consecuencias específicas, como las materiales, jurídicas y habituales, así como la conveniencia de preservar el valor de los principios del derecho, lo cual incluye el impacto que tendrá en la sociedad.

Para lograr el cometido anterior, cualquiera que sea el tema que podamos abordar irá necesariamente apegada a todo el sistema jurídico mexicano, lo que también implica que los operadores del derecho, sin importar su especialidad o materia deba conocer a

⁹⁴ Posner, R., *Pragmatic adjudication*, Cardozo Law Review, Vol 18, 1996, p. 5.

fondo el Derecho Constitucional e internacional que permea su labor.

En el sistema penal acusatorio, resumidamente las partes litigantes deben probar en la audiencia de juicio sus proposiciones, los jueces luego de un debate oral y público deben verificar y corroborar si el material probatorio en el que el Ministerio Público sustenta su acusación, permite o no establecer los hechos invocados, resolviendo el conflicto a través de una sentencia definitiva fundada y motivada.

Por su parte, el Juicio de amparo en el nuevo sistema penal acusatorio, apela a que los operadores del derecho conciban las reformas aludidas desde una nueva perspectiva, que conciban a esta ciencia como cambiante y que necesita evolucionar y adaptarse a la realidad.

Es decir, tener una visión e interpretar pragmáticamente el derecho, contemplar las diversas disposiciones normativas y no dedicarse a descubrir el significado estricto de sus palabras, también a valorar el presente, las necesidades actuales y el futuro, trascender al pasado y a las decisiones anteriores.

Es comprender, como nos dice Vega Gómez, que el texto no es el único punto de partida para efectuar la interpretación, es necesario valorar el presente y el futuro sin estancarse en decisiones y modelos históricos que poco aportarán a la solución de los problemas reales. Igualmente valorar que no es necesario crear modelos universales, podemos vivir sin teorías generales y sin la necesidad de entender que la solución será válida solo para un momento determinado.

Lo anterior, nos conducirá a un pragmatismo⁹⁵ crítico que se ubica en los contextos y ve hacia el futuro resaltando las dimensiones de poder-lenguaje y el carácter disputado de derecho para escuchar a grupos marginados, incluirlos dentro de las discusiones constitucionales, valorar las interpretaciones y guiarlas hacia la igualdad de carácter social del derecho.

En la actualidad, el derecho penal, no debe ser utilizado como herramienta de represión, cuando el sistema Universal de Derechos Humanos ha establecido tajantemente que es la *última ratio*.

El amparo penal, no debe seguir concediéndose para efectos (violaciones formales o procedimentales), pues existe mandato expreso de la Constitución en su artículo 1º, que se debe dar lo más favorable a la persona humana y que la Ley de Amparo señala en su artículo 189, que el juzgador debe buscar el mayor beneficio para el quejoso, y así, hacer un pronunciamiento de fondo, y con ello impartir justicia en un plazo razonable⁹⁶ o en términos constitucionales (artículo 17) de manera pronta y expedita.

Para aspirar a un derecho penal acorde con la realidad, se necesita de voluntad de sus operadores para comenzar el cambio, se necesita iniciativa de cada uno de ellos para pugnar por un mejor país.

Debemos de dejar a un lado la discusión teórico filosófica entre iuspositivismo e iusnaturalismo, la postura del siglo XXI es

⁹⁵ Teoría filosófica según la cual el único medio de juzgar la verdad de una doctrina moral, social, religiosa o científica consiste en considerar sus efectos prácticos.

⁹⁶ Ver Gómez Reyes, José Alfredo, *El plazo razonable en la impartición de justicia*, disponible en página del Poder Judicial del Estado de Veracruz, de fecha 29 de noviembre de 2010.

ecléctica (retoma lo mejor de cada una de ellas en la solución de conflictos), mejor conocida como neoconstitucionalismo.

Dejemos de pensar en la norma y pensemos en la dignidad del ser humano, si existe una violación a un derecho humano permitido por la constitución, con una poquita de idea lo podemos declarar inconvenencial, pues como dije estamos sujetos a reglas y parámetros internacionales, entonces ¿Qué nos detiene?, yo creo que el confort, nuestro individualismo, el egoísmo individual y colectivo, pero sobre todo vivir enajenados a la problemática social que vive nuestro país.

Arthur Kaufmann⁹⁷, nos plantea que el hombre como creador del derecho es -jerárquicamente hablando- superior a la idea del derecho, pues ésta solo es una herramienta que el hombre crea para poder vivir en paz social, armonía y una adecuada convivencia, en ese sentido, plantea una tercera vía en el derecho, es decir, aquella que se encuentra entre el derecho positivo y el natural.

¿Cómo logramos el Neoconstitucionalismo Penal Mexicano? Con voluntad y conocimiento (educación es la clave), para ello, contamos con las herramientas que nos brindan exponentes como García Figueroa y su teoría de la derrotabilidad de la norma, Robert Alexy y su test de proporcionalidad, Isabel Lifante y su interpretación intencionalista,⁹⁸ el Juez Americano Posner y su interpretación Pragmática del Derecho, el ex Juez de la Corte Interamericana Augusto Trindade y su visión Antropocéntrica del derecho, las posturas de Ministros Progresistas y con visión neoconstitucionalista como lo es José Ramón Cossío.

⁹⁷Kaufmann Arthur, *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Colombia 1999, p. 156.

⁹⁸ Al respecto ver, Lifante Vidal, Isabel, *interpretación y modelos de derecho: sobre el papel en la interpretación jurídica*, Doxa, España, 1999, pp. 171-193, en la cual sostiene que se deberá de interpretar la norma de acuerdo con la intención del legislador.

Y así, la dignidad humana es, y debe ser vista como una realidad pre-jurídica colocada en un plano anterior, superior y exterior al propio Estado y a la sociedad que lo integra.⁹⁹

5. Las decisiones con consecuencias y costos

Adam Smith en su libro “la Riqueza de las Naciones”,¹⁰⁰ señala al referirse del principio que motiva la división del trabajo, -y esa relación de trabajo beneficio- que el comportamiento del ser social no invoca sus sentimientos humanitarios (en beneficio de la sociedad, por ninguna de las partes) sino su egoísmo, ni se habla de sus necesidades, sino de sus ventajas.

El comportamiento humano y la forma de adaptarse a su realidad dependen en gran medida de ese beneficio que obtiene al llevar a cabo determinada conducta, pudiendo afirmar que nada hará sin que se vea beneficiado de alguna forma.

La naturaleza individualista del ser humano, que actúa por sí y para sí, es decir, es movido por un interés personal (egoísmo individual)¹⁰¹, o en palabras de Gauthier, *el hombre es egoísta y persigue sus propios intereses*, pues somos conscientes que el actuar humano en la mayoría de las veces no trata de una cuestión moral, ética, de principios o de forma de vida, pero también sabemos que en mucho de ese interés personal se encuentra el deseo de una mejor sociedad, de un mejor entorno, de un mejor

⁹⁹ Gómez Bisogno, Francisco Vázquez, *El neoconstitucionalismo procesal y la eficacia horizontal de los derechos humanos*, en Pampillo Baliño, Juan Pablo y Munive Páez, Manuel Alejandro, *Derecho Constitucional de los derechos humanos*, Editorial Porrúa- Centro de Investigación e Informática Jurídica, México, 2013, p. 369.

¹⁰⁰ Adam Smith, “The Wealth of Nations”, El Ortega, disponible en <http://www.amawebs.com/storage/docs/n59bb37dgon.pdf> (consultado el 16 de diciembre 2015)

¹⁰¹ Al respecto véase, Calsamiglia Albert, *Un egoísta colectivo. Ensayo sobre el individualismo según Gauthier*, recuperado el 12 de octubre de 2015, disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141757.pdf>

país de nuestros familiares por interés propio (egoísmo colectivo).¹⁰²

Somos partícipes que, en este momento en nuestras sociedades, el comportamiento, valores, formación, individualización o amor al prójimo depende, (o más aún a ese egoísmo individual del que nos hemos referido, pues tampoco es la regla que solo se mueva por ello) de la situación económica que se esté viviendo.

En ese sentido, la búsqueda del bien común asumido desde una postura de origen económica (public choice). Contempla una competencia realista como en el mercado económico, es decir, trata de ligar la economía con la política a través del estado, entendido como la suma de voluntades individuales, para saber cuáles son los factores que determinan las políticas que elige el Estado entre las diferentes opciones que les presentan.¹⁰³

Dicha voluntad individual, dice el neurofisiólogo Henri Laborit, tiene su origen en la inhibición de la acción, siendo ésta última, el conducto de engarce del sujeto con la realidad, sin embargo, en muchas de las ocasiones conlleva que ese freno es impuesto por las estructuras sociales imperantes, es decir, de los grupos de poder que de una forma u otra nos agrede, nos imponen, nos manipulan, pero sobre todo diseñan a su conveniencia (otra vez un egoísmo latente) el tejido social, el que les conviene, aquel que les favorece a sus intereses, el que les permite disponer de todo a su antojo.

Claro está como nos dice el profesor Martín Krause, debemos separar para entender la acción humana, los dos enfoques, esto

¹⁰² Cfr. D. Gauthier, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, Paidós, Barcelona, 1988, p. 94.

¹⁰³ Formanini, Robert, James M. Buchanan- (2003) The creation of public choice theory, economic Insights, Federal Bank of Dallas, Vol. 8 número 2.

es, la política del mercado (economía, con independencia de su íntima interrelación en el fenómeno del public choice).

En el campo de la política, a diferencia del mercado, existe una mano visible que se evidencia al revelar su preferencia el individuo, y aquellos empresarios se vuelven emprendedores y **pasan del ámbito privado al público**, pues es más rentable al ser subsidiado o apoyado con bienes y servicios del estado, a manera de ejemplo no es lo mismo ese pequeño empresario a ese hombre de política que convence a su par para que imponga un impuesto a aquel extranjero que atenta contra sus intereses en el mercado local.

Obviamente ese interés personal no es reconocido de forma evidente por el político, sino disfrazado de interés o bien común, de tal forma que la demagogia se vuelve el disfraz de su beneficio personal con el de la colectividad.

¿Qué pasa con tal vil actividad, no es fiscalizada por nadie?, el ideal pues debería ser el propio votante, pero una vez que entiende que su participación política limitada no impacta en el resultado se vuelve apático, ello sumado al costo que conlleva fiscalizar, informarse o dar seguimiento al sistema de responsabilidades de los servidores públicos.

Otro factor en dicha impunidad, es precisamente que en búsqueda de las decisiones democráticas el 51% que acepta las decisiones de aquellos servidores públicos (el estado en sí) no es lo que la verdaderamente se prefiere, pues en ese porcentaje se encuentra, lo que nuestro autor denomina (lobby) entendido como aquel grupo de personas que de alguna manera se benefician en reciprocidad con los políticos (en términos simples los que financian las campañas de aquellos que les favorecen cuando obtengan el puesto).

Sin embargo, (como afán de esperanza) –en palabras del propio **Krause-** no debemos casarnos con estas teorías, estados corruptos, sin escrúpulos y manipulados por servidores

públicos que solo velan por sus intereses (sin menoscabar que nos brindan ayuda a comprender la sociedad), sino más bien debemos estar abiertos a visiones y posturas diferentes, sobre todo sobre la base que el estudio de las ciencias sociales son tan complejas como el paso del tiempo mismo, pues al final el objeto de estudios son conductas variables y cambiantes dependiendo de los factores endógenos y exógenos que rodean el hecho.

Tal es el caso que acontece en Botswana, país de la región de África Subsahariana que, en las últimas décadas del siglo XX, comenzó a adquirir una relativa importancia a nivel mundial tratándose de crecimiento económico, al grado de calificarlo como el “milagro africano” por tres factores fundamentales:¹⁰⁴

1. Exitosa estrategia económica basada en un mercado abierto, que ha logrado imprimir un ritmo acelerado de crecimiento.
2. Se destaca por la extraordinaria estabilidad de sus sistemas políticos, clasificado como una democracia liberal, debido a que tiene como fundamento la competencia multipartidista, con elecciones regulares – pacíficas y calificadas como libres justas, con resultados confiables y periódicos.
3. Por su aparato estatal eficiente y relativamente fuerte, enfocado al mantenimiento de una política fiscal y económica conservadora.¹⁰⁵

Como se ve, un país sin duda modelo del cual podemos tomar no solo su experiencia estructuralmente hablando, sino por la

¹⁰⁴Cfr. Tsie, Balefi, *The plitical context of Botswana's development performance*, en Journal of Southern African Studies, Oxford, p. 599-601.

¹⁰⁵African Business, *Botswana ranked as best emerging market risk*, Londres: IC Publications, N° 261, 2001, p. 12.

madurez para poder cambiar su forma de concebir y en consecuencia actuar respecto del rol que desempeña cada uno de ellos en su sociedad (ejemplo claro que no todo es egoísmo e interés individual).

El interés individual o colectivo, visto desde el punto de vista económico, conlleva entender que la naturaleza humana tiene que ver con ese intercambio de productos, objetos, o riquezas, lo importante **está en que tanto valor le damos a ese intercambio.**

La escuela Autriaca de economía, nos recuerda que tales valores nunca estarán ausentes en ninguna ciencia o teoría (Martín Krause) pues la sola naturaleza del individualismo humano conlleva la libertad ética de elegir una postura u otra.

La referida escuela, a través de sus principios o fundamentos nos explica tal situación en términos siguientes:

1. Subjetividad del valor. - el valor que se le otorga a esos bienes o servicios es propio de cada individuo y su capacidad de raciocinio.

Al respecto, -contrario a lo anterior- David Ricardo señala que dicho valor lo concentraba en el valor del trabajo o la fuerza empleada en su realización, Carlos Marx en el costo de producción, pero al final son cuestiones palpablemente objetivas o medibles.

En ese sentido, cabría preguntarse a qué grados o extremos podremos llegar para otorgarle valor a objetos, productos o servicios y de que dependería (más allá de lo personal), la paradoja del agua y los diamantes nos recuerdan que tales parámetros se establecen a partir de la utilidad y escasez de ellos.

