Juan de Dios González Ibarra
Emilio Ricardo Peña Rangel

Violación al derecho de **presunción de inocencia** en el proceso penal acusatorio

EDITORIAL EL COLEGIO DE MORELOS

Violación al derecho de presunción de inocencia en el proceso penal acusatorio / Juan de Dios González Ibarra, Emilio Peña Rangel, – – Primera Edición. – – México: El Colegio de Morelos, 2023.

Digital

ISBN: 978-607-59786-1-1

1. Derecho 2. Derecho penal 3. Derechos Humanos

Violación al derecho de presunción de inocencia en el proceso penal acusatorio
D.R. de la edición © El Colegio de Morelos
D.R. © Juan de Dios González Ibarra
D.R. © Emilio Peña Rangel

Av. Morelos sur 154, esq. Amates, col. Las Palmas,
C.P. 62050, Cuernavaca, Morelos, México.

+52 777 318 0126|+52 777 318 0127
www.elcolegiodemorelos.edu.mx
Primera edición, julio de 2023.
ISBN: 978-607-59786-1-1.
Diseño de portada: Montserrat Ruíz Cabañas Chávez.
Imagen de portada: BrilliantEye.

Eliezer Cuesta Gómez
Edición

Susana Espinosa Martínez
Daniela Mac-Gregor Herrera
Corrección de estilo

Norma Navarro Montes †
Revisión de originales y coordinación de dictamen

Montserrat Ruíz Cabañas Chávez
Diseño y producción editorial

Creemos que el conocimiento es un bien público y común, por ello, los libros editados en El Colegio de Morelos están disponibles en **acceso abierto y gratuito** en: http://editorial.elcolegiodemorelos.edu.mx.

Esta obra fue sometida a dictamen académico bajo el sistema de pares ciegos por investigadores externos a El Colegio de Morelos. Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la portada, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, sin permiso previo del editor.

Hecho en México.

CONTENIDO

Prólogo 4

Introducción 10
Datos del problema 17
Aspectos y elementos principales 19
Antecedentes históricos 25
Relaciones de nuestro estudio con diversos aspectos 33
Cuestiones conexas 36
Tratamiento integral del problema 37

CAPÍTULO PRIMERO
Antecedentes históricos del procedimiento penal acusatorio 40

CAPÍTULO SEGUNDO
Reforma constitucional de 2005 58

CAPÍTULO TERCERO
Reforma constitucional de 2008 75

CAPÍTULO CUARTO
Reforma constitucional de 2011
Promoción y protección de los derechos humanos 91
Seguridad jurídica del imputado y su derecho a gozar de libertad personal durante el proceso penal 103

CAPÍTULO QUINTO

El principio *ultima ratio* y el bien jurídico penal

Principio *ultima ratio* 130

Bien jurídico penal 146

CAPÍTULO SEXTO

Violación al derecho de presunción de inocencia en el proceso penal acusatorio

El procedimiento penal acusatorio en la República Mexicana 173

Investigación complementaria 206

Problemática actual del juez de control y juez de juicio 212

Suspensión condicional del proceso 226

Valor de las actuaciones 228

Datos de prueba, medios de prueba y pruebas 232

Prueba y procedimiento abreviado 246

Juez de ejecución 247

Reflexiones finales 249

Anexos

Anexo I. Jurisprudencias 276

Anexo II. Sentencias de la Corte IDH respecto de la presunción de inocencia 276

Fuentes de investigación

Bibliografía 302

Legislación 314

Jurisprudencia 309

PRÓLOGO

En un sistema democrático y garantista de derecho, la presunción de inocencia constituye el centro de gravedad del Derecho Penal y, por extensión, de los procesos penales. Lo que precede, exige que la normativa y la actuación de policías, fiscales y jueces esté sujeta, indiscutidamente, a los derechos humanos concebidos como el criterio último de justicia y legitimidad política del Estado de derecho contemporáneo que es, a final de cuentas, aquello que significa hallarse frente a un Estado democrático y garantista de derecho.

Esta afirmación podrá resultar desmedida para quienes poseen una visión del derecho penal tradicional. Y por *tradicional* quiero predicar el concepto agotado y lóbrego que visualiza el derecho penal como la expresión más acabada del poder punitivo del Estado, un poder apoyado en la idea decimonónica de 'soberanía estatal' que no tiene otro límite que el propio, es decir, la soberanía misma de ese poder estatal. Esta soberanía, de verse amenazada —como es de suponer, por los derechos humanos que sirven para defender delincuentes, piensan aún los juristas cultistas de ese modelo y los tiranos de muchos países del mundo—, se desdobla en un nuevo concepto, el de "seguridad nacional", que, como no podría ser de otro modo, da para justificarlo todo.

Soberanía y seguridad nacional constituyen la pareja de conceptos que, a su vez, conforman el epicentro de la cosmovisión tradicional del derecho penal. Estos poseen la idiosincrasia lingüística de

estar provistos de un nivel de vaguedad, ambigüedad e incluso de textura abierta que los dota de una flexibilidad significativa desmedida. En la flexibilidad de su predicado, significado y significante están determinados unilateralmente por uno de los hablantes: el *funcionario gubernamental* (fiscal o juez); por ende, en ese universo no hay diálogos argumentativos, únicamente soliloquios jurídicos donde quien elige la norma en el silogismo procesal es, en una posición indiscutida de supra a subordinación, ya el juez, ya el fiscal. Ese funcionario al usar y aplicar el concepto de "derecho" como el instrumento jurídico para salvaguardar la "soberanía-seguridad nacional" del Estado en cuestión, se visualiza a sí mismo y se concibe como su "guardián". Un guardián que, por el rol que desempeña, lo convierte en el Mandante de las relaciones jurídicas con los gobernados, nunca como *Mandatario* de estos. Huelga decir que en esta visión trasnochada del derecho penal queda justificado cualquier abuso disfrazado de 'desviación de poder', porque la estructura de la violación está dada por la propia atmósfera del universo en el que reinan esos efectos significativos de la soberanía y la seguridad nacional: mantener incólume el poder del Estado, sin el cual nada es posible.

