

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 Federales ⁶⁵ 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 5° y 6° 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 Reeducción del Menor, párr. 228

⁶⁸ Cfr. *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 105; *Caso “Instituto de Reeducción 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 redundaría 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 cometa 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 lesiona, 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, híperextendidas 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 inculcado 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 inculcado 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 extermine.

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, 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. 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 inconstitucional, 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 persecutor 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 inculpado:

- 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 correspondiere al delito por el cual acusa.

⁸⁷El 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 inculcado 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 contempla-⁹⁰ 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.

⁹⁰ Artículo 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 ideológica⁹¹ acerca de la interpretación, protección, garantía y respeto de los derechos humanos reconocidos tanto a nivel 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 en serio el derecho internacional de los derechos humanos al que se ha obligado nuestro país, pero, sobre todo, se abrió 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 de 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 avisa –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 neoconstitucionalista, 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 sí 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 hincapié 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 inconveniente, 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 August 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 Ortiba, 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 agreden, 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 political 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 albedrío 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.