La individualidad de cada individuo lleva implícita el libre albedrio y decisión respecto de sus objetivos o fines para buscar la felicidad, a qué objetos o productos les otorga mayor valor de acuerdo a sus circunstancias particulares, pues habrá otros que a tales no les otorguen la mayor importancia.

Allí el hilo delgado que divide entre la obligación y la decisión propia de actuar o preferir algo en específico, pues podríamos llegar al extremo de que la preferencia revelada de una gran población podría atentar contra los intereses de grupos minoritarios.

2. Conocimiento disperso. - Hoy día la multidisciplinariedad, la complejidad de escenarios, diversidad de experiencias conlleva a que cada uno de nosotros tenga un conocimiento diferente, no más o menos importante, solo es eso, saberes de un mundo desconocido.

Dicho conocimiento dependerá, como he dicho, de las circunstancias de modo, tiempo y lugar y de los factores endógenos y exógenos que rodean el hecho.

Esto no quiere decir que podemos hacer del mundo lo que cada uno crea o piense que es lo correcto, para ello existen mecanismos para aprovechar ese conocimiento disperso y poder coordinarlo entre sí¹⁰⁶, Hayek nos dice que dicho mecanismo es el de los precios.

¿Y Quién es el encargado de dirigir dicho mecanismo? (orden espontáneo), Smith dice que es una mano invisible que busca satisfacer nuestras propias necesidades y a la vez satisfacer las

¹⁰⁶ F. A. Hayek, *El uso del conocimiento en la sociedad*, disponible en <http://www.hacer.org/pdf/Hayek03.pdf> (consultado el 16 de diciembre de 2015)

de otros, y así apostar a que cada uno haga lo que le corresponda y de la mejor manera.

En ese ámbito de las necesidades es donde creemos encontrar un punto medular (en el public choice) y es precisamente que debemos partir de que el interés personal es innato al ser humano, y por lo tanto no podremos apelar o anhelar a políticos ideales, mejor busquemos a través del sistema de responsabilidades que cada uno haga lo que le corresponda, sino se puede, por convicción, valores o amor al prójimo (como un ideal tan utópico como suene, pero posible), sí lo realice o tendría que soportar las sanciones a su mal actuar, es decir fortalecer tal sistema de responsabilidades con mecanismos eficaces, reales y eficientes, de tal manera que reducir la impunidad, la corrupción y asegurar las necesidades básicas a su sociedad (empleo, salud y educación) sea la regla y el principal objetivo, de las decisiones unánimes (democráticas al menos) se encargaran aquellas personas que se interesen por lo que pasa a su alrededor cuando en casa la preocupación va más allá de qué comer.

Y así, las decisiones deben ser apegadas a nuestras responsabilidades, o las consecuencias podrían deparar en nuestra propia libertad o bienes.

Las ciencias sociales como dice Krause, si bien tan complejas por tratarse de algo tan cambiante como lo es la conducta del ser humano y todo lo que rodea, si posibles de cambiar para que no se pierda la esencia de la ciencia en general y es hacer la vida más amena al ser humano, no al revés.

Sí, todo se reduce a la subjetividad del valor, qué o quién es importante para cada uno, buscar bienes comunes y objetivos similares, no olvidar (Rousseau) que somos seres sociales que vivimos rodeados de semejantes y que nuestro actuar impacta para bien o para mal en el todo. El regreso a los valores morales y éticos podría ser la solución para una sociedad menos

utilitarista y deshumanizada. Aristóteles¹⁰⁷ decía que, si los ciudadanos practicasen entre sí la amistad, no tendrían la necesidad de la justicia.

¹⁰⁷Aristóteles, Estagira, Macedonia 384 a. C. – Calcis Eubea, Grecia 322 a. C.

IV. INDICADORES

El Plan Nacional de Desarrollo 2013- 2018 en la Meta "México en Paz" define como uno de sus objetivos el "Mejorar las condiciones de seguridad pública"; para lo cual, una de sus estrategias hace referencia directa al PNPSVD, señalando que para aportar al cumplimiento de dicho objetivo se centrará en: *Aplicar, evaluar y dar seguimiento al Programa Nacional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia.* Esta estrategia demuestra la relevancia y el énfasis que el actual gobierno está haciendo en materia de prevención como una estrategia eficaz y eficiente para atender la seguridad del país.

En este marco, el indicador estratégico seleccionado por el PND para medir la consecución de dicho objetivo es:

TIPO DE INDICADOR	DESCRIPCIÓN	FUENTE
Tasa de Victimización a nivel nacional y estatal.	Número de víctimas de la delincuencia por cada 100 mil habitantes a nivel nacional y estatal.	ENVIPE (INEGI)

Así, el Programa Nacional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia, con sus diversas estrategias y líneas de acción, debe contribuir al mejoramiento de dicho indicador, en conjunto con todas las entidades encargadas de la seguridad y la justicia en el país.

Indicadores del Programa Nacional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia

A continuación, se presentan para cada uno de los objetivos específicos definidos en el PNPSVD los indicadores con los que se medirá su alcance, incluyendo la medición de resultados con indicadores particulares para cada aspecto.

OBJETIVO	INDICADORES
1. Incrementar la corresponsabilidad de la ciudadanía y actores sociales en la prevención social mediante su participación y desarrollo de competencias.	*1.1 Porcentaje de población de 18 años y más que se organiza con sus vecinos para resolver problemas de seguridad identificados en su colonia o localidad. *1.2 Porcentaje de población que percibe que dispone de un grado de apoyo medio o alto de redes sociales. *1.3 Porcentaje de población que manifiestan ser miembro de una organización de ciudadanos y los que manifiestan ser miembro de una organización vecinal.
2. Reducir la vulnerabilidad ante la violencia y la delincuencia de las poblaciones de atención prioritaria	*2.1 Porcentaje de población joven que refiere vivir situaciones de violencia física y psicológica en su noviazgo. *2.2 Prevalencia total de la violencia contra mujeres de 15 años y más a lo largo de

	<p>su vida expresada en porcentaje.</p> <p>*2.3 Tasa de ingreso de adolescentes, entre 12 y menos de 18 años, al sistema penitenciario estatal por conductas asociadas a delitos del fuero común (por cada 100,000 mil adolescentes).</p>
3. Generar entornos que favorezcan la convivencia y seguridad ciudadana.	<p>*3.1 Porcentaje de la población que percibe inseguridad en los espacios públicos y privados de la comunidad.</p> <p>*3.2 Porcentaje de población, de 18 años y más, que considera seguro: su municipio o delegación y su colonia o localidad.</p>
4. Fortalecer las capacidades institucionales para la seguridad ciudadana en los gobiernos municipales/delegacionales, entidades federativas y federación.	<p>*4.1 Índice de Fortaleza Institucional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia.</p> <p>*4.2 Porcentaje de población de 18 años o más que identifican a la policía estatal y municipal y que manifiesta tener confianza en ella.</p>
5. Asegurar una coordinación efectiva y sostenida entre dependencias y entidades federales para diseñar, implementar y evaluar	<p>*5.1 Programas, proyectos y acciones estratégicas implementadas por las dependencias federales en las demarcaciones prioritarias del PNPSVD.</p>

procesos de prevención social.	*5.2 Programas, proyectos y acciones estratégicas implementadas por las dependencias federales en los polígonos prioritarios del PNPSVD
---------------------------------------	---

V. POLÍTICA PÚBLICA DE PREVENCIÓN DE DELITO TENIENDO COMO EJE RECTOR LA EDUCACIÓN COMO DERECHO HUMANO

1. La educación como derecho humano y factor de cambio

La Constitución Política Federal, establece en su artículo 3º que **todo individuo tiene derecho a recibir educación**, en tal caso, el Estado, deberá impartir educación preescolar, primaria, secundaria y media superior; así mismo, señala que la educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; por lo tanto, ésta y la media superior son obligatorias.

Asimismo, establece el Estado garantizará la educación basándose en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios. Además, el criterio orientador de la educación será democrático, nacional, contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos, y será de calidad, con base en el mejoramiento constante y el máximo logro académico de los educandos.

Por su parte, la Ley General de Educación¹⁰⁸ conforme lo establece, su artículo 1º, regula la educación que imparte el Estado —Federación, entidades federativas y municipios—, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios, de observancia general en toda la República; dispone en su artículo 2º que todo individuo tiene derecho a recibir educación de

¹⁰⁸ Ley General de Educación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de julio de 1993, disponible en <<http://www.diputados.gob.mx>>

calidad y, por lo tanto, todos los habitantes del país tienen las mismas oportunidades de acceso al sistema educativo nacional; así mismo, en su artículo 10, en concordancia con los artículos 3 y 15 de la Ley de Educación del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave¹⁰⁹, señalan que el sistema educativo se constituye, entre otras cosas, por el la infraestructura educativa, tanto a nivel nacional como estatal, respectivamente.

En esa tesitura, el derecho a la educación, es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para realizar otros derechos humanos¹¹⁰; es un derecho social y colectivo el cual se entiende como una prerrogativa que tiene todo ser humano a recibir la formación, la instrucción, dirección o enseñanza necesarias para el desarrollo armónico de todas sus capacidades cognoscitivas, intelectuales, físicas y humanas; se trata de un elemento principal en la formación de la personalidad de cada individuo, como parte integrante y elemental de la sociedad¹¹¹.

En el ámbito internacional, el derecho a la educación se encuentra previsto en diversos instrumentos, tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración

¹⁰⁹ Ley de Educación del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, publicada en la Gaceta Oficial el 05 de marzo de 2014, última reforma publicada el 17 de febrero de 2016.

¹¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto). Vigésimo primer periodo de sesiones (1999), párr.1.

¹¹¹ DERECHO A LA EDUCACIÓN ES UNA ESTRUCTURA JURÍDICA COMPLEJA QUE SE CONFORMA CON AS DIVERSAS OBLIGACIONES IMPUESTAS TANTO EN LA CONSTITUCIÓN, COMO EN LOS DIVERSOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. Época: Décima Época. Registro: 2009186. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 18, mayo de 2015, Tomo I. Materia (s): Constitucional, Común, Tesis: 1^a CLXXIX/2015 (10^a). Página; 426

Mundial sobre Educación para Todos¹¹²; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre los derechos del Niño; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención Iberoamericana de derechos de los Jóvenes; el Protocolo Adicional a la Convención de Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza¹¹³.

El artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconoce que toda persona tiene derecho a la educación, la cual debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La educación elemental será obligatoria, mientras que la instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; así como que el acceso a los estudios superiores será igual para todas y todos. Este mismo precepto, describe que algunas de las funciones sociales de la educación son el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.

Por su parte, la Declaración Mundial sobre Educación para Todos de Naciones Unidas y el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen la necesidad de cada persona, niño, niña, adolescente, adulto o adulto mayor, de beneficiarse de las oportunidades educativas y con ello satisfacer las necesidades elementales de aprendizaje.

¹¹² De dicho instrumento se retoma la parte contextual y se utilizan algunos elementos considerando que la educación media superior es obligatoria en nuestro país.

¹¹³ Aun cuando el Estado mexicano no es parte de la convención relativa a la Lucha contra las discriminaciones en la esfera de la Enseñanza, en la presente Recomendación se utiliza como criterio orientador.

En ese orden de ideas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General número 13¹¹⁴, determinó cuatro características interrelacionadas de la educación, y una quinta, que se desprende de la CPEUM y como recomendación de la UNICEF, a saber:

- a) **Disponibilidad.** Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. **Las Condiciones de desarrollo en el que actúan;** por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente **necesiten edificios u otra protección** contra los elementos, **instalaciones sanitarias** para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc;
- b) **Accesibilidad.** Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminaciones, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente: no discriminación, **accesibilidad material** y accesibilidad económica.
- c) **Aceptabilidad.** La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes.
- d) **Adaptabilidad.** La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades

¹¹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 13 (21º periodo de sesiones, 1999). El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), párrafos 3 y 6.

de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

e) **Calidad.** Para la materialización del derecho a la educación se requiere que la infraestructura y todos los elementos que son necesarios sean apropiados que incluye la preparación del personal docente y la utilización de la ciencia y la tecnología aplicadas al conocimiento para desarrollar las capacidades necesarias para producirlo, a partir de métodos de enseñanza que enfaticen en las habilidades de comprensión e interpretación que provean una formación integral y de calidad¹¹⁵.

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es claro al establecer que el derecho a la educación, como todos los derechos humanos, impone a los Estados Parte tres tipos o niveles de obligación¹¹⁶, a saber, a) **respetar:** exige que se eviten las medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación; b) **proteger:** impone adoptar medidas que eviten que el derecho a la educación sea obstaculizado por terceros; y, c) **cumplir:** consta de la obligación de facilitar y la obligación de proveer.

De acuerdo con lo señalado por el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Estado mexicano está obligado a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recurso de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en

¹¹⁵ Consultar: UNICEF Colombia. Página de Internet dirección URL: <http://www.unicef.org.com>

¹¹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 13 (21 periodo de sesiones, 1999). El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto).

particular la adopción de medidas legislativas y la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los medios de comunicación en la prevención del delito

Raúl Fraga señala que existe una relación medios-sociedad-seguridad pública, primero porque la inseguridad pública se ha convertido el principal tema abordado por la prensa y segundo haciendo referencia a la Ley que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública impulsada por el entonces presidente Zedillo, al papel que juegan los medios de comunicación en la prevención del delito, cuyo objetivo general era propiciar su contribución a prevenir y combatir la comisión de ilícitos, ello mediante la difusión de programas en esa materia, así como que el contenido en general respetara la moral social y evitara influencias nocivas al desarrollo armónico de la sociedad, sin embargo, nos dice Fraga, dicha política gubernamental no logró tal vinculación y participación armónica.¹¹⁷

La capacitación de los comunicadores y en general de los medios de comunicación, es tan importante como la educación en sí, pues lo que muestran al público es una forma de aprender. La prevención del delito comienza desde lo que estamos leyendo, viendo y escuchando y en esto los medios de comunicación son tan responsables como el estado mismo.