Esta concepción tradicional del Derecho penal ampara un concepto y concepción —material y adjetiva— que descarta, automáticamente, la idea de un *derecho penal mínimo*, último recurso de la actividad estatal punitiva estatal, acotada —teleológica e instrumentalmente— por el respeto de los derechos humanos. Son estos, y no la soberanía ni la seguridad nacional, aquello que constituye la razón de ser última del Estado y que se materializa en un derecho penal no inquisitivo, sino garantista; sujeto al debido proceso y no al capricho gubernamental. En suma, su actuar y su decidir deberá estar sujeto, siempre, por el conjunto de garantías jurídicas cuya objetivo último es salvaguardar la presunción de inocencia.

Estamos, según puede verse, ante dos universos conceptuales, jurídicos y valorativos simplemente equidistantes, en dos galaxias incomparables e inasimilables por la distancia de sus propósitos y

que producen atmósferas jurídico-políticas totalmente opuestas para concebir y lidiar con el delito, su prevención y su sanción.

Efectivamente, en la atmósfera del derecho penal inquisitivo tradicional se piensa en la sanción, el castigo —no en la inocencia— como principio de actuación gubernamental *a priori*; se piensa en la justificación para sancionar, no en el modo de evitar la sanción. Hoy es argumento universal asumir que la sanción legitimada solo para casos excepcionales y con independencia de la forma que adopte (privación de derechos, cárcel) nada soluciona, solo estigmatiza y enferma. Resultado que, como la historia demuestra, se vuelve en contra de la propia sociedad. El sistema penal inquisitivo produce sus propios "Atilas".

Desafortunadamente, lo queramos o no, la mayor parte de los juristas que ejercen ya como ministerios públicos, ya como jueces en el "nuevo" sistema penal mexicano, siguen viviendo en el universo y la galaxia del derecho penal inquisitivo, muy a pesar de haber transitado, formalmente, claro, a un sistema de justicia penal acusatorio, con salidas alternas, predominantemente oral que salvaguarde, dicen, los derechos humanos.

Pues bien, el libro que tengo el honor de prologar, *Violación al derecho de presunción de inocencia en el proceso penal acusatorio*, obra de los doctores Juan de Dios González Ibarra y Emilio Ricardo Peña Rangel —y que en su concepción original fue su trabajo para obtener el título respectivo—, constituye una investigación singular por múltiples motivos. Por una parte, porque pone en evidencia la grave crisis que vive el derecho penal mexicano surgido con la reforma constitucional del año 2008. Y, por la otra, porque ofrece —cosa rara— propuestas muy concretas para tratar de atender la metástasis que padece el sedicente sistema de administración e impartición de justicia penal en nuestro país y que amenaza con hacer nugatorio, precisamente, el derecho humano fundamental a la presunción de inocencia. En suma, este libro constituye una grave advertencia de aquello que está pasando en México, en un ámbito del que, como es comprensible, nadie quiere hacerse cargo: el mundo del Derecho

penal, con su atmósfera asfixiante, sórdida y plagada de injusticias con la que quiso terminarse en 2008 y luego en 2011 sin éxito.

Esta obra que se prologa está compuesta de seis capítulos y un apartado de conclusiones y propuestas. Asimismo, los autores tuvieron el cuidado de acompañar su texto con la legislación en materia penal que a lo largo del libro se aplica y comenta, así como con una selección, asaz útil, de jurisprudencia producida por el Poder Judicial Federal y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Precisamente, en función de la arquitectura del libro, voy a permitirme hacer a sus potenciales lectores una respetuosa sugerencia. Pienso que un modo de acometer la consulta de este trabajo y usufructuar toda la utilidad que sus páginas resuman, consiste en iniciar la lectura por sus conclusiones y propuestas para, después, acudir al capítulo respectivo donde se hacen los razonamientos y la argumentación de fondo que llevaron a esas conclusiones y a esas propuestas.

Luego de haber leído este trabajo, he llegado a la conclusión de que, tristemente, pone en evidencia el grave peligro que corre toda persona que tiene la desfortuna —con o sin culpa— de verse ante la necesidad de acudir a una fiscalía o ante un juez para defender su inocencia, porque la presunción de esta es, en los hechos, prácticamente inexistente. Por lo tanto, esa persona habrá que hacerse a la idea de que los acusados de un delito en México —inclusive por imputaciones falsas o meros chismes— habrán de comparecer en carácter de 'presuntos culpables', no de presuntos inocentes.

Una de las tesis centrales de este libro y que cabe atender y analizar con detalle, consiste en subrayar que las violaciones siguen produciéndose, con otra modalidad e impronta distinta, a pesar de que la reforma constitucional del 2008 en materia penal tenía por objeto ponerle fin en México al modelo penal inquisitivo (sustentado en la fórmula decimonónica arriba criticada) y con ello acabar de raíz con los vicios endémicos de ese sistema, fuente de innumerables violaciones a derechos humanos (detenciones arbitrarias sin control judicial, tortura, autoincriminación, falta de trasparencia y

contradicción en el proceso, opacidad y secretismo que amparaba la arbitrariedad de ministerios públicos y jueces, etcétera). Este libro se ha tomado la molestia de documentar las violaciones que alcanzan, incluso, a los menores de edad, cada vez más involucrados desgraciadamente en problemas delictivos. Es el caso, por increíble que parezca, que en México no ha podido legislarse (como sabemos, los "legisladores" mexicanos andan en otras cosas) un Código Nacional Penal para Menores, a los cuales sigue aplicándoseles, por analogía, el Código Penal Federal y/o de los diferentes estados de la República. Laguna esta que, por sí misma, lo dice todo.