La televisión influye en la conducta de las personas que se exponen a este medio ya sea de manera positiva o negativa; como hemos dicho, el receptor se apropiá de ciertos y determinados modelos sin reflexionar, en algunos casos en el origen de éstos, que pueden tener una mayor o menor

¹¹⁷ Fraga Juárez, Raúl, *Medios de comunicación y cobertura del delito, desafíos de la Seguridad Pública en México*, IIIJ-UNAM-PGR, 2002.

constatación en la realidad. No es necesario realizar investigación alguna para comprobarlo; basta con que observemos el comportamiento de los niños, adolescentes y jóvenes en nuestro país.¹¹⁸

Es por lo anterior, nos dice Avilés, si aprovechamos el impacto que tiene en las personas y su comportamiento, podemos utilizar los medios de comunicación para prevenir el delito, y puede ir desde programas comunitarios encaminados a mejorar las condiciones sociales, hasta campañas públicas de educación a la población, solo basta para ello (dejando a un lado la necesaria utilización de las técnicas que muy específicamente utiliza) que responda a una estrategia coordinada de todos los factores que intervienen en las tareas de prevención.¹¹⁹

Como se ve, la prevención del delito no es un asunto aislado que se pueda atacarse desde un enfoque, sus acciones deben ser integrales y debemos participar todos desde nuestra trinchera. Sé que se estarán preguntando el impacto o daño que puede tener la televisión, la radio, pero sobre todo las redes sociales, donde nuestros jóvenes pasan muchas horas, y la respuesta es que si no se hace un uso consciente, definitivamente la respuesta es que si puede ser factor en su conducta.

Por ello, la educación en la familia también es fundamental, pues ahí se forja no solo los principios y valores, sino la personalidad misma, la comunicación y convivencia de padres e hijos pueden resultar en cosas positivas y claro puede ser determinante en la vida misma.

Con base en lo anterior, se debe crear un órgano regulador que pugne por medios de comunicación, programación, spots y

¹¹⁸ Aguilar Avilés, D.: *Control Social y Prevención delictiva. Una introducción al tema desde el análisis de los medios de comunicación social*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, consultado el 22 de agosto de 2016, disponible en www.eumed.net/rev/ccss/08/daa2.htm.

¹¹⁹ Idem.

mensajes serios, éticos, comprometidos con la aculturación de las personas. Muchos de nuestros jóvenes actúan por moda y estereotipos que le muestran los medios y lo vuelve parte de sí, de ahí su corresponsabilidad en la prevención del delito.

3. El Sistema Anticorrupción en México

Un cambio de hoja, una nueva etapa, la destrucción del pasado¹²⁰, o más bien de los mecanismos sociales que vinculan la experiencia contemporánea del individuo con la de generaciones anteriores, es uno de los fenómenos más característicos del siglo XX.

A lo largo de este siglo, se ha demostrado que existe la necesidad de exigirles cuentas a aquellos que tienen bajo su responsabilidad, la libertad, igualdad o seguridad de sus gobernados.

Para ello, debemos recordar que, durante el siglo XX, se cometieron en todo el mundo una serie terrible de atrocidades que afectaron a la humanidad: crímenes de guerra, genocidios, crímenes de lesa humanidad, incluidas prácticas sistemáticas de tortura, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. Todo ello durante las guerras internacionales, en conflictos regionales, incluso en tiempos de paz, en donde la inmensa mayoría de los autores de esos crímenes quedaron sin castigo.¹²¹

Atrocidades como la del régimen nazi que gobernó en Alemania bajo el gobierno de Adolfo Hitler¹²²es uno de los principales

¹²⁰Hobsbawm, Eric, *Historia del siglo XX*, Crítica, 6^a ed., Barcelona 1994, p.13.

¹²¹Nowak, Manfred et. al. (2005). *Derechos Humanos, manual para parlamentarios*, Francia, Oficina del alto Comisionado de Naciones Unidas y Unión Interparlamentaria, p. 55.

¹²²Dwork, Debórah y Van Pelt, Robert Jan, *Holocausto. Una historia*, Madrid, Algaba ediciones, 2004.

ejemplos de la imperiosa necesidad, de la rendición de cuentas y un sistema de sanción a quien ostentó el poder.

Por otro lado, durante ese siglo encontramos un aspecto económico-social que impactó y sigue impactando hasta nuestros días, pues fue el inicio de una internacionalización¹²³ del derecho, la economía, la cultura, y en fin, de una globalización que rompería con aquellas unidades políticas fundamentales, donde los estados nación soberanos e independientes, resultaron inmersos en las cuestiones supranacionales o transnacionales.

Al respecto, nos dice Wallerstein¹²⁴ que existen dos dominios del mundo principalmente, la citada globalización y el terrorismo, pues en ellos encontramos las características principales de finales del siglo XX, la internacionalización de la vida, la democracia, el derecho, la economía, la cultura, las tradiciones y un sin fin de elementos, que hasta antes de la segunda guerra mundial, eran cuestiones –un tanto– propias, autónomas o soberanas.

Pero no podemos pasar por alto, que actualmente el sistema político atraviesa por una profunda crisis vinculada al derecho, Luigi Ferrajoli ha insistido en que la *crisis de la legalidad*, es decir, *en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder*.¹²⁵

Esta ilegalidad del poder y ausencia de controles, ha llevado al surgimiento de estados paralelos que operan con sus propias reglas y que son más eficaces, en ocasiones, que los propios servicios estatales, como lo pueden ser: la mafia, la corrupción, la delincuencia organizada, entre otros; lo cual deslegitima a los Estados y gobiernos que incumplan la expectativa moderna de

¹²³Hobsbawm, op., cit, p.21

¹²⁴Wallerstein, Immanuel Maurice, *Análisis de sistemas-mundo: una introducción*, siglo XXI editores, México, 2005.

¹²⁵Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p.15.

rendición de cuentas, siendo el mismo sistema democrático quien se encargará de extirpar estas carencias a través del sufragio y en consecuencia, de una mejor representación.

De esta forma, el sistema de rendición de cuentas, plasmado en nuestro sistema jurídico, es legitimador del estado, más en términos cualitativos que cuantitativos, esto es, no importa cuántos mecanismos de rendición de cuentas se conciban en un sistema de gobierno, si ello no es eficaz para los fines pretendidos; al contrario, a mayor nivel cualitativo de los sistemas de rendición de cuentas, mayor grado de legitimación tendrá el gobierno en cuestión.

De lo que se trata es de cumplir la expectativa ciudadana en este renglón, la cual como hemos visto, está afectada por la crisis de legalidad por la que transitan las democracias, aun las más avanzadas.

En esa línea argumentativa, Wallerstein nos refiere que, para el estudio de estos fenómenos, podemos apoyarnos de dos modos de estudio principalmente, la ciencia social y la histórica holística, una ciencia nos dice, sin la existencia de dios y meramente científica.

En ese sentido, el análisis de los sistemas mundo, se centrará en una batalla -que según nosotros no ha terminado- entre científicos y filósofos.

En el ámbito político, no debemos perder de vista que también ha existido una lucha ideológica-política entre socialismo y comunismo, y que brillantemente Giddens encuentra el punto medio de esta confrontación para darnos una propuesta ecléctica, que ha decir verdad, nos parece el mejor equilibrio, la tercera vía, como una política de la social demócrata, donde las preocupaciones sociales toman sentido de conciencia.

Ya en el plano de la materia política, nos dice nuestro autor, que la tercera vía busca como fin último la buena vida, y

que para poder llegar a ella irremediablemente tenemos que contar con un estado de bienestar, que nos asegure ese estado en el que la vida digna sea su base de acción y siempre en condiciones de igualdad.

1.-Punto de partida

Como hemos venido dilucidando, la rendición de cuentas surge como un elemento de la democracia¹²⁶que busca en todo momento la distribución de poder, una lucha de equilibrio y control, en el que no existan abusos por ninguna de las partes que integran la relación gobernado-gobernante, y así, la búsqueda –aún inalcanzable- de un buen gobierno que cumpla con su rol dado, que realice aquello que se le confió, que es cierto que se cedió parte de la libertad, pero no para que esta fuera violentada en todo momento, o peor aún no reconocida.

Así nos dice Crespo¹²⁷, que la división de poderes tiene como finalidad que no se concentre el poder en una sola persona, con el único fin que dicho poder no se corrompa y sobre todo que no exista absolutismo o embriaguez de poder, para poder velar que no sucedan estas maldades políticas, surge la necesidad de crear mecanismo de rendición de cuentas de quien ostenta el poder, para aquél para el que cumple una labor –ciudadanía, pueblo o gobernados-, pero en algunas ocasiones pareciera que dicha relación es viceversa, creando un sistema de represión, coerción por parte de la maquinaria del estado, en el que no se permita a nadie ni a nada estar en contra del sistema (de poderes denominados ejecutivo, legislativo y judicial) pues en muchas de esas formas de represión, se encuentran los tipos penales abiertos, represión a los medios de comunicación “libres” y todo

¹²⁶ Crespo, José Antonio, *Fundamentos políticos de la rendición de cuentas*, serie cultura de la rendición de cuentas, Auditoría Superior de la Federación, México, p. 7.

¹²⁷Idem.

aquélf que no se encuentre conforme con las políticas sociales, públicas, culturales e ideológicas, es acallado.

Para poder hacer contra peso, muchas veces –desde nuestra perspectiva- se recurre a mecanismos que nada tienen que ver con la forma efectiva pensada en la rendición de cuentas, tal es el caso como el bono democrático¹²⁸el cual consiste en “castigar” al partido político que se encuentre en el poder en turno (entiéndase como aquél que es el presidente, gobernador, diputado, secretario de gobierno o cualquier servidor público) y que no llevó a cabo bien su labor encomendada, castigando así mediante el voto contrario al partido político que representaba ese servidor, lo cual se insiste, que como ya explicamos no es un mecanismo eficaz.

Y así en nuestro México, caemos en situaciones cíclicas en las que en algún momento eres héroe y otras un villano, buenos y malos cada nuevas elecciones, promesas y logros inconclusos, en un país donde todo es posible.

Es cierto que vivimos en un pluralismo democrático¹²⁹ pues contamos con muchos partidos “políticos” que en defensa de una supuesta ideología son catalogados de izquierda o de derecha (y sus múltiples sub clasificaciones) pero ello en nada ha asegurado que realmente se respeten la democracia, o mucho menos un estado de derecho.

Los partidos políticos y la prensa, es cierto juegan un papel importante en esta forma de la rendición de cuentas, pero sin duda, el contrapeso buscado dista mucho de un buen mecanismo de freno en el exceso de poder, la verdadera prensa libre y los verdaderos partidos políticos que respetan una ideología real y no pantalla, son los únicos mecanismos que en una sociedad

¹²⁸Omne opus, Márquez, Graciela y Meyer, Lorenzo, *Nueva historia general de México*, El Colegio de México.

¹²⁹Márquez y Meyer, op. cit., p. 747-791.

democrática podrían crear un clima de equilibrio, contra peso, o rendición de cuentas.

Al respecto, Federico Cortés¹³⁰, nos dice que en un sistema democrático, el hecho político debe ser concebido con la razón - y nosotros agregaríamos- con lógica, imparcialidad, honestidad, ética y todos aquellos principios que limitaran el abuso de poder, la arbitrariedad, el mal uso de los recursos públicos, la ilegalidad y los excesos.

Por ello, nos dice Cortés, el voto debe ser un mecanismo de coerción, que limite, restrinja todo aquello que salga de la legalidad y la buena función pública.

Todo ello, tiene su origen desde tiempos remotos, no es un problema actual, ni mucho menos un fenómeno de recién aparición, ya Madison refería que los hombres no son ángeles, Séneca que debemos vigilar su actuar y Maquiavelo que está en la naturaleza humana desconfiar del otro.

2.- Modelos

Luis Carlos Ugalde¹³¹, nos dice que la rendición de cuentas tiene que ver con aquél hecho en el que una sociedad democrática delega funciones en quien los representa, en este caso, mediante procesos democráticos las sociedades eligen a quien los represente en los diferentes ámbitos políticos, quien fungirá en todo caso, como aquél encargado de velar para que el ciudadano viva en condiciones adecuadas dentro de una sociedad ordenada.

¹³⁰ Cortés Cortés, Federico, *Reinventar la rendición como mecanismo de consolidación estatal y combate a la corrupción*, Segundo Certamen Nacional de ensayo sobre Fiscalización Superior y Rendición de Cuentas, 2002, p20-25.

¹³¹ Ugalde, Luis Carlos, Instituto Federal Electoral, *Rendición de cuentas y democracia. El caso de México*, cuadernos de divulgación de la Cultura Democrática, México, 2002, p.18.

Un aspecto que resalta Ugalde, lo es precisamente el manejo de la información de interés social, por contener precisamente el actuar de quien en su momento fue elegido, el dar a la sociedad esa información donde plasma como desarrolla su actividad, es sin duda el justo momento de materialización de la rendición de cuentas, es decir el gobernante da a los gobernados el reporte de cómo y en qué está llevando a cabo las actividades encomendadas.

Para este mecanismo de rendición de cuentas, básicamente debe contener dos elementos, el primero de ellos, es aquel por el cual una vez entregadas las cuentas, analizar si el actuar del ente obligado estuvo apegado a la legalidad, imparcialidad y ética, y el segundo, en aquellas ocasiones en que no se hayan cumplido estas reglas se decida reprocharle posibles anomalías que traerán como consecuencia inmediata, la aplicación de sanciones.

Para ello, encontramos dos modelos básicamente en que se desarrolla la rendición de cuentas, veamos:

3.-Rendición de cuentas horizontal

La rendición de cuentas horizontal se refiere a “la existencia de agencias estatales con autoridad legal, para emprender acciones que van desde la supervisión rutinaria hasta sanciones penales y desafuero en relación con actos u omisiones ilegales de otros agentes o agencias del Estado”¹³².

Este tipo de rendición de cuentas tiene como características principales que cuenta con órganos de vigilancia por parte del Estado por otras instituciones de la misma entidad, y que formalmente gozan de autonomía para fiscalizar a los entes obligados.

¹³² Ugalde., op., cit. p. 27

Así mismo, tiene como característica, que los poderes del estado (ejecutivo, legislativo y judicial) además de llevar a cabo las funciones propias de su naturaleza, es decir, ejecutar las leyes, crear y modificar las leyes y velar por la legalidad de los actos, respectivamente tienen, asimismo, la obligación de fiscalizarse unos a otros, bajo el entendido de equilibrio de poder.

En esta parte, podemos advertir algunos ejemplos prácticos, tal como la firma de tratados internacionales y la ratificación por parte de la Cámara de Senadores, donde se observa la finalidad de este sistema de equilibrio o de pesos y contra pesos, donde no podría existir unilateralidad de los actos, para que estos no se tornen arbitrarios.

Sin embargo, nos dice nuestro autor en cita, este sistema de democracia horizontal, es insuficiente para asegurar transparencia, responsabilidad y legalidad en las acciones de gobierno¹³³.

4. Rendición de cuentas vertical

La rendición de cuentas vertical describe una relación entre desiguales, en las que un superior jerárquico controla a sus subordinados, o aquella en la que los votantes juzgan y vigilan a sus representantes¹³⁴, es decir, encontramos dos sub tipos de la rendición de cuentas la electoral y la social.

La primera, entiéndase como aquella en la que las elecciones fungen como el mecanismo para estimular el buen funcionamiento del gobierno. Teniendo así el voto, como mecanismo de premio o sanción, dependiendo del comportamiento de quien en ese momento ostente el encargo, pero nótese que dichas consecuencias serán efectuadas posteriores al encargo, es decir, como mecanismo de rendición

¹³³idem(Ugalde: 2002:27).

¹³⁴Idem, p. 30.(Ugalde: 2002: 30)

de cuentas posterior, teniendo así una desventaja enorme por tener que esperar a que el ciclo laboral termine.

Al respecto, algunos investigadores empíricos han demostrado que la rendición de cuentas que se establece a través de las elecciones no es suficiente para garantizar un buen desempeño gubernamental y el Estado de Derecho, pues al final los empleos de todos los servidores públicos dependen en última instancia del voto.¹³⁵

Lo cual queda corroborado por tres problemas básicos, 1.- es muy difícil que los agentes obligados den cuenta de todos los actos que llevan a cabo, y más aún que los ciudadanos puedan estar pendientes de todos y cada uno de ellos; 2.- como ya hemos dicho, la rendición de cuentas electoral es aquella exigible de manera posterior al encargo a revisar, de ahí que muchas veces no se pueda detener el abuso y la arbitrariedad durante el encargo, (nótese que algunos duran hasta 6 años), de ahí que dicho mecanismo no represente la efectividad necesaria; 3.- Finalmente, la rendición de cuentas por medio de elecciones, es un mecanismo externo, pues se lleva a cabo desde fuera de la administración pública, lo cual implica, que en la mayoría de las veces no se tengan los suficientes elementos para poder probar los actos corruptos por parte de los servidores públicos.¹³⁶

Ahora bien, respecto a la rendición de cuentas social, encontramos a todas aquellas agrupaciones ciudadanas y medios de comunicación que mediante la crítica moral y pública exigen a sus representantes el buen comportamiento público, pero sobre todo el buen ejercicio de su función.

Y aquí surgen los medios de comunicación, que como hemos referido supra, siempre que éstos actúen en plena libertad, son

¹³⁵ M. Ackerman, John, *Estructura Institucional para la rendición de cuentas: Lecciones internacionales y reformas futuras*, serie cultura de la rendición de cuentas, p.10.

¹³⁶Idem, p.13.

un mecanismo de coerción y contra pesos para con los malos gobiernos, la mala función pública y los servidores públicos que no llevan a cabo su función, ya sea evidenciándolos, criticándolos, exhibiéndolos o exigiendo cabalidad en la función pública, así los gobernados alzan la voz.

5.- Rendición de cuentas modelo internacional (Declaración de Lima)

La Declaración de Lima, destaca algunos retos o perspectivas que los estados partes deben de tomar en cuenta tales como que la utilización regular (legal) y racional de los fondos públicos constituye una de las condiciones esenciales para garantizar el buen manejo de las finanzas pública y la eficacia de las decisiones adoptadas por la autoridad competente.¹³⁷

Así mismo encontramos plasmados en ellas múltiples principios que deben regir la rendición de cuentas, tales como el principio de control como medio no como fin, oportunidad, legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad, los cuales tienen como señalar las desviaciones normativas e infracciones a dichos principios.

Un control previo eficaz, como imprescindible para una sana economía financiera, a través de una Entidad Fiscalizadora Superior.

Cuando se habla del control posterior, se reclama la responsabilidad del responsable, para que éste –en su caso– indemnice del perjuicio causado, esto sin menoscabo del control previo que realizan las contralorías internas, por ejemplo.

Además, exige que las Entidades Fiscalizadoras Superiores, sean independientes (tanto formal como materialmente hablando) para evitar influencias externas que redunden en una

¹³⁷ Declaración de Lima sobre las líneas básicas de la fiscalización.

mala práctica que ponga en duda su desempeño, así mismo dicha independencia debe tener rango constitucional y legal.

Constante capacitación, modernización y en general actualización técnica, con la finalidad de eficientizar al máximo el servicio.

Y finalmente, que su sistema de informe de labores debe ser anual, y el mismo deberá de abarcar principalmente la actividad de la entidad en su totalidad.

6.- Comentarios generales de los modelos y la participación ciudadana como eje rector.

La división de poderes ha sido uno de los bastidores del constitucionalismo contemporáneo, desde entonces también ha prevalecido la lucha para que el mismo prevalezca¹³⁸.

Las funciones del estado, necesitan de la división de poderes como medio de control natural, pues de lo contrario se caería en abusos, absolutismos, arbitrariedades, actos deshonestos, violaciones a derechos humanos, y sin duda una represión que no podría contenerse, pues el poder en una sola persona ha sido sinónimo de violación a derechos fundamentales, lo que no significa que en aquellos estados donde no exista un sistema democrático, este tipo de prácticas no se den, sin embargo, el control de pesos y contrapesos equilibra esa situación de manera que los abusos y arbitrariedades sean controladas.

Lo anterior, no significa que seamos tajantes y no compartamos la opinión de Tena Ramírez, en el sentido de que la distinción entre la asamblea deliberante, el grupo de magistrados y el cuerpo judicial, -en su origen- obedecía a una cuestión de especialización de las funciones o un tipo de división del trabajo,

¹³⁸ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La división de poderes y la función jurisdiccional*, Revista Latinoamericana de Derecho, Año IV, enero diciembre, 2007, p. 1.

pues ello aseguraría calidad y funcionalidad en el desempeño de la labor pública en cada rama de especialidad.¹³⁹

Con base en ello, nos atrevemos a compartir la opinión de que al menos en el plano formal, la rendición de cuentas horizontal es la forma adecuada para la rendición de cuentas, por representar ésta el mecanismo que se rige por el principio de pesos y contrapesos.

Por otro lado, somos partícipes que la participación ciudadana y las políticas públicas incluyentes, encaminadas a las interrelaciones materiales y reales entre los servidores públicos y los ciudadanos, de tal forma que no sea un escenario en el que parecieran dos mundos intocados y distintos, es decir, lo propio de la vida política y de asuntos públicos y la del gobernado.

En efecto, en la medida en que la participación ciudadana sea una práctica en la que se interrelacione con el estado, en esa misma medida podemos hablar, primero de rendición de cuentas y fiscalización, acceso a la información, pero sobre todo de legitimación, pues los asuntos de carácter público no tienen que ser desconocidos o ignorados por quien es el directamente afectado o, en su caso beneficiado por las decisiones de éstos, de ahí que debe ser tomada como una nueva fórmula, y como una solución urgente.

En ese sentido, autores como Mauricio Merino, señalan que la democracia y la participación, son una relación indisoluble de nuestra sociedad, que “la construcción y consolidación de la primera es una tarea que involucra no solo a las instituciones gubernamentales y a los partidos, sino también y de manera destacada, a los ciudadanos, por lo que su participación

¹³⁹ Tena Ramírez, Felipe, *La crisis del principio de división de poderes*, revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México, t. IX, julio-diciembre, 1947, p. 135.

responsable y voluntaria es una condición imprescindible de los regímenes democráticos".¹⁴⁰

Aunque la participación social es elemento fundamental del buen gobierno, nada garantiza que su presencia desemboque en una gestión pública exitosa.¹⁴¹

La participación ciudadana es vista como el eje de la práctica política que permite a los ciudadanos intervenir en los asuntos de interés colectivo a través de espacios públicos en donde se debaten, se deciden y vigilan las políticas públicas en los diferentes ámbitos del gobierno, se inspiran en desarrollos recientes de la teoría democrática, sobre todo en lo referente a la sociedad civil.

Por solo citar un ejemplo, a partir de la instrumentación de la Ley General de Contabilidad Gubernamental, se establece el Sistema de Contabilidad Gubernamental (SCG) como herramienta esencial para la toma de decisiones sobre las finanzas públicas, coadyuvando en la eficiencia y economía en materia de rendición de cuentas, fiscalización, transparencia, efectividad y en la programación con base a resultados, cuyo principales objetivos consisten en: permitir la adopción de políticas públicas para el manejo eficiente de gasto orientado al cumplimiento de los fines y objetivos del ente público; permitir una efectiva transparencia en la rendición de cuentas.¹⁴²

¹⁴⁰ Merino, Mauricio, *La participación ciudadana en la democracia*, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, número 4. (consultado el 8 de octubre de 2014) disponible en: http://www.ine.mx/documentos/DECEYEC/la_participacion_ciudadana_en_la.htm

¹⁴¹Congreso, Gobiernos locales: El futuro Político de México pág.23
Cabrera Mendoza Enrique, La Nueva Gestión Municipal en México. Análisis de Experiencias Innovadoras en Gobiernos Locales, México, Porrúa CIDE 1995.

¹⁴²Jose Armando Platas revista sistema de contabilidad gubernamental. Pág. 71

Al respecto, Laura Sour nos dice que “para lograr una buena rendición de cuentas y transparencia debe existir acceso a la información financiera, contable, presupuestal y programática del sector público”.¹⁴³

En efecto, se trata de que los Servidores Públicos proporcionen información financiera relativa a sus propósitos, a sus metas alcanzadas y se conozcan los gastos que realiza el gobierno para realizar sus funciones. La contabilidad debe permitir la evaluación de la eficacia y eficiencia del gasto público, de los ingresos, egresos, activos, pasivos, de la administración de la deuda incluyendo obligaciones y el patrimonio municipal. Esta información debe tener las características de ser confiable, es decir, debe ser objetiva y verificable, útil, comparable, clara, accesible, relevante y oportuna.

La utilización de los recursos públicos debe responder y tener transversalidad con la gestión de políticas públicas y con los resultados de éstas por lo cual se requiere del análisis y evaluación de los mismos y de los resultados alcanzados.

La participación ciudadana es fundamental porque a través de foros de consulta pública se precisarán las acciones de inmediata e impostergable realización. Responde a la gestión de presupuestos y a la realización de políticas públicas mediante el diagnóstico ciudadano, pues es esencial en una sociedad democrática, pues sin éste no podríamos hablar de libertades ciudadanas, y por el contrario la arbitrariedad, el abuso de poder, la corrupción y el despotismo tendrían cabida nuevamente al estilo del siglo XXI, de ahí que talpreciado derecho deba ser reconocido, respetado y garantizado de la forma más amplia.

En el mismo sentido, la rendición de cuentas, la transparencia y en general los mecanismos de fiscalización por parte de los ciudadanos hacia sus gobernantes, son instrumentos que les

¹⁴³Laura Sour, revista trimestral fiscal 2012, pág. 90.

permiten someter a un escrutinio a dichos servidores públicos respecto de la función que tienen en el estado.

Sin embargo, -hasta este momento- tales instrumentos de fiscalización no son suficientes para ejercer coerción para que los servidores públicos tengan una conducta en su función de forma transparente, profesional, ética, eficiente y eficaz, lo que trae como consecuencia que la percepción de la ciudadanía hacia ellos sea de desconfianza y una actitud pasiva e indiferente hacia las cuestiones públicas.

Es por lo anterior, que somos partidarios y le apostemos a la participación ciudadana encaminada a la co-coordinación con el estado, en otras palabras, a la gestión.

Atendiendo a la forma de organización de nuestro país, creemos que esa gestión (vista como participación) tiene que ser desde el municipio, por ser el primer contacto Estado/ciudadano.

En efecto, “la gestión municipal es una actividad muy importante que desarrolla el ayuntamiento para atender y resolver las peticiones y demandas que plantea la ciudadanía; a través de ella se generan y establecen las relaciones del gobierno con la comunidad y con otras instancias administrativas de los gobiernos estatales y federales”.¹⁴⁴

Los aspectos más importantes de una eficiente gestión municipal requieren del cumplimiento de ciertos indicadores que marcan y determinan las acciones más importantes en el ejercicio del gobierno, en el ejercicio del poder. El cumplimiento de estos indicadores marca la diferencia entre la transparencia y la opacidad, así como la confianza y percepción ciudadana en cuanto al desempeño de su gobierno, entre los aspectos que se consideran se enumeran las siguientes variables:

¹⁴⁴Secretaría de Gobernación, INAFED

Confianza. Para efectos de esta tesis, la confianza se define como la certeza empírica de que algo sucederá en sentido de lo que la ciudadanía espera de su presidente municipal y su gobierno en cuanto a:

1-. El cumplimiento en compromisos de campaña, definidas estas como ofrecimientos realizados por la presidenta municipal durante su campaña política para obtener el voto ciudadano, establecidos formalmente a través de su programa de gobierno.

2.-Atención ciudadana. La atención ciudadana se refiere a los medios instituidos en el gobierno para atender en forma directa a los particulares, específicamente para orientarles en trámites y servicios y para recibir, canalizar y responder sus sugerencias, quejas o denuncias.

Atención ciudadana es sinónimo de participación ciudadana, si bien tiene un elemento en común. La atención ciudadana se refiere a los medios gubernamentales destinados para la atención de particulares, específicamente para orientarles en trámites y servicios para recibir, canalizar y responder sus sugerencias quejas o denuncias.

El elemento común que tiene con la participación ciudadana, es que en ambos casos se da una interacción de ciudadanos con la administración pública.