La implementación del nuevo sistema penal acusatorio en México fue, como la mayoría de las políticas públicas que emprenden nuestros gobiernos —al margen de su tinte ideológico—, mal planeada, mal prospectada, sin el recurso gubernamental adecuado y con prisas. Toda vez que a los políticos mexicanos de la federación y de las entidades federativas a quienes les tocó la tarea de implementar el nuevo sistema, con ocho años de *vacatio legis*, no les interesó hacerlo porque era políticamente poco redituable. Entonces, dejaron, irresponsablemente, que el tiempo pasara y hasta se gastaron los recursos públicos en otra cosa —en algo, claro, más rentable políticamente, como buscar que llegara a sus bolsillos—, dejando a sus sucesores la tarea que ellos no hicieron, con poco tiempo y a veces hasta sin recursos. El resultado está a la vista: un desastre de improvisación legislativa, de funcionarios mal capacitados (llenos de prejuicios al haber sido formados en el sistema penal tradicional) y un mar de injusticia, tal y como sigue siendo el mundo mexicano del derecho penal y su práctica cotidiana. Este libro da cuenta de ello.

Pienso que, más allá de las articuladas explicaciones técnico-jurídicas en que los autores se basan para denunciar una violación al derecho humano a la presunción de inocencia amparada en el nuevo sistema penal acusatorio mexicano, subyace en su esfuerzo de argumentación algo que suelo traer a cuento cuando me ocupo de estos temas, a saber: que en México, primero con la reforma constitucional en materia penal

en 2008 y luego de la mismísima reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, en los hechos y lejos de las declaraciones pomposas y plasmaciones normativas, seguimos sin tomarnos los derechos humanos en serio. Ciertamente adopto esa conocida expresión de un admirado y brillante jurista norteamericano, Ronald Dworkin, quien pensaba, en un libro titulado *Los derechos en serio*, que:

> El Gobierno no conseguirá que vuelva a ser respetado el derecho si no se le confiere algún derecho a ser respetado. Y no podrá conseguirlo si descuida el único rasgo que distingue al derecho de la brutalidad ordenada. Si el gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho.[1]

Me parece que este libro constituye una llamada de atención para que el nuevo sistema penal implementado en 2008, con ínfulas de ser una solución a las violaciones a derechos humanos que se padecían en México en ese ámbito, inicie la implementación de medidas políticas, legislativas y administrativas para solucionar todo aquello que aquí razonadamente se denuncia.

Los ciudadanos de este país no queremos que el sistema penal mexicano termine siendo —y va para allá que vuela—, como bien dice Dworkin, *una brutalidad ordenada* que sacrifica la presunción de inocencia *por mor* de una miríada de intereses espurios que simplemente delatan que, en México, hemos dejado de tomarnos los derechos humanos en serio, con lo cual lo único que estamos propiciando es que los ciudadanos dejen de tomarse en serio también el derecho. Esto último con las dolorosas consecuencias prácticas que significa regresar al Estado de naturaleza.

Mario I. Álvarez Ledesma
Cuernavaca, Morelos a 22 de julio de 2022.

1. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Argentina: Planeta, 2012), 303.

INTRODUCCIÓN

Desde hace tiempo, en México, la resolución de los problemas suscitados en la política interna y externa desafortunadamente se ha limitado a la represión del Estado, a través del derecho penal que hace frente a sus compromisos políticos. Esto a causa del aumento desmedido de la criminalidad, que se ha mantenido al margen de la intervención de la Secretaría de Gobernación y de la Secretaría de Relaciones Exteriores, encargadas de resolver los problemas políticos de antaño. Esta solución del conflicto no es nueva, pero sí resulta peligrosa para la protección de los derechos humanos. Al respecto, Eugenio Raúl Zaffaroni refuerza este punto de vista:

> Los penalistas hacen y escriben discursos interpretativos del material legislativo (obra de los políticos, que proveen las llamadas fuentes del derecho penal) con un claro objetivo práctico: aspiran a que los operadores jurídicos (jueces, fiscales y abogados) acojan sus interpretaciones y los jueces las conviertan en jurisprudencia.
>
> Dado este objetivo, es claro que el derecho penal (la doctrina de los penalistas) si bien es siempre un programa técnico, no por eso deja de ser político, revistiendo un ineludible doble carácter, puesto que toda política se proyecta y realiza mediante una técnica.

> No falta quienes pretenden reducir el derecho penal a pura técnica, negando su esencia política, pretensión que violenta la *naturaleza de las cosas*, toda vez que un proyecto que aspira a convertirse en sentencias no puede ignorar que cada una de estas es un acto de un poder del gobierno de un Estado —el judicial— y, por ende, un acto de gobierno de la *polis*.[1]

Ergo, es necesario remarcar que este ámbito de la política general y de la consecuente gobernabilidad es un proceso histórico que se remonta, con relación en el derecho penal, al conocimiento de un cúmulo de relaciones técnicas, de avances científicos, institucionales y sociales, de la época en la que se encuentra inmersa; la política anticriminal, como parte de la gobernabilidad[2] en el plano teórico, no presenta rupturas entre conciencia social e individual, no así en la práctica cotidiana. Por consiguiente, a partir de la reforma constitucional de 2011, quedó plasmado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el reconocimiento y protección de los derechos humanos. De modo que, en materia penal, se debe respetar la protección de una defensa adecuada a favor del inculpado, que privilegia el derecho a la presunción de inocencia y, por consecuencia, el de su libertad durante el procedimiento penal.

En la República mexicana, el derecho a la presunción de inocencia está protegido por el artículo 20 de la Constitución, apartado B, denominado "De los derechos de toda persona imputada", cuya fracción I señala que mientras no se declare la responsabilidad de la persona imputada mediante sentencia firme —emitida por el juez de la causa—, se le presumirá inocente.[3] Consideramos que dicha fórmula sería más específica de la siguiente forma: mientras no se *compruebe* la responsabilidad penal plena del imputado.

---

1. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho penal humano y poder financiero en el siglo XXI* (México: Editorial Porrúa, 2000), 10.
2. Mariano Palacios Alcocer y Juan de Dios González Ibarra, "Repensar una teoría social unitaria y sus intermediaciones", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 39, núm. 158 (1994): 137, http://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.1994.158.49849.
3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], art. 20, ap. B, fr. I (México: *Diario Oficial de la Federación*, 2022).