3.-Información ciudadana pública. Es el conjunto de recursos humanos, personales electrónicos de tecnología y difusión que permiten el acceso y conocimiento a cualquier ciudadano de las gestiones del gobierno, procesos de decisiones que adquieren y les sean confiadas en el ejercicio de la función, limitándose únicamente este principio a los casos especiales y específicamente contemplados y justificados por ley.

4.- Honestidad del gobierno. La honestidad en la función pública consiste en regirse con probidad,¹⁴⁵ honradez y coherentemente al principio de satisfacer el interés general sobre el personal o sectorial, debiendo administrar los recursos de los cuales se dispone de manera acorde a la función asignada para dichos recursos.¹⁴⁶

5.-Apoyos sociales del gobierno municipal.” Ayuda percibida “se refiere a la percepción ciudadana de que en situaciones problemáticas o de riesgo en la población hay en quien confiar y a quien pedir apoyo. Es la percepción de que existe ayuda disponible por parte del gobierno, sobre todo en situaciones de dificultad.¹⁴⁷

6.-Mecanismos de Participación ciudadana. Los mecanismos de participación ciudadana en el gobierno municipal son las formas que le facilitan su interacción con la sociedad en función del interés público.¹⁴⁸

Un elemento especial de un buen gobierno es la participación ciudadana ya que contiene aspectos relevantes que la sociedad percibe de manera positiva, entre ellos:

- Ayuda a construir una visión compartida entre gobierno y sociedad.
- Promueve la transparencia y rendición de cuentas.
- Obliga al gobierno a centrarse en el interés público.
- Se aprovechan conocimientos y recursos de la sociedad civil a favor del interés público. Aplicando soluciones eficientes a problemáticas sociales.

¹⁴⁵ 5.1 del Código de ética del Poder Judicial de la Federación.

¹⁴⁶ Ley ética de la función pública pág. 1,2

¹⁴⁷ Apoyo Social” Asuntos Sociales de España, pag.3

¹⁴⁸ Mecanismos de participación ciudadana “Comisión Intersecretarial para la Función Pública

Los mecanismos de participación ciudadana pueden ser:

- a) Consulta ciudadana, para conocer opinión y percepción de los ciudadanos.
- b) Acceso a la información a través de los medios instituidos para ello.
- c) Consejos consultivos ciudadanos entre representantes de la sociedad civil.
- d) Espacios de diálogo y consulta. Son foros y mesas donde convergen organizaciones sociales e instituciones públicas en torno a un tema de interés social.
- e) Observación ciudadana. Son formas de participación que consisten en la observación sistemática de procesos específicos de la gestión gubernamental (monitoreo ciudadano).
- f) Contraloría Social, se refiere a la vigilancia y control que hacen los ciudadanos sobre la gestión gubernamental.
- g) Financiamiento público a proyectos propuestos por actores sociales. Es la asignación de recursos públicos por parte del gobierno a actores de la sociedad para que puedan ejecutar proyectos de beneficio público.¹⁴⁹

7.-Servicios municipales. Los servicios municipales corresponden a la variedad de obligaciones que son las principales acciones que tiene encomendadas como obligación legal, el gobierno municipal tales como: dotar de agua potable y alcantarillado a la ciudad, alumbrado público, pavimentación de calles, mercados, espacios educativos y de recreación, áreas de servicios administrativos, de certificación, registro civil,

¹⁴⁹mecanismos de participación ciudadana. Comisión Intersecretarial para la Función Pública pag. 8-18

equipamiento urbano, seguridad y protección civil entre otros más.

7.- El Caso Mexicano

La rendición de cuentas en México, en palabras de Ackerman¹⁵⁰, ha tenido avances importantes, y ello lo podemos observar en la transformación de la Contaduría Mayor de Hacienda en auditoria Superior de la Federación y las reformas a las Entidades de Fiscalización Superior a nivel estatal, y como éstas han fortalecido de manera significativa, el régimen de control y fiscalización del gasto público en México. Así mismo por la aprobación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, las nuevas leyes de acceso a la información y la Nueva Ley de Servicio Profesional de Carrera en la administración Pública Federal.¹⁵¹

Ahora bien, no debemos perder de vista que la Contaduría Mayor de Hacienda, surge como producto de la reforma constitucional del 25 de octubre de 1993 al artículo 122 de la carta magna, por la cual se facultó a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal para revisar la cuenta pública., dicha institución estuvo regulada en La ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.¹⁵²

Por su parte Nieto Castillo¹⁵³, nos dice que las instituciones influyen en la vida política, y si no influyen satisfactoriamente es pertinente su modificación, así encontramos en entre las principales innovaciones de la ley expedida en 1999, encontramos sustancialmente que: a) Se crea como órgano

¹⁵⁰Ackerman, op cit., p. 37.

¹⁵¹Idem, p.36.

¹⁵² Nieto, Santiago, Medina Pérez, Yamile, *Control externo y responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Estudios Jurídicos, num. 73, México, 2005,p.120

¹⁵³ idem.

colegiado; b) El nombramiento del contador mayor será de 4 años, y no de 8 como era antes; c) La presidencia sería asignada de manera rotatoria, evitando así la concentración de poder; d) Se crea el servicio civil de carrea, buscando siempre la legitimación de quien funge en el encargo.

Ahora bien, cual es el fin de la Auditoria Superior de la Federación, pues precisamente es fiscalizar la cuenta pública a través de auditorías a los entes obligados constitucionalmente, tales como entidades federativas, municipios y todos aquellos órganos autónomos que ejerzan recurso de la federación, incluyendo a los particulares que participan directa o indirectamente.

Ahora bien, el marco legal en el que se encuentra sustentada la Auditoría Superior de la Federación, la facultad para fiscalizar la cuenta pública, con la finalidad de comprobar que se hayan seguido los criterios fijados en el presupuesto de egreso de la federación, verificar el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas para los que se dio el recuso y finalmente para evaluar los resultados de la gestión financiera.

No debemos dejar de lado que la Auditoría Superior de la Federación es un órgano que depende de la Cámara de Diputados, pues el ideal de esta institución, es precisamente que sean los representantes de los ciudadanos (Diputados) los que revisen la cuenta pública, cumpliendo así la premisa de que sean los entes obligados los que rinden cuentas a los gobernaos.

La forma de fiscalización, en ese sentido, consistirá en la revisión del manejo de los recursos públicos, cada año fiscal, es decir, el año siguiente a la gestión correspondiente.

8.- Situación actual en el Estado Mexicano: Sistema Nacional Anticorrupción

La reforma constitucional que plantea un modelo de sistema anticorrupción en el país, señala como una problemática real a la corrupción, como un fenómeno que no sólo afecta al estándar de responsabilidad ética-jurídica de los servidores públicos y los particulares relacionados en sus funciones, sino que tiene un impacto perjudicial en todo el sistema público, tales como la inseguridad y el crecimiento económico, lo que trae aparejado, desde nuestra perspectiva, la falta de desarrollo social y cultural.

En ese sentido, se plantea un sistema que coordine los tres órdenes de gobierno para que a su vez se cumpla con las siguientes finalidades:

- Prevención
- Detección
- Sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción
- Fiscalización y control de recursos públicos

Ahora bien, los anteriores elementos se identificaran en hechos conocidos como corrupción o faltas administrativas en contra de la administración pública, asimismo en aquellos casos en que servidores públicos o particulares (relacionados de alguna forma con la administración pública o que realicen funciones propias de un servidor público de tal organigrama) en contra de los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia al propio estilo del derecho administrativo sancionador, claro sin dejar de lado la investigación de delitos, lo cual –desde nuestra perspectiva- es un poco complicado su alcance, pues se crea una fiscalía especializada en combate a la corrupción, dependiente de la procuración de justicia ordinaria, es decir, se pone en entre dicho el principio de autonomía e imparcialidad.

Todo lo anterior, mediante el establecimiento de políticas públicas integrales, coordinación de autoridades y el uso de las tecnologías de la información que permitan un correcto suministro, intercambio, sistematización y actualización de los datos que generen tanto los servidores públicos como las instituciones obligadas a la rendición de cuentas y la fiscalización, para así evitar la corrupción o la comisión de faltas administrativas.

Tales acciones serán coordinadas, de conformidad con el artículo 10 de la Ley General del Sistema Anticorrupción, de un Comité Coordinador que se integrara con un representante del Comité de Participación Ciudadana y los titulares de la Auditoría Superior de la Federación, Fiscalía Especializada de Combate a la Corrupción, Secretaría de la Función Pública, un representante del Consejo de la Judicatura Federal, el Presidente del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales y Presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Parte importante del sistema, es lo previsto en los artículos 46 a 48 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, referente a la declaración de intereses (situaciones que pongan en duda su imparcialidad)¹⁵⁴ obligando a todos los servidores públicos que deben presentar todos aquellos que realizan declaración patrimonial.

Por su parte, al Tribunal Federal de Justicia Administrativa se le dota de atribuciones para poder sancionar a cualquier autoridad de los tres poderes y de los tres órdenes de gobierno. Un elemento a destacar y de suma importancia, es que se contempla la posibilidad de sancionar no sólo a éstos servidores

¹⁵⁴ La declaración de intereses tendrá por objeto informar y determinar el conjunto de intereses de un servidor público a fin de delimitar cuándo éstos entran en conflicto con su función.

públicos, sino también a particulares¹⁵⁵ con funciones propias de ellos, es decir, a muy el estilo de la Ley de Amparo contra particulares, es decir para aquellos que realizan funciones propias de una autoridad en el ámbito de sus competencias, y para ello dichas atribuciones deben estar contempladas en una ley o norma general, pues de lo contrario hablaríamos de un particular en el estricto sentido, por ello –desde nuestra perspectiva– tal concepto y su ambigüedad podría generar un poco de confusión que impactaría en su correcto funcionamiento.

Ahora bien, se crea un ente para la Ética Pública, el cual estará integrado por el Presidente de la República, el Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, presidentes de cada una de las Cámaras, titulares de órganos constitucionales autónomos en el ámbito federal, los titulares de los órganos antes referidos cuando se habló al referir la reforma constitucional, y el Comité de Participación Ciudadana.

Otro punto interesante, es el tema de la prescripción de las faltas administrativas graves a siete años¹⁵⁶, con lo cual se pretende

¹⁵⁵ Ley General de Responsabilidades Administrativas: Art. 3 , IV, **Faltas de particulares:** Los actos de personas físicas o morales privadas que estén vinculados con faltas administrativas graves a que se refieren los Capítulos III y IV del Título Tercero de esta Ley, cuya sanción corresponde al Tribunal en los términos de la misma;

¹⁵⁶ Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción

De la prescripción de la responsabilidad administrativa

Artículo 74. Para el caso de Faltas administrativas no graves, las facultades de las Secretarías o de los Órganos internos de control para imponer las sanciones prescribirán en tres años, contados a partir del día siguiente al que se hubieren cometido las infracciones, o a partir del momento en que hubieren cesado.

Cuando se trate de Faltas administrativas graves o Faltas de particulares, el plazo de prescripción será de siete años, contados en los mismos términos del párrafo anterior.

La prescripción se interrumpirá con la clasificación a que se refiere el primer párrafo del artículo 100 de esta Ley.

Si se dejare de actuar en los procedimientos de responsabilidad administrativa originados con motivo de la admisión del citado informe, y como consecuencia

abrir el sexenio de los servidores públicos, fuera del Presidente de la República (curiosamente).

Finalmente, se propone la obligación de todos los servidores públicos a presentar su declaración patrimonial y de intereses, bajo protesta de decir verdad,¹⁵⁷ lo cual es un requisito por demás innecesario pues la sola presentación de afirmaciones o documentación a cualquier autoridad falsa, podría resultar en la comisión de un delito.

En conclusión el sistema de rendición de cuentas debe ser una interrelación entre los distintos mecanismos de fiscalizar a los servidores públicos que en algún momento se les ha confiado una función, ya sea por un método democrático, ya sea mediante concurso profesional, pues al final del día, cualquiera de los dos métodos lleva implícito un consentimiento indirecto por parte de la ciudadanía, ya que esta a su vez a elegido a quien tiene esa facultad de propuesta, designación y porque no de crear mecanismos de selección.

Hablo de una interrelación de las formas de exigir cuentas a los gobernantes, pues como sabemos existen mecanismos de

de ello se produjera la caducidad de la instancia, la prescripción se reanudará desde el día en que se admitió el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa.

En ningún caso, en los procedimientos de responsabilidad administrativa podrá dejar de actuarse por más de seis meses sin causa justificada; en caso de actualizarse dicha inactividad, se decretará, a solicitud del presunto infractor, la caducidad de la instancia.

Los plazos a los que se refiere el presente artículo se computarán en días naturales.

¹⁵⁷ Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción

De los sujetos obligados a presentar declaración patrimonial y de intereses

Artículo 32. Estarán obligados a presentar las declaraciones de situación patrimonial y de intereses, bajo protesta de decir verdad y ante las Secretarías o su respectivo Órgano interno de control, todos los Servidores Públicos, en los términos previstos en la presente Ley. Asimismo, deberán presentar su declaración fiscal anual, en los términos que disponga la legislación de la materia.

distinta naturaleza, desde la libertad expresión, como forma de crítica libre y abierta, hasta la fiscalización pura a través de los órganos destinados a esta función, y eso, porque la unión de ellas tendría como fin una misma exigencia y una misma persecución.

Se dice lo anterior, con la finalidad de que se faculte a los órganos de fiscalización para darle seguimiento a las quejas y denuncias por parte de la ciudadanía bajo los parámetros de una investigación tendente a no ser infructuosa, pero sobre todo a ser tomada como propia, pues el solo burocratismo y las formalidades hacen de difícil acceso los mecanismos que llevaran al final de un proceso a castigar, aquel servidor público que no realiza bien su función.

Solo en esa medida y de esa manera, podemos dar lo que de origen es suyo, facilidad de exigir a sus gobernantes la rendición de cuentas de lo que en su momento se le confió, pugnando así por reducir los trámites legales que son de difícil acceso al grueso de la población, y sí exigiendo una profunda investigación al profesional y técnico especializado que es el órgano de fiscalización, tanto Nacional como local, buscando así un mecanismo de rendición de cuentas al alcance de todos.