Además de lo anterior, es de explorado derecho conocer que, con dicha reforma, México cambió de paradigma: elevó, en la Constitución, la protección inalienable de los derechos humanos. Este cambio obliga a toda autoridad a respetar el principio al debido proceso, a la legalidad, al acceso a la justicia, a la presunción de inocencia, al principio *pro reo* y a la duda razonable que, en todo momento, es a favor del probable responsable y que, con base en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aplica también a los procedimientos administrativos. Lo anterior se afianza con el bloque de constitucionalidad, la cláusula de convencionalidad y, por supuesto, el principio *pro persona*. Así, se verificará si se cumple o no con la protección al derecho de presunción de inocencia, durante el proceso penal acusatorio: es obligación del Estado respetar y proteger los derechos humanos y el debido proceso, no solo en el ámbito penal, sino también en otras ramas del derecho.

De acuerdo con lo anterior, es de suma importancia señalar que el derecho a la presunción de inocencia le corresponde a toda persona que se encuentre involucrada en algún procedimiento. No se le señalará como responsable o culpable hasta que exista en su contra una sentencia condenatoria firme que así lo declare; es decir, que la persona haya causado estado, siempre y cuando se haya respetado en favor del encausado el debido proceso y el principio *pro persona*, con base no solamente en las disposiciones de la Constitución General de la República y leyes secundarias que emanan de ella,[4] sino que la sentencia definitiva debe ser acorde tanto con la jurisprudencia mexicana como con la internacional. Así mismo, debe valer también el bloque de constitucionalidad y la cláusula de control de convencionalidad *ex officio*, a saber, sin la necesidad de activarse a instancia de parte, así como el control difuso de la Constitución, amparada por los tratados internacionales, firmados y ratificados por el Estado mexicano, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

4. Carlos Natarén Nandayapa, Patricia González Rodríguez y Jorge Witker Velásquez, coords., *Las víctimas en el sistema penal acusatorio* (México: UNAM-IIJ, 2016), 11.

Humanos (CIDH), en cuanto extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Hoy en día, ese cambio de paradigma obliga a toda autoridad —y en el caso del procedimiento penal acusatorio a la policía ministerial y al Ministerio Público— a otorgar la interpretación legal más favorable al imputado. Por otro lado, también obliga al juez de la causa a llevar a cabo el control de convencionalidad, para inaplicar la norma menos protectora y valerse de la disposición normativa que mejor ampare los derechos humanos del imputado bajo el principio *pro reo*; al mismo tiempo, se debe respetar el proceso con base en el principio *pro persona*. Tanto a nivel nacional como internacional, existen las jurisprudencias respectivas que corroboran lo anterior; algunas de las cuales se encuentran transcritas al final, para su mayor comprensión.

Para cumplir con sus compromisos políticos internacionales y hacer frente a la delincuencia organizada, el Estado mexicano puso en marcha el sistema de justicia procesal penal acusatorio, implementado en toda la República a partir el 18 de junio de 2016. Dicho procedimiento señala con puntualidad que la medida cautelar de prisión preventiva será de carácter excepcional. Por este motivo, nuestro objetivo es realizar una crítica propositiva para verificar si en el nuevo sistema de justicia procesal penal se violenta el principio de presunción de inocencia o es debidamente garantizado, desde que el Ministerio Público tiene conocimiento de la comisión de un delito, a través de una denuncia o querella —*notitia criminis*—, hasta que la sentencia definitiva cause firmeza, ya sea que se condene o se absuelva al inculpado. En consecuencia, también verificaremos si es respetada la libertad personal del imputado en todo estadio procesal, desde la óptica de una política anticriminal —no "política criminal", como se nombra incorrectamente: ningún gobierno puede de forma democrática, ética y moral ejercerla—, la cual no puede salir de su época ni de sus formas. Es importante hacer hincapié en que la reforma para procesar a un imputado no es la panacea para el incremento

de la delincuencia; la realidad, al contrario, es que este cambio podría haberse originado para satisfacer la presión ejercida por nuestros vecinos del Norte hacia nuestro gobierno.

Para Zaffaroni, necesitamos dejar atrás el derecho penal liberal para dirigirnos:

> Al derecho penal humano, el que debe desenemizar, o sea, arrancar las máscaras de enemigo construidas con odio y debilidad subjetiva y, en su lugar, repartir máscaras de persona, construidas con solidaridad, como única manera de hacer factible que cada quien pueda colocarse en la perspectiva del otro, es decir, construir empatía.[5]

Más adelante, señala la necesidad de construir nuestro propio derecho latinoamericano después de realizar un recorrido por la recepción del derecho penal procedente de Alemania, Francia, Italia y España.

También reconoce el carácter político dentro del derecho penal, en el que domina el capitalismo financiero; junto con la globalización, producto de la revolución tecnológica, critica la desigualdad del reparto de la riqueza: "constantemente se inventan nuevas necesidades suntuarias". En lugar de producir riquezas, se limita a consumirlas, "las succiona", con el agravamiento de que, por ser global, rebasa los Estados nacionales, del dominio privado incentivado solamente por lucro de los medios de comunicación masiva y diversión, el genocidio de jóvenes incorporados al narcotráfico que se enfrentan entre sí por su pertenencia a diferentes carteles de la droga, secuestros, extorsiones y demás delitos como el "derecho de piso".[6]

Volviendo a nuestra crítica del procedimiento penal, este es perfectible como cualquier otra obra humana; por lo tanto, nuestro punto de vista sobre las diferentes normas ínsitas en el proceso penal acusatorio se plasmará identificando el problema jurídico y señalando si sus

5. Zaffaroni, *Derecho penal humano y poder*, 77.
6. Zaffaroni, 78.

alcances son propios de una política anticriminal. Propondremos su solución basada en el pensamiento complejo, a través de la transdisciplinariedad dinámica para ofrecer una respuesta, teórica científica alterna o dogmática, ya que pertenecemos a un sistema jurídico y no solamente a un código adjetivo penal. Lo haremos así ya que la teoría del ordenamiento jurídico es meramente lineal y trata de resolver las dificultades de los sistemas normativos de derecho positivo, relacionados con los problemas de unidad que se suscitan por conflictos de jerarquías de normas y de falta de coherencia: antinomias propias o de normas e impropias o de principios; por problemas de plenitud del sistema que originan las lagunas; por colisiones de normas en el tiempo, conflictos de retroactividad y en el espacio, es decir, de aplicación extraterritorial de la ley.

Con base en lo anterior, esta crítica a la regulación de la libertad personal se hará de forma propositiva, dentro del sistema procesal penal acusatorio —conocido coloquialmente como "juicio oral"— implementado desde el 18 de junio de 2016. El presente estudio partirá desde la lógica difusa, la hermenéutica, la axiología jurídica[7] y la epistemología de segundo orden, con el fin de ponderar si la estructura y las bases del procedimiento penal acusatorio cumplen con los requisitos de una política anticriminal avanzada que garanticen la libertad personal del imputado durante todo el procedimiento penal acusatorio y si, además, es acorde a los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

Necesitamos, entonces, reflexionar acerca de los supuestos avances relacionados con la implementación del nuevo procedimiento penal en el país, con base en el pensamiento de Juan de Dios González Ibarra, en el sentido de que se puede aprovechar la epistemología de segundo orden o el sapiencial saber del saber en nuestro estudio. De este modo, se podrá proponer la solución a los problemas

7. Juan Palomar de Miguel, *El Diccionario para Juristas* (México: Mayo Ediciones, 1981), 154. El autor define a la axiología jurídica como la "ciencia que estudia y analiza los problemas sobre valoración jurídica".

identificados, en atención a que hoy en día no basta referirnos a la epistemología de primer nivel, es decir, la acción reflexiva del conocimiento, sino a elevar el conocimiento al saber sapiencial a través del pensamiento complejo. Con esto, en el campo del derecho, se logrará alcanzar el anhelado principio de conseguir una justicia pronta, expedita, completa e imparcial, respetuosa de los derechos humanos. Así, el derecho debe estudiarse como la ciencia que es, con un enfoque no solamente racional sino epistemológico, a través de la inter y transdisciplinariedad, así como la formulación de problemas de frontera:

> Concluimos que el derecho es técnica como se muestra en los procesos civiles o penales; es ciencia, pues parte de conceptos jurídicos fundamentales, junto con el empleo de lógicas para razonar, métodos para realizar sus labores e incluso llega a la epistemología jurídica por medio de rompimientos y claves epistémicas, y es arte, porque cumple con las condiciones que, desde el inicio de los pitagóricos y posteriormente los demás filósofos —Baumgarten, Lessing, Kant, Hegel, Schiller, Taine— establecieron: proporción, armonía, esplendor y equilibrio.[8]

Hay que recapacitar si el nuevo sistema de justicia procesal penal cumple con el objetivo de una política anticriminal humana, capaz de proteger la presunción de inocencia. Por tanto, salvaguardará el derecho a la libertad del imputado y, a su vez, mejorará la transparencia, eficacia y eficiencia en la procuración, administración e impartición de justicia para todas las personas que se encuentran inmersas en conductas delictuosas; en especial para los menores de edad, quienes se encuentran en un estado de desarrollo de su persona y capacidades por su corta edad. Esto para verificar que sus derechos humanos queden protegidos de conformidad con lo previsto en el párrafo noveno del artículo 4.º y en los párrafos cuarto, quinto y sexto del artículo 18, ambos de la Constitución Política de los Estados

8. Juan de Dios González Ibarra, *Pensamiento complejo, Ciencias de la complejidad y Conocimiento estético* (México: El Colegio de Morelos, 2019).

Unidos Mexicanos. En otras palabras, habrá que valorar si con dicho sistema se logra la reintegración social y familiar de las personas que abandonaron el deber ser.

Datos del problema

Si bien es cierto que la ineficacia de controlar el incremento desproporcional de la delincuencia en nuestro país está basada en la falta de políticas públicas que atiendan de fondo su origen, como la pobreza extrema o la falta de oportunidades, de educación, de condiciones dignas en materia de salud, alimentación y vivienda digna. Por otro lado, la investigación de conductas delictivas no siempre es hecha por servidores públicos capaces; en el peor de los casos, la corrupción implica el soborno de los agentes de la autoridad, además de responder a consignas que involucran a miembros del poder judicial.

Con base en lo anterior, se critica desde una perspectiva häberleana,[9] que considera el derecho como ciencia cultural en continuo cambio y perfeccionamiento, tomándola como producto de la sociedad en un momento histórico determinado. En su obra *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, que se traduce como Doctrina Constitucional como Ciencia de la Cultura, Häberle defiende esta teoría desde la acción: "El método utilizado […] se corresponde con la teoría constitucional comparada desde una perspectiva cosmopolita, en cuanto ciencia de la cultura y de los textos",[10] por lo que atiende a la dinámica al mencionar que "la Constitución es cultura". Esto significa que no solamente está hecha de material jurídico, sino que el ciudadano se expresa desde la llamada sociedad civil; por tanto, no es un ordenamiento dirigido exclusivamente a juristas para que puedan aplicar las reglas antiguas y nuevas, pues su objeto establece la seguridad jurídica

9. Peter Häberle, *El Estado constitucional* (México: UNAM, 2004), 79.
10. Häberle, Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli y Ermanno Vitale, *La Constitucionalización de Europa* (México: UNAM, 2004), 23-25.

que la norma proporciona. Del mismo modo, busca la armonía social a partir de esa Ley Fundamental y la protección de los derechos humanos: *Grundgesetz y Grundrechte*, términos alemanes para referirse a 'Constitución' y 'derechos fundamentales'.