Finalmente, como hemos dicho, el Sistema Anticorrupción si bien, pareciera tener las mejores intenciones al crear órganos de investigación, persecución y sanción en materia de corrupción, no se advierte que sea ni independiente, menos imparcial pues siguen inmersos los ya existentes, supeditados y bajo el yugo de los órganos de fiscalización y rendición de cuentas que han demostrado su ineeficiencia, de ahí que sea de la idea que una verdadera participación ciudadana dotada de facultades que los empoderen de la real rendición de cuentas, la fiscalización y la transparencia, pues el pueblo es al que le deben rendir esas cuentas, pero sobre todo las facultades de ejecución de tales sanciones, pues de lo contrario se advierte únicamente un reacomodo institucional de la burocracia de siempre.

4. Objetivos y Acciones

Objetivo específico 1.- Se debe adecuar la normatividad interna al estándar internacional.

Se debe pugnar por la prevención del delito y no la represión, pues las medidas adoptadas antes señaladas (como el caso urgente, la entrega vigilada y el arraigo) no superan el mínimo test de proporcionalidad para justificarse en un Estado de Derecho y **ante la existencia de medidas como éstas no se puede aspirar a disminuir los índices de la delincuencia, de ahí que para cumplir con los objetivos se deba comenzar por eliminar tales graves violación a derechos humanos.**

Estrategia 1.1- La creación de un Centro Especializado en materia internacional de los Derechos Humanos, el cual fungirá como capacitador y órgano consultor en todas aquellas medidas administrativas y de otro carácter, en la implementación de la máxima protección de Derechos Humanos.

Estrategia 1.2- Revisión inmediata de las políticas y planes de acción de toda la Comisión Nacional de Seguridad y las respectivas Secretarías de Seguridad Pública, así como las fiscalías del país, para que se adecue al estándar internacional de protección de Derechos Humanos.

Objetivo específico 2.- La adecuada capacitación y modificación/adecuación de planes de estudio respecto de los estándares internacionales de protección a derechos humanos, la cual debe incluir inicialmente la de aquellos que estudian Derecho.

Estrategia 1.1.- Creación de módulos de capacitación básica por sectores, dependientes de la Comisión Nacional de Seguridad y las Secretarías de Seguridad Pública en materia de Derechos Humanos, así como las fiscalías del Estado Mexicano.

Estrategia 1.2.- Creación de diversas especialidades por sector, dependiente de la Comisión Nacional de Seguridad y las respectivas Secretarías de Seguridad Pública en materia de derechos humanos y de las fiscalías del Estado Mexicano.

Actores en la implementación

1. Comisión Nacional de Seguridad.
2. Procuraduría General de la Republica y fiscalías de los Estados.
3. Secretaría de Educación Pública.
4. Universidades (Públicas y Privadas) del país.
5. Estudiantes de Derecho y demás Operadores Jurídicos.

La creación de un centro especializado en materia de derechos humanos, implementador no solo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011(CID-DH)¹⁵⁸, fungiría como el principal educador, aculturador y formador de defensores y defensoras de derecho humanos cada uno en su ámbito de competencia (cada servidor público del país).

Ello pues compartimos la idea de que, si un observador se propone determinar el grado de desarrollo humano de una sociedad, deberá centrar su atención en el nivel de garantía efectiva que las autoridades ofrecen a los derechos fundamentales, sin embargo, más allá de lo que establezcan las normas constitucionales de dicho país,¹⁵⁹ **en la dimensión**

¹⁵⁸ Propuesta hecha en José Alfredo Gómez Reyes, ¿(Cómo implementar la reforma constitucional de derechos humanos del pasado 11 de junio de 2011?. En Derechos Humanos y Control de Convencionalidad Reflexiones y Propuestas (53-61). Xalapa, Veracruz, México: Códice Servicios Editoriales, 2013.

¹⁵⁹ Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro

práctica, lo que importa es determinar cuántos y cuáles de esos derechos son efectivamente respetados, protegidos y satisfechos por las instituciones.

Como hemos señalado, la pasada reforma constitucional en materia de derechos humanos del 11 de junio de 2011, materializa todo un proceso de lucha por su respeto, difusión y defensa con el estándar más protector para el ser humano, así mismo, da pie a una nueva generación del sistema jurídico mexicano, dejando en el pasado la tradición kelseniana del derecho, para dar pauta al neoconstitucionalismo, donde herramientas como la argumentación, la ponderación, el test de proporcionalidad y principios como el pro persona, resultan piezas fundamentales en la aplicación e interpretación del Derecho.

Lo anterior no significa, el rompimiento de algún paradigma, ni mucho menos se habla de una nueva era, solamente nuestro sistema jurídico es adaptado a la evolución natural del derecho, donde las herramientas de aplicación y de interpretación del derecho, evoluciona pero, sobre todo, se adapta una postura más seria, respecto a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, surge el cuestionamiento de si ¿Basta tener formalmente, el estándar de protección más amplio de Latinoamérica?; donde la respuesta ineludiblemente sería, no. Lo anterior se afirma, en el entendido de que necesariamente la norma adquiere su efectividad cuando cumple su cometido, y en este caso es la protección más favorable al ser humano, donde ese aspecto formal no es suficiente y se requiere urgentemente el aspecto material.

Para cumplir el cometido anterior, se propone la creación del Consejo de Coordinación para la Implementación de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos (CID-DH). Dentro de las atribuciones que se proponen inicialmente, sería que diseñe los dos siguientes ejes rectores: a. criterios para las reformas legislativas necesarias y b. apruebe los programas de

capacitación necesarios.²³ a. Adecuación de la legislación secundaria para la implementación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que ocupa nuestra atención, se requiere de un organismo especializado que analice el marco jurídico mexicano y lo acomode a la efectividad necesaria y acorde a los estándares internacionales.

En ese sentido -y a manera de ejemplo-, afirmamos que un sistema judicial efectivo, es aquel que, en lugar de utilizar su poder punitivo, previene el delito, pero también garantiza los derechos humanos intrínsecos a cada persona, y que en caso de ser violado alguno de ellos, por parte de alguna autoridad, éste debe ser restituido íntegramente (*restitutio in integrum*).

Al respecto -se insiste es un ejemplo de las múltiples reformas requeridas- se debe reformar el artículo 12 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, pues la actividad administrativa irregular no puede limitarse a la reparación integral del **daño y, en su caso por el** daño personal y moral, sino a todas aquellas reparaciones adecuadas al daño causado, en ese sentido y en concordancia con las obligaciones internacionales contraídas, sin embargo creemos que dicho numeral debería abarcar al menos las siguientes reparaciones:

- I. Restitución
- II. Indemnización I
- III. Rehabilitación
- IV. Satisfacción
- V. Garantías de no repetición V
- VI. Proyecto al daño de vida.

Capacitación de los principales actores en los cambios sociales, culturales, jurídicos y de cualquier naturaleza, lo es sin duda, la legitimización por parte de la sociedad respecto de los servidores públicos y **los medios de comunicación**, en ese sentido, la implementación de la reforma constitucional de derechos humanos, requiere que tanto los servidores públicos

como los operadores jurídicos y los comunicadores, entiendan, acepten y lleven a la práctica dichas reformas, para lo cual se requiere urgentemente las siguientes medidas:

- I. Que las facultades de derecho públicas y privadas, así como las universidades en las que se imparten materias afines al derecho, se adecuen sus programas de estudios, para que se deje de hablar de garantías individuales y se hable ya de derechos humanos.
- II. Que el Consejo de la Judicatura Federal y los Consejos de la Judicatura de los Estados, o en su caso, los Tribunales Superiores de las entidades federativas, profesionalicen a sus integrantes en materia de Derechos Humanos.
- III. Que se impartan cursos, talleres y posgrados al público en general en materia de derechos humanos. Dichas acciones deberán coordinarse bajo estricta vigilancia por parte del propuesto: Consejo de Coordinación para la implementación de la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos (CID-DH), con la finalidad de que la tan importante reforma constitucional, no sea una reforma más que embellece al exterior –aspecto formal- y no actúa al interior –aspecto material-.

Sin duda, ha sido un gran avance en materia de derechos humanos el que ha dado México, ha insertado las obligaciones de respeto, difusión y protección de los derechos humanos en su Constitución Política. Ha logrado materializar un proceso de aculturación de defensa de los derechos humanos, logrando así obligar a cada persona, servidor público o persona moral a respetar los derechos humanos de todo individuo. Ha insertado en su norma constitucional, la exigencia de protección más

amplia para el ser humano. Sin embargo, no es suficiente, y dichas reformas constitucionales necesitan aterrizar en una realidad tangible, pero sobre todo que aqueja a los mexicanos, urge que se implementen dichos estándares de protección de forma seria, constante, responsable, pero lo más importante, urge que se respete a la persona humana en cada esfera en la que se desenvuelve, y si ello implica la creación de un organismo independiente, imparcial, serio, profesional y comprometido con el tema, pues debe hacerse a la brevedad posible.

Contar con el estándar de protección de los derechos humanos más amplio en Latinoamérica, en nada asegura que se respeten dichos derechos a cabalidad, se debe actuar acorde con la realidad mexicana, y en esa realidad urge quien se tome enserio la implementación de tan noble reforma constitucional, pues como he dejado claro, esto nos involucra a todos, desde el ciudadano conocedor de sus derechos humanos, hasta el servidor público que –actualmente los mal protege–.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La política pública criminal en México, muestra la falta de capacitación y adecuación de la *praxis* mexicana a los estándares internacionales de Derechos Humanos, y sobre todo es el estandarte de la incorrecta política criminal utilizada; por lo cual, mientras exista es un gran obstáculo para disminuir los índices de la delincuencia organizada (pues sigue siendo parámetro para el derecho penal del enemigo proscrito por el derecho IDDH). Somos partícipes que tal objetivo se logrará a partir de una correcta adecuación del marco normativo mexicano al internacional, para que una vez ello, se pase a los objetivos y estrategias tendientes a disminuir dicho índice; para lo cual, se necesita indiscutiblemente la capacitación y profesionalismo de los inmersos –al menos en lo que le corresponde- al cuerpo policiaco dependiente de la Comisión Nacional de Seguridad y las respectivas Secretarías de Seguridad Pública, así como PGR y fiscalías de los Estados, pues de esta manera, con una policía especializada y científica, se lograrán no sólo ese sino muchos objetivos y fines. Por ello somos partícipes que la educación, es la adecuada política pública (en el plano de la prevención), para disminuir los índices de la delincuencia. Ello porque cumplimos a cabalidad el orden lógico de las políticas criminales propuesto por Claus Roxin, y es precisamente iniciar por la prevención, y no como se estila en nuestro país, represión y poca reinserción social por parte de los delincuentes.

SEGUNDA. Las violaciones graves y el notorio incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas - en búsqueda de la protección más amplia de la persona humana, deben ser expulsadas del sistema jurídico, incluida por supuesto, esta medida cautelar, ello por ser desproporcional, innecesaria, no idónea e irracional.

TERCERA. La formación, profesionalismo y capacitación no sólo debe llevarse a cabo con los ya miembros de la Comisión

Nacional de Seguridad y las respectivas Secretarías de Seguridad Pública, así como PGR y fiscalía; sino también, con aquellos que recién se están formando, y que deberán tener preferencia en el ingreso a tales instituciones.

CUARTA. Como bien lo reconoce el Gobierno Federal al publicar su Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018¹⁶⁰ la aspiración **de toda política pública es que las violaciones a derechos humanos no ocurran, sino que se prevengan**. Ello no se ha logrado, en parte, debido a que la capacitación en Derechos Humanos no ha incidido de la manera esperada. Los modelos de formación no han tomado en cuenta las percepciones, requerimientos y capacidades instaladas de los servidores públicos. Asimismo, los instrumentos de evaluación y las materias de Derechos Humanos y Género en los subsistemas y programas del servicio profesional de carrera no son suficientes. Tampoco existen incentivos institucionales que ayuden a fomentar la capacitación en la materia.

Es necesario que quienes integran el servicio público conozcan sus obligaciones y responsabilidades en materia de Derechos Humanos y sean capaces de aplicarlas y desarrollarlas en el ámbito de sus funciones. Así, podrá prevenirse el menoscabo a los derechos humanos.

QUINTA. Es necesaria la creación de un Centro Especializado en Materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que funja como órgano consultor y capacitador.

SEXTA. Es necesario actualizar los planes de estudios de las Universidades Públicas y Privadas en materia de Derechos Humanos; pues con la educación, formación y capacitación en

¹⁶⁰ Para mayores datos véase
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5343071&fecha=30/04/2014 (consultado el 19 de enero 2016)

dicha materia, en términos de sensibilización y aculturación, podrá reducirse la violación a la dignidad del ser humano.

SÉPTIMA. La visión a la que invitamos no solo a los abogados o los operadores del derecho, participantes y estudiantes, sino a todos las personas, es que hagamos lo que nos corresponde bien y de la mejor manera, a los primeros que retomemos las mejores atribuciones del iusnaturalismo (principios) y del iuspositivismo (las reglas del procedimiento) en sí, que nos adentremos a las nuevas tendencias del derecho, es decir, al neoconstitucionalismo; a los segundos, partiendo del hecho que cada uno tiene derechos humanos reconocidos nacional e internacionalmente, conozcámosslos y apoderémonos de ellos, pero sobre todo exijamos su respeto.

La solución, consideramos, no solo se trata de evidenciar lo incompatible que resultan algunas medidas o instituciones jurídicas en México con el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, más bien es concientizar a los operadores del derecho que ya no podemos actuar, menos pensar de una forma tradicional, sé que fuimos educados y formados con visión positivista, y que ésta nueva realidad nos exige pensar de forma pro persona, neoconstitucionalista y en general en búsqueda de la protección del ser humano a pesar del sistema de normas, lo cierto es, que es posible, pero solo se necesita un poco de voluntad de cada uno de nosotros, un poco de ganas de querer hacer las cosas bien y siempre pensando que nuestra ciencia trata con seres humanos y que pasar por alto que las normas no están por encima de la dignidad del ser humano, pues nos encontramos en un estado que poco tiene que ver con la democracia, menos que aspira a la máxima protección o lo más favorable de la persona, en el momento mismo que cambiemos - con voluntad- la forma en cómo concebimos el derecho en ese mismo instante comenzará a cambiar nuestra realidad.

En ese sentido, en la medida que se garantice a cada individuo el piso mínimo de derechos que le aseguren vivir con dignidad,

en esa medida el estado estaría cumpliendo sus obligaciones más elementales para con sus gobernados.

Nos referiremos, en esta ocasión, específicamente a la educación, como instrumento para la prevención del delito, como herramienta, como fuente, como solución, como esperanza, como alternativa viable, material, real y útil.

Pugnamos por la educación como estandarte, como escudo, como fuente de desarrollo, porque en la medida en que conocemos nuestros derechos, en esa medida los defenderemos, no con un arma, no con agresión, sino con conocimiento fundado que evidencia, exige, demanda al corrupto e inefficiente servidor público cumpla sus obligaciones y deberes, ello porque creemos en un estado de derecho, porque tenemos fe y esperanza en la humanidad.¹⁶¹

¹⁶¹ Gómez Reyes José Alfredo, revista “Jurista Derecho y Justicia” con el título *Alternativa para la desigualdad social: una cuestión de derechos humanos*, número 16, mayo de 2016, 14 a 17.

FUENTES

Anaya Muñoz, Alejandro y Medellín Urquiaga, Ximena, *Compilación de instrumentos básicos de la Corte Penal Internacional.*

Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, 2^a. Ed., Ed MacGraw-hilll, México, 2004.

Bauman, Zygmunt, *La globalización, consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

Beck Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuesta a la globalización*, tr, Bernardo Moreno, María Rosa Borrás, Paidos, España, 2004.

Benavente Chorres, Hesbert, *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, Flores Editor y Distribuidor, 2010.

Benavente Chorres, Hesbert, *Nuevo código de procedimientos penales para el estado de Veracruz, comentado, doctrina, jurisprudencia y formularios*, Flores Editor y Distribuidor- Poder Judicial del Estado de Veracruz, México, 2013.

Beneyto, J. M., *Contra la globalización*, Nueva Revista de Política, Cultura y Arte Nº 50, Abril- Mayo, España 2001.

Binder Alberto M, *reforma de la justicia penal y constitución del programa políticos al programa científico*, Universidad Diego Portales, Chile 1998.

Castillo Garrido, Salvador, *Los jueces de control en el sistema acusatorio en México*, UNAM, IIJUNAM, México, 2008.

- Castro Vargas, Carlos, *Resabios inquisitivos en el proceso penal chileno*, Editorial Metropolitana, Santiago Chile, Chile, 2010.
- Cerda San Martín, rodrigo, *El juicio oral*, Chile, Metropolitana, 2003.
- Comentarios a la reforma constitucional en materia penal, mesa redondas abril-mayo, 2008, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
- Crocker, Sagastume, Rene Cristóbal y otros, *Construcción de diseños curriculares por competencias profesionales en la educación superior en la etapa de globalización*, Universidad de Guadalajara, 1998.
- De Lucas, J. *Globalización y Derechos Humanos*- Revista: Jueces para la Democracia N° 32, Agosto-Septiembre, España 1998.
- De Sousa, Santos, B, *La transición postmoderna: derecho y política*- Doxa, núm. 6, España 1999.
- Embris Vásquez, José Luis, y otros, *Arraigo y prisión preventiva, doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Editorial Trotta, 4ta Ed, Madrid, 2004.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. En: FIX-ZAMUDIO, Héctor, y VALADÉS, Diego (coordinadores), Formación y perspectiva del Estado mexicano, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010.

Fraga Juárez, Raúl, *Medios de comunicación y cobertura del delito, desafíos de la Seguridad Pública en México*, IIJ-UNAM-PGR, 2002.

Ferrer Mac-Gregor, en la causa Cabrera García, Corte IDH, sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C. nro. 220.

Gánem Hernández, Eskándar, *Breve reflexión sobre la aplicación efectiva del principio de oralidad en el nuevo esquema del proceso penal acusatorio mexicano*, Sistema Penal, No. 7, enero marzo, Revista de ciencias penales, México, 2010.

García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional ¿democracia o autoritarismo?*, 2^a ed, Porrúa, México, 2009.

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

García Silva, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, México, Editorial Porrúa, 2012.

Gladis E. de Midon, *la garantía del plazo razonable en la jurisprudencia de la corte interamericana y la realidad Argentina*.

Gómez Reyes, José Alfredo, *Protección a la honra y dignidad*, en Sistematización-Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomo 2, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia, 2012.

_____, *¿Cómo implementar la reforma constitucional de derechos humanos del pasado 10 de junio de 2001?*, en Derecho Humanos y control de convencionalidad,

reflexiones y propuestas, Universidad Veracruzana, IIJUV, Xalapa, 2013.

_____, Artículo de investigación titulado “El plazo razonable en la impartición de Justicia”, página del Poder Judicial del Estado de Veracruz. Consultable en: http://www.pjeveracruz.gob.mx/centro_informacion/publicaciones/pdf/EL%20PLAZO%20RAZONABLE%20EN%20LA%20IMPARTICIN%20DE%20JUSTICIA.pdf.

_____, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Tesis Doctoral, titulada, “Los alcances del control de convencionalidad para las autoridades en México”, diciembre de 2011.

_____, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos*, del número 3 de la revista electrónica de la Universidad de Xalapa, “Universito Ciencia” enero-abril de 2013, ISSN: 2007-3917.

_____, Revista “Jurista Derecho y Justicia” con el título *Alternativa para la desigualdad social: una cuestión de derechos humanos*, número 16, mayo de 2016, 14 a 17

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

Guerrero Peralta, Oscar, *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal*, Ediciones Nueva jurídica, Bogotá, 2005.

- Gunter, Jacobs, *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson-civitas, 2006.
- Herrerías Cuevas, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efecto de las sentencias*, Ubijus, México, 2011.
- Johnson, Paul, *Laying down the law, the wall street journal*, núm. 10, 19 de marzo de 1999.
- López Ayllón, Sergio y Fix Fierro, Héctor, *Estado y derecho en la era de la globalización*, Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca, UNAM, México, 1995.
- Louis Favoreu y Frnacisoc Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.
- Macedo Aguilar, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Flores Editor y Distribuidos, México, 2005.
- Mercado, Pacheco, Pedro, *Globalización y crisis económica. ¿La resurrección del Estado?*, Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla, ius 25, 2010.
- Nowak, Manfred et. Al, *Derechos Humanos, manual para parlamentarios*, Francia, Oficina del alto Comisionado de Naciones Unidas y Unión Interparlamentaria, 2005.
- O'Donell, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos humanos. Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, Oficina en México del Alto comisionado de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos-Tecnológico de Monterrey, Bogotá, 2007.
- Organización de Naciones Unidas, Alto Comisionado, disponible en:
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Page>

s/InternationalLaw.aspx (consultado el 10 de octubre de 2013).

Prieto Sanchís Luis, *Garantismo y derecho penal*, Centro de Estudios Carbonell, México 2015.

Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición, fecha de consulta: febrero de 2014.

Reforma constitucional en materia de seguridad y justicia, *guía de consulta ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma, LX Legislatura, Senado de la República y Cámara de Diputado*.

Rousseau, J-J.: *El Contrato Social*, Edaf, Madrid, 2007.

Robinson James A. y Acemoglu, Daron, *por qué fracasan los países*, Crítica, México, 2015.

Soros, George, *Globalización*, tr. Rafael Santandreu Lorite, Planeta, Colombia, 2004.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, análisis sobre la nomenclatura empleada en el Nuevo sistema de justicia penal previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2012.

Tapia Hernández, Silverio, *Breves consideraciones acerca de las Declaración Universal de Derechos Humanos, su contenido y trascendencia internacional*. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. Recuperado el 12 de marzo de 2011 de, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/de_rhum/cont/22/pr/pr17.pdf.

Torres, Sergio Gabriel, *Principios generales del juicio oral penal*, Flores Editores, México, 2006.

Vizcaíno, Zamora Álvaro, *Diez pasos para implementar la reforma constitucional en materia penal en los estados de la República*, Itercriminis, revista de ciencias penales, México, núm. 7, Cuarta época, enero febrero, 2009.

Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

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

Corte IDH, Fernández Ortega y otros vs México. Sentencia de 15 de mayo de 2011.

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

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

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

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

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas*, de 13 de noviembre de 1985.

Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Documentos internacionales

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil -Directrices de Riad.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención de Viena para el Derecho de los Tratados

Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Políticos, sociales y Culturales.

Leyes

Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Ley General de Contabilidad Gubernamental.

Ley General de Víctimas.

Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia.

Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos.

Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ANEXO

PERCEPCIÓN DE LOS ESTUDIANTES RESPECTO DEL ARRAIGO

ESTADÍSTICA Y MUESTREO

Para conocer la percepción de los estudiantes de Derecho de licenciatura (a partir de tercer semestre), sobre la política criminal en México, respecto del arraigo, se elaboró una encuesta (consultar anexo 1) con preguntas relacionadas al tema, misma que se aplicó a una muestra de 32 alumnos (elegidos de forma aleatoria), pertenecientes tanto a escuelas públicas como privadas de la ciudad de Xalapa, Veracruz. La selección de ese grupo de personas se llevó a cabo de manera aleatoria tomando en cuenta aquellos que cursaban El instrumento de medición constó de ocho preguntas cerradas, seis de ellas con respuestas excluyentes y el resto de opción múltiple. Adicionalmente se requirieron los datos personales de género, edad y estado civil de los encuestados.

Descripción de variables

Ya que la variable “edad” fue la única variable cuantitativa empleada en el trabajo, sólo de esta se obtuvieron las medidas descriptivas de tendencia central (media, mediana, moda) y de dispersión (rango, desviación estándar y varianza), por género y de la muestra en general. Se obtuvieron los intervalos de confianza para la media, la mediana y la desviación estándar. También se elaboró un histograma de frecuencias para evaluar gráficamente si su distribución era semejante a la normal.

Todas las respuestas obtenidas en el resto de las preguntas fueron datos categóricos, por lo cual, se emplearon gráficas de barras o de pastel para describir dichos resultados.

Análisis Estadísticos

Para determinar si existía una diferencia significativa entre la edad de los hombres y las mujeres se empleó la *prueba no paramétrica de U de Mann-Whitney* ($\alpha=0.05$), ya que la distribución de ambas variables no fue normal.

Se empleó la *prueba de independencia* con el estadístico de X^2 ($\alpha=0.05$) de forma individual, para saber si existía asociación entre el género y la opinión de aceptar el arraigo como medida cautelar en la procuración de justicia (pregunta dos) o entre el género y el hecho de justificar el arraigo en una sociedad democrática que pugna por el máximo respeto de la persona humana (pregunta ocho).

Se aplicó una *prueba de bondad de ajuste* con el estadístico X^2 ($\alpha=0.05$) para determinar si distribución de frecuencias en las categorías de las preguntas cuatro, siete y ocho era igual. En el caso de la pregunta cinco, se comparó la distribución de frecuencias observadas con una distribución hipotética. En seguida se detalla el objetivo y la lógica de los análisis. Para saber si la opinión de los alumnos tenía una tendencia, ya sea positiva o negativa, en relación al trato que se les otorga a las personas arraigadas (pregunta cuatro), se asumió que, de no existir tendencia, la distribución de frecuencias en las categorías de esta pregunta sería homogénea (H_0), de lo contrario, algunas categorías tendrían mayor o menor frecuencia (H_a).

Para saber si existía una percepción negativa sobre las acciones realizadas por la autoridad hacia los arraigados (pregunta cinco), la prueba de hipótesis se estructuró de la siguiente manera: de no existir acciones negativas en el arraigo, la categoría “Ninguna” sería la más frecuente (H_0). Lo anterior se representó otorgando la siguiente distribución hipotética de proporciones para cada categoría: 50% Ninguna, 12.5% Agresiones verbales, 12.5% Tortura, 12.5% Tratos inhumanos

y 12.5% Privación de la vida. Para calcular las frecuencias esperadas, se tomó en cuenta el total de puntuaciones recibidas en esta pregunta (83), las cuales superaron el número de encuestados porque se admitió la respuesta múltiple.

Con los resultados de la pregunta siete se determinó si alguna de las propuestas para mejorar la política criminal de nuestro país respecto del arraigo, fue preferida o considerada como más apropiada por los estudiantes de Derecho. La prueba de hipótesis se planteó como: si no hubiese preferencia por una(s) propuesta en especial, todas recibirían un número semejante de puntos (H_0 , frecuencias homogéneas), en caso contrario, al menos una tendría una frecuencia diferente a las demás (H_a).

Para saber si existía una diferencia estadística entre la proporción de personas a favor y en contra de considerar el arraigo como un hecho justificable (pregunta ocho), se planteó como H_0 la igualdad de frecuencias entre las categorías de la pregunta y el caso contrario como H_a .

Software estadístico

Los análisis descriptivos, las pruebas de independencia, de U de Mann-Whitney y los gráficos de barras se efectuaron en el programa Minitab 14. Las pruebas de bondad de ajuste y el gráfico de pastel se realizaron con el programa de Excel de Microsoft Office versión 2010.

RESULTADOS

Descripción de la muestra

La muestra de estudiantes se conformó equitativamente por ambos géneros, ya que el 50% fueron hombres y 50% mujeres. La mayoría de los encuestados (81.3%) manifestó ser soltero, mientras que sólo el 18.8% afirmó estar casado. La edad promedio de los estudiantes fue de 29 años con un intervalo de

confianza (IC) de ± 2.23 años. El 50% de los estudiantes tenía entre 25 y 31 años, siendo la mediana de 27 años ($IC = 26 \leq 27 \leq 29$). En cuanto a la moda, esta variable fue bimodal, siendo los valores 24 y 26 años los más frecuentes y con el mismo número de casos. La edad mínima fue de 23 y la máxima de 52, por lo que el rango de dicha variable fue 29 años. La desviación estándar (s) fue de 6.18 años y la varianza (s^2) de 38.18.