La Constitución, además de ser un texto jurídico y una obra política normativa,[11] es la expresión de una situación cultural ciudadana, el instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo del patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Consideramos que esto significa, desde la perspectiva de los juicios orales en materia penal en México, la construcción de una nueva cultura constitucional que permita contemplar como parte de la vida cotidiana la convivencia jurídica a la que estamos sujetos como justiciables. Por ello, adoptamos la afirmación de Josep Aguiló Regla, quien afirma en su obra *La Constitución del Estado constitucional*:

> En efecto, para hablar de Estado constitucional, la constitución formal debe ser aceptada como si contuviera el conjunto de normas fundamentales del sistema jurídico y político. En otras palabras, para hablar de Estado constitucional tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política, que permita afirmar que, de hecho, en torno de la constitución formal, se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental y, en consecuencia, desempeña su papel en los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico-político.[12]

11. Sergio Ortiz Leroux, Ángel Sermeño Quezada y Julieta Marcone, "Philip Pettit: una teoría neorrepublicana de la libertad", *Metamorfosis de la política: Un diálogo con la teoría política contemporánea* (México: Ediciones Coyoacán, CONACYT-GITFP, 2015), 107-121. Ante la crisis de representación y aceptación de los partidos políticos y de la llamada "casta política", así como del tipo de democracia "vacía de contenidos" que domina en la globalización, este autor junto con Ferrajoli, Habermas, Hannah Arendt, Dworkin, Amartya Sen, Castoriadis, Sartori, Agamben, Žižek, Sloterdijk o Byung-Chul Han nos siguen presentando respuestas muy valiosas.

12. Josep Aguiló Regla, "Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución", *La Constitución del Estado constitucional* (Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2004), 53.

Así mismo, nuestra crítica se hará a través de la epistemología y la filosofía jurídica, además de la teoría del conocimiento. Bajo el contexto de la globalización —definida como el dominio mundial del capital financiero, cuyos textos constitucionales establecen una intertextualidad en la que, en materia no solo de derechos humanos, sino también de comercio, finanzas, precios internacionales y muchísimos campos, lo global predomina sobre lo nacional— un ejemplo para México es el Tratado de Libre Comercio (T-MEC) entre México, Estados Unidos de América (EUA) y Canadá.

Conforme con lo anterior, ejercemos una crítica constructiva que corresponda con la facticidad de las figuras que se incluyen en el nuevo procedimiento penal: su sentido o esencia descubren los efectos reales que provocan según una óntica y ontológica heideggeriana.[13] Esto implica integrar la parte dogmática con la teorética, unión necesaria para el avance de nuestra ciencia y saberes jurídicos. Metodológicamente, estudiaremos por analogía hermenéutica icónica[14] las figuras novedosas del proceso penal acusatorio, ínsitas tanto en nuestra Constitución General como en el Código Nacional de Procedimientos Penales: se analizarán, criticarán y compararán para su mejor comprensión.

Aspectos y elementos principales

Señalaremos la manera en que fueron articuladas las reformas constitucionales para dar vida al procedimiento penal acusatorio en México y si cumplen con la metodología propia de las Ciencias Sociales, en especial con la ciencia jurídica y sus saberes; en virtud de que estos exigen el manejo reflexivo de principios, normas, instituciones y valores. Implica, a su vez, su propio estatuto metodológico

13. Martin Heidegger, *El ser y el tiempo* (México: FCE, 2012), 72.
14. Mauricio Beuchot, *Hechos e interpretaciones. Hacia una hermenéutica analógica* (México: FCE, 2016), 101-112.

hermenéutico, para lograr la interpretación verdadera en la que no es posible la aplicación mecánica del método deductivo y la lógica formal, como se ha pretendido argumentar kelsenianamente[15] por el imperialismo de las ciencias exactas.

Como respuesta utilizamos diversas lógicas, incluyendo la lógica difusa,[16] preservando la tesis de que el derecho es un sistema complejo que exige una forma particular de razonamiento deóntico,[17] que en el estado actual de la ciencia jurídica se conceptúa en lo particular como argumentación jurídica.[18] En tal virtud, debemos señalar que el progreso humano y, consiguientemente, la innovación en todos los órdenes de la vida crean la necesidad de que el legislador analice los cambios que se originan. Al mismo tiempo, proponen las reformas que se adecúen a dichos cambios para obtener sus resultados, con responsabilidad desde la jurisprudencia. De esta manera, se logra la protección de la dignidad, los derechos humanos, los valores y bienes del individuo, de la familia, de la sociedad y del Estado.

Bajo esa perspectiva, se verificará si el procedimiento penal acusatorio cumple con los alcances anteriores. Además de contemplar los principios propios de un Estado constitucional, democrático, social y garantista, también debe ser congruente a esos principios, toda vez que el Estado es un ente complejo sistémico que presenta diversos aspectos y subsistemas, funciones y estructuras. Entre ellos se encuentra, en primer lugar, el conjunto de hombres en quienes radica el poder soberano, razonando, reflexionando, filosofando, organizándose, produciendo, creando y defendiendo un orden jurídico que se ha cristalizado en la cultura cotidiana.

Por tanto, cultura, Estado y derecho se encuentran en una relación sistémica de totalidad, porque no se concibe a la primera sin los siguientes ni al derecho como realidad positiva separada del vivir

15. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México: UNAM, 1982), 44.
16. Abraham Moles, *Las ciencias de lo impreciso* (México: Editorial Porrúa, UAM, 1994), 99.
17. Palomar de Miguel, *Diccionario*, 400. El autor define la deontología como "tratado o ciencia de los deberes y ética profesionales".
18. Palomar de Miguel, 241.

ciudadano real ni un Estado que sea pervertido por el monopolio del poder. El papel del derecho es encauzar al Estado en sus funciones dentro de un sistema normativo constitucional. En otros términos, la Constitución limita el poder político social tanto del Estado como de los grupos de presión políticos y económicos, por cuanto regula las instituciones de este y su funcionamiento.

En consecuencia, habremos de señalar desde diversas perspectivas y procuraremos aclarar los mitos y realidades acerca de la implementación en México del procedimiento penal acusatorio. En tal virtud, nos apoyaremos en el derecho como argumentación, de Manuel Atienza;[19] la ciencia cultural, de Häberle; la ciudadanización o recuperación de la historia del derecho, de Paolo Grossi;[20] la teoría garantista, de Luigi Ferrajoli, con su ley del más débil. Además, nos basaremos en el razonamiento deóntico y ontológico[21] para verificar si la estructura del nuevo sistema de justicia penal en México —apoyado en el principio acusatorio a través de la expresión procedimental de la oralidad— respeta el derecho de presunción de inocencia, protege la libertad del justiciable y permite combatir la corrupción.

Esperamos que se haga realidad el principio de justicia expedita, que eleva la calidad de la procuración, administración e impartición de justicia en el país y lo coloca a la altura de este milenio, dejando atrás vicios y corruptelas, bajo la tutela de un sistema constitucional garantista: debe proteger al gobernado, tanto virtualmente como en el campo forense, respetando sus derechos. Luigi Ferrajoli, en su obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* precisa que:

> Una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel

19. Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (México: UNAM, 2005).
20. Paolo Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad* (Madrid: Trotta, 2003).
21. González Ibarra, *Con el segundo Heidegger por los caminos del habla* (México: Fontamara, 2017), 77.

> con carencia de técnicas coercitivas —es decir, de 'garantías'— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho legítimo.[22]

El garantismo tiene una nueva visión del derecho, que se materializa en un metamodelo garantista compuesto por tres subsistemas: normativo, teórico y político-jurídico, cuyas características principales se basan en centralizar al ser humano en el sistema jurídico y del Estado. Así se establece la tutela y protección eficaz de sus derechos fundamentales, a través del diseño e inserción de mecanismos normativos, administrativos, políticos, didácticos o culturales: garantías que protegen los derechos humanos y aseguran su cumplimiento.

El carácter contemporáneo del garantismo se encuentra en sus premisas: a) la revolución de derechos fundamentales ocurrida a nivel global desde la Segunda Guerra Mundial;[23] b) la incorporación de estos derechos en casi todas las constituciones, y c) la estandarización del positivismo jurídico, lo cual ha resultado en que casi todos los países cuenten con constituciones rígidas. Todas estas premisas son condiciones que han transformado de manera radical las relaciones en sistemas jurídicos con estas características.

El garantismo pretende ser así una doctrina de legitimación; pero, sobre todo, de deslegitimación interna. Reclama una constante tensión crítica —interna, científica y jurídica— hacia las leyes vigentes por parte de jueces y juristas. Para ello, deben tener un doble punto de vista de aproximación metodológica: normativo o prescriptivo del derecho vigente y fáctico o descriptivo del derecho efectivo.[24] Ferrajoli establece que el garantismo penal corresponde con la teoría del derecho penal mínimo. Se trata de un paradigma teórico y un modelo de filosofía política de derecho penal que se justifica con dos criterios:[25] 1) la prevención y minimización de los delitos y 2) la prevención y

22. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1997), 852.
23. Ferrajoli, *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada* (Madrid: Trotta, 2022), 137.
24. Ferrajoli, *Derecho y razón*, 853.
25. Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, 123.

minimización de las penas excesivas o arbitrarias. Los principios del modelo garantista son:

a) Presunción de inocencia.
b) Estricta legalidad, materialidad y lesividad de los delitos.
c) Responsabilidad personal.
d) Juicio oral y contradictorio entre partes (modelo acusatorio).

Estos principios, explica el autor, se configuran como un esquema epistemológico para la identificación del delito que asegure el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad.[26] He aquí la nota fundamental distintiva del garantismo penal respecto de otros modelos: en cuanto a lo que este persigue, se distingue del modelo inquisitivo o autoritario, ya que el proceso no es concebido como un medio que deba entregar culpables al sistema a como dé lugar. Únicamente si el juicio es racional, fiable y limitador del poder punitivo y tutelar de los derechos del imputado se concibe que las penas impuestas estén legitimadas.

Por otro lado, el modelo de garantismo penal, en su apartado procesal, corresponde con los principios del modelo acusatorio. La diferencia entre ambos es poca pero trascendental:

a) A diferencia del modelo acusatorio, el garantismo penal está inserto y responde también a la teoría del garantismo[27] en general y la teoría de los derechos fundamentales. No se puede comprender por separado; en este sentido, la teoría del garantismo penal es sistémica, integral y holística.
b) Lo anterior hace que el modelo garantista esté impregnado de la noción de eficacia en cuanto a las garantías procesales

26. Ferrajoli, *Derecho y razón*, 34.
27. Adrián Rentería Díaz y Raúl Guillén López, *Los principios en el procedimiento penal acusatorio* (México: UNAM, IIJ, 2023), 221.

> y que sea aplicable el modelo de análisis de divergencias explicado anteriormente, a diferencia del modelo acusatorio. Este último bien puede quedarse plasmado en la norma constitucional y puede ser orillado a repetir errores pasados.

Nuestra postura ha sido prospectiva, apoyándonos en la epistemología, las experiencias nacionales e internacionales, así como en las teoréticas jurídicas. Por ende, se reflexionará para ejercer la crítica propositiva que corresponda a las figuras que se incluyen en el procedimiento penal acusatorio. Esto implica integrar creativamente la tradición con la innovación, que aun siendo ajeno nos fortalece, construyendo una *praxis* integradora, dogmática-teorética; binomio inseparable que consideramos necesario para el avance de nuestros saberes jurídicos.

Utilizamos la lógica difusa,[28] sosteniendo la tesis de que el derecho es un sistema complejo que reconoce que la pretendida separación kantiana tajante entre derecho y moral ya no es creíble en esta era de incertidumbre y que en el estado actual de los saberes jurídicos el derecho ha dejado de ser un servidor encubierto de poder absoluto bajo la toga y gestos solemnes de los magistrados, como lo fue en el estado kelseniano, a través del legalismo legislativo, nazismo o estalinismo, luego de la Segunda Guerra Mundial, y de la frase de Hans Kelsen de que el derecho nazi, a pesar de todo, fue derecho.

Como reto histórico tenemos que afrontar mitos, la ley del más débil, y teorías impuras con sistemas de valores como esencia de la razón del derecho para construir una nueva argumentación jurídica basada en la legalidad. En muchas ocasiones, no es legítima; sin embargo, debe "promover y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad",[29] como lo exige la Constitución federal.

28. González Ibarra y José Luis Díaz Salazar, *Lógica, retórica y argumentación para los juicios orales* (México: Fontamara, 2010), 51-52.
29. CPEUM, art. 1, párr. 3.