Pero, aunque la media y la mediana se encontraban cercanas entre sí y sus IC's se traslapaban, de acuerdo a la evidencia gráfica del histograma construido (ver Figura 1), la variable "edad" no presentó una distribución normal. En el gráfico de box-plot que adicionalmente proporciona el software estadístico se aprecian dos observaciones extremas (asteriscos), las cuales corresponden a una mujer de 45 y a un hombre de 52 años. Estas observaciones definitivamente influyeron de manera importante en el cálculo de todas las medidas descriptivas anteriormente mencionadas y en la distribución de la variable.

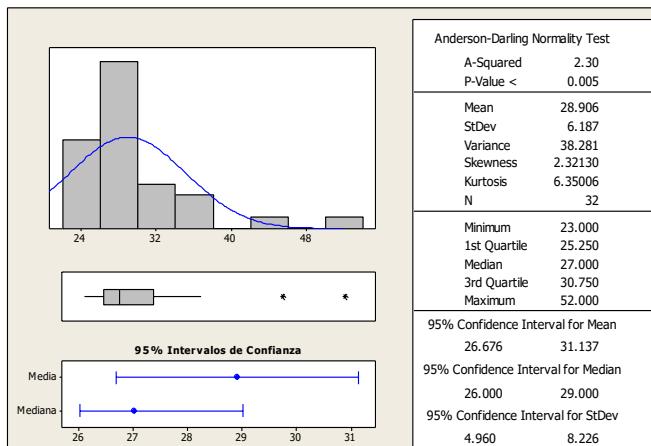


Figura 1: Medidas descriptivas básicas de la variable

En relación al grupo de mujeres, la edad promedio fue de 29 años, con un IC de ± 2.88 años. El valor de la mediana fue de

27.5 (IC= 26 ≤ 27.5 ≤ 32.5), mientras que la moda fue de 25 años. El 50% de las encuestadas tenían entre 26 y 32.5 años, pero rango de edades fluctuó entre 24 y 45 años. La desviación estándar y la varianza fueron de 5.4 años y 29.18, respectivamente. Al igual que en el caso anterior, la edad de las mujeres no tuvo una distribución normal (ver Figura 2), ya que las frecuencias de los valores presentaron un sesgo hacia la izquierda de la media. Como se indicó previamente, la presencia de un caso extremo, evidente en el gráfico de boxplot (asterisco), debió influir en los valores de las medidas de tendencia central y de dispersión, así como en la distribución de esta variable.

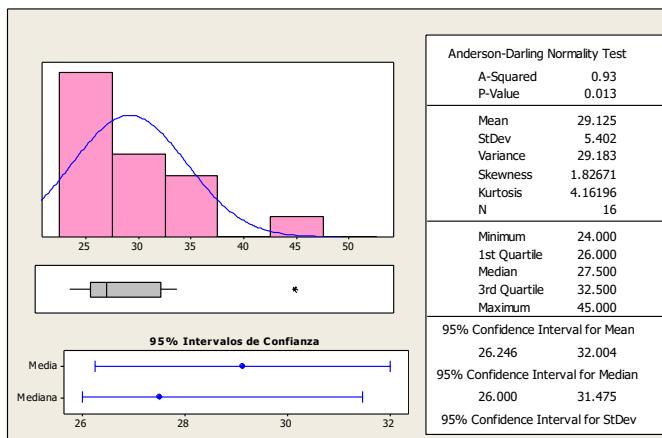


Figura 2: Medidas descriptivas básicas de la Edad de las Mujeres

La edad promedio de los hombres fue de 29 años, con un IC de ±3.762 años, el cual más amplio que el IC de las mujeres y del intervalo de la edad en general. La mediana fue de 27 (IC= 24.76 ≤ 27 ≤ 29.24), muy semejante a la de mujeres. La moda fue 25 años. El 50% de los alumnos tuvieron entre 24.25 y 29.75 años, siendo su rango de 29 años. La desviación estándar y la varianza fueron de 7.06 años y 49.83, respectivamente, lo que indica que fue un grupo con mayor dispersión en comparación con las

mujeres. La edad de los hombres no tuvo una distribución normal (ver Figura 3), ya que las frecuencias de los valores presentaron un sesgo hacia la izquierda de la media. Definitivamente, el dato extremo que anteriormente señalado, debió influir tanto en las medidas descriptivas como en la distribución de la variable.

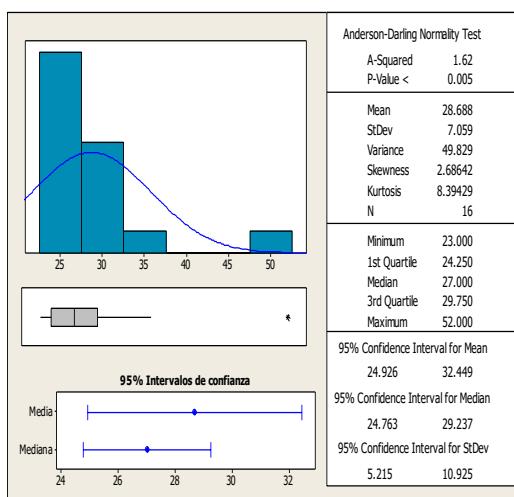


Figura 3: Medidas descriptivas de la Edad de los Hombres

Por otro lado, no se encontró una diferencia estadística significativa entre la mediana de la edad de las mujeres (27.5 años) y los hombres (27 años) ($W=95.2$, $p= 0.534$, ver anexo 2), por lo tanto, se consideró que la edad de ambos grupos fue similar. En relación al estado civil de los participantes, el 73% se manifestó soltero, mientras que el 23% como casado.

Percepción de los estudiantes de Derecho sobre la política criminal en relación al arraigo

La mayoría de los estudiantes (29 individuos) indicó tener un conocimiento de bueno a moderado sobre el tema de estudio, por lo tanto, las respuestas vertidas se pueden considerar confiables (ver Figura 4).

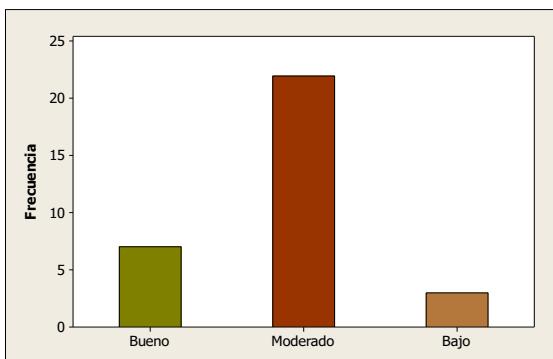


Figura 4: Grado de conocimiento de los estudiantes de Derecho sobre el arraigo en México.

Del total de encuestados, el 56% indicó estar en contra del arraigo como medida cautelar en la procuración de justicia y el 44% se manifestó a favor. Sin embargo, esta opinión es independiente del género de los estudiantes ($\chi^2_1 = 2.032$, $p=0.154$, ver anexo 3). La proporción de mujeres que estuvieron a favor en relación a las que estuvieron en contra, fue estadísticamente igual a las proporciones observadas en los hombres (ver figura 5).

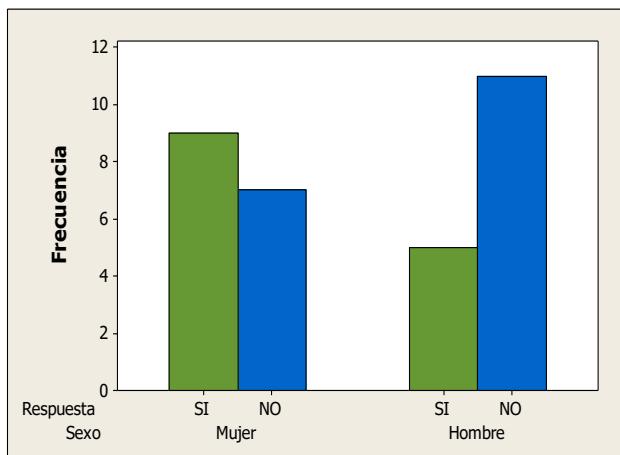


Figura 5: Número de estudiantes, según el sexo, que indicaron estar a favor y en contra del arraigo como medida cautelar en la procuración de justicia.

De acuerdo a las respuestas de los estudiantes, existe una diferencia significativa entre el tipo de trato que se le da a las personas arraigadas ($X^2_{3\text{calculado}} = 9.5 > X^2_{3\text{crítico}} = 7.81$, ver anexo 4). Se observó una tendencia de opinión negativa ya que la mayoría de los encuestados (69%) considera que, durante el arraigo, la autoridad ejerce un trato malo o pésimo de las víctimas.

Existe un reconocimiento, por parte de los estudiantes, de acciones en contra de la integridad física y emocional del arraigado. La distribución de frecuencias propuesta para las categorías de la pregunta 5, fue significativamente distinta de las observadas ($X^2_{4\text{calculado}} = 121.43 > X^2_{4\text{crítico}} = 9.49$, ver anexo 5), por lo que es evidente una percepción de maltrato por parte del sistema judicial hacia el arraigado. Las acciones más frecuentes que el alumnado cree posibles de sufrir el arraigado durante el proceso fueron agresiones verbales y/o psicológicas y la tortura (ver figura 6).

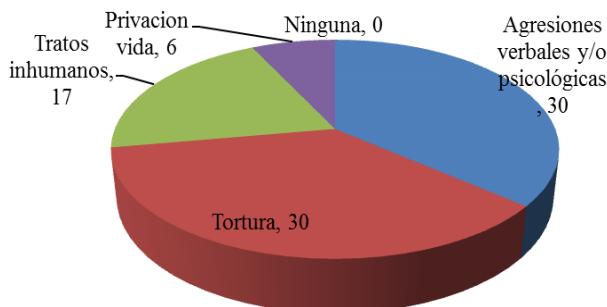


Figura 6: Puntuaciones recibidas por las acciones que los estudiantes creen posibles de ser experimentadas por una

El total de las personas encuestadas considera que el arraigo puede llegar a ser un suceso que marque social y psicológicamente de forma negativa la vida de quien lo vivió. Lo anterior se constató con las respuestas de la pregunta seis, las cuales se clasificaron en 72% de acuerdo y 28% muy de acuerdo con la idea citada al inicio del párrafo.

Todas las propuestas que se incluyeron en la encuesta para mejorar la política criminal en México, en relación al arraigo, fueron consideradas igual de importantes y con un grado de impacto semejante. No se encontró una diferencia significativa en la distribución de frecuencias entre las categorías de la pregunta pertinente ($X^2_{4\text{calculado}} = 5.23 < X^2_{4\text{crítico}} = 9.49$, ver anexo 6). Sin embargo, declarar el arraigo inconvenencial y mejorar la política en la prevención del delito, fueron las propuestas con mayor número de menciones (ver figura 7).

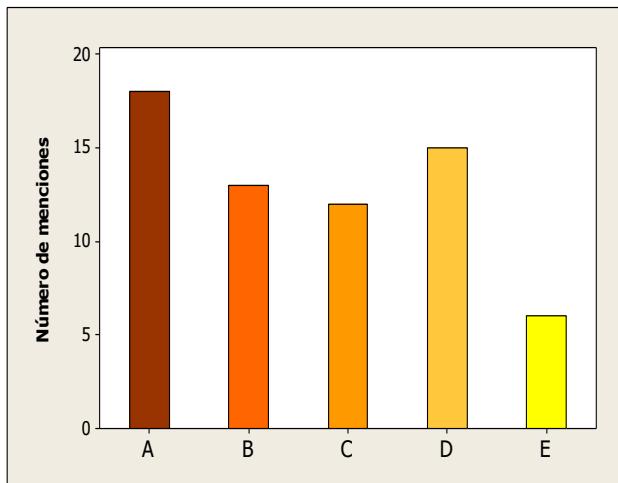


Figura 7: Opinión de los alumnos de Derecho en cuanto a las propuestas para mejorar la política criminal en México, respecto del arraigo. Código de las propuestas: A: Declarar al arraigo inconvenencial, B: Eliminar la medida cautelar del arraigo, C: Mejorar la política criminal del arraigo, D: Mejorar políticas de prevención de delito, E: Supervisarlos

Por último, el género fue independiente de la opinión sobre arraigo como un hecho justificable en una sociedad democrática que pugna por el máximo respeto de la persona humana ($\chi^2_1=1.166$ $p=0.28$, ver anexo 7). La proporción de mujeres que estuvieron de acuerdo y en contra de la afirmación anterior fue similar a las proporciones observadas en los hombres (ver Figura 8). Independientemente del sexo, el 59% de los encuestados se manifestaron en desacuerdo con la idea del arraigo como una “medida justificable”, pero esta proporción no es significativamente diferente ($\chi^2_{1\text{calculado}}= 1.125 < \chi^2_{1\text{crítico}}= 3.84$, ver anexo 8) a la de las personas a favor del arraigo (41%).

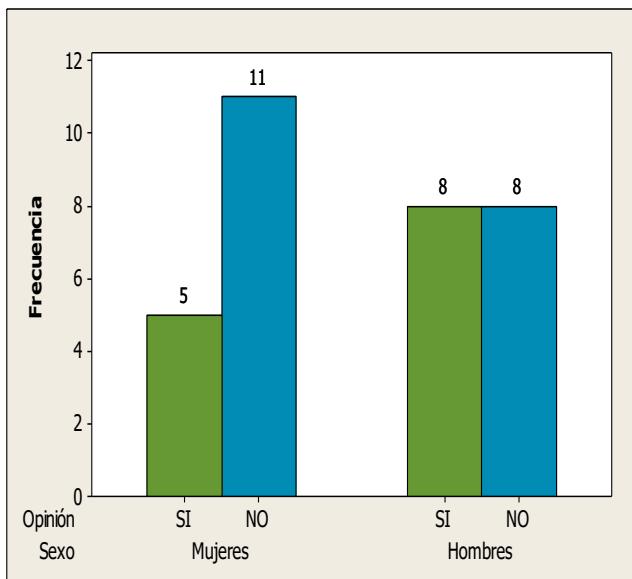


Figura 8: Opinión de los estudiantes de Derecho en relación a considerar el arraigo como una medida justificable dentro de una sociedad democrática que pugna por el máximo respeto de la persona humana.