Por ello, debemos señalar que el progreso y la innovación crean la necesidad de que tanto el legislador como el juzgador analicen los avances que se requieren. También debería quedar atrás la mentira del juez neutro y sin compromisos con la democracia, el bien común o la sociedad que ha creado al derecho para poder convivir en armonía y justicia social.

Como consecuencia, se podrán proponer mejoras para obtener, con seguridad jurídica integral ante el Tribunal y ante la población, la protección de los derechos humanos y sus bienes fundamentales, bajo un Estado constitucional, democrático, social y garantista, incluyente de riqueza y oportunidades nacionales a favor de sus ciudadanos.[30] El procedimiento penal acusatorio debe ser congruente a esos principios, toda vez que el Estado avanza al ritmo de la globalización, con todos los retos y promesas que conlleva. Por tanto, Estado y derecho se encuentran en una correlación sistémica de integridad; por ejemplo, en alemán no existen dos palabras para diferenciarlos: es impensable el uno sin el otro.

Antecedentes históricos

Ante este panorama, debemos centrar nuestra atención en el origen de las reformas del procedimiento penal en México, la que se encuentra tanto en el juicio basado en la oratoria y retórica de los griegos, como se acredita entre otros testimonios con el juicio a Sócrates[31] y romana, con Cicerón como gran orador del foro,[32] en la modernidad por Italia, España y algunos países de Latinoamérica. Los países anglosajones, por ejemplo, siguen el sistema de tipo acusatorio; sin embargo, rechazaron la fórmula de la codificación y, al contrario, se

30. González Ibarra y Emilio Ricardo Peña Rangel, "Epistemología e historia del juicio penal oral", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 41, núm. 123 (2008), 1301.
31. Jenofonte, *Recuerdos de Sócrates* (México: Porrúa, 2020), 87.
32. González Ibarra y Peña Rangel, "Epistemología e historia", 1292.

vinculan con la jurisprudencia, fuente de determinaciones o fallos. Esto quiere decir que no fundamentan sus resoluciones basándose en la norma elaborada por el legislador y perfeccionada por la doctrina y su interpretación; así, no existen normas imperativas o supletorias a las que deban constreñir sus fallos. Para ese tipo de sistemas no existe una codificación como la nuestra.

Su sistema acusatorio, entonces, se convierte en uno abierto, porque las decisiones se justifican por razones del precedente: se resuelve cualquier cuestión planteada sin normas sustantivas; no es una técnica interpretativa de las normas jurídicas, sino que se descubre la llamada *Legal Rule* a través del caso concreto. Esta se aplica a dicho caso o lo resuelve con los precedentes que norman el sistema *Common Law*. El aspecto casuístico que se asume en aquellos países produce numerosas lagunas, resueltas a través de la razón como fuente subsidiaria del derecho.

Los sistemas jurídicos que tienen su fuente en la familia romano-germánica-canónica, como el nuestro, son sistemas cerrados: se destaca el derecho escrito a través de su elaboración legislativa. En estos sistemas, la razón se utiliza para elaborar normas jurídicas y su interpretación. Al mismo tiempo, queda prohibida —por el artículo 14 de la Constitución— la aplicación de la analogía y de la mayoría de razón en materia penal,[33] con lo cual se garantiza el principio de precisión de tipo. "El dogma *nullum crimen sine tipo* constituye la más elevada garantía del derecho penal liberal, al no poderse sancionar una conducta o hecho, en tanto no estén descritos por la norma penal";[34] en este dogma se señala que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de ninguna persona. Además, que "nadie podrá ser privado de la libertad, sus propiedades o derechos, sino únicamente mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, donde se cumplan las formalidades esenciales del

33. CPEUM, art. 14, párr. 3.

34. Celestino Porte-Petit Candaudap, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal* (México: Editorial Porrúa, 2001), 367.

procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".[35] Queda prohibido imponer, en materia penal —por analogía y mayoría de razón—, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito.

Entre los retos para la aplicación de los juicios orales en México se pueden identificar los siguientes:

a) Reconocer e incorporar la tradición grecolatina desde la oratoria y la retórica.
b) Aprovechar la experiencia anglonorteamericana sobre el juicio acusatorio y ajustarla a nuestra tradición latina.[36]
c) Contextualizar dentro de la globalización y del Estado constitucional, democrático, social y garantista mexicano en construcción.
d) Tomar en cuenta la necesidad de construir una cultura participativa, por medio de la transparencia y rendición de cuentas, a través de observatorios ciudadanos, operadores del derecho desde la magistratura y la postulancia, la academia y los medios de comunicación masiva.
e) El avance del derecho cosmopolita como defensor protagónico internacional de la dignidad y los derechos humanos.
f) La nueva conceptualización del juzgador como persona comprometida con el desarrollo socioeconómico, político y cultural del país.

Cabe subrayar que el primitivo "Estado de derecho" surgió del liberalismo y, en lo que respecta a su aspecto formal, estaba supeditado al principio de legalidad legislativa *lex dura, sed lex*, que debía regir todo acto de autoridad. Sin tener una corte constitucional,

35. CPEUM, art. 14, párr. 2.
36. Natarén Nandayapa *et al.*, *Las víctimas en el sistema penal acusatorio* (México: UNAM-IIJ, USAID, 2016), 193.

como en la actualidad, se plasmaron inútilmente en la Constitución expresiones jactanciosas:

> […] Cuando se afecte, o pueda afectar, la esfera jurídica del gobernado, por lo que le queda prohibido en materia penal la aplicación de la ley por analogía, la irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, la costumbre como fuente de ilícitos y sanciones, la imprecisión o indeterminación legal de las regulaciones de las normas.

Sin embargo, en el sistema presidencial era el poder ejecutivo quien otorgaba la última palabra. Por ejemplo, en el caso del delito de disolución social o para realizar pesquisas por conspiración, acciones propias de los países anglosajones y de los totalitarios.

No obstante, con el tiempo la humanidad ha aprendido que existen otros Estados de derecho, aunque se hubiera originado en el liberalismo. Por el solo hecho de serlo, no necesariamente han constituido entes de carácter democrático y social, sino que para que apareciera esta última peculiaridad se requería que el derecho estuviera realmente al servicio de cada persona. Por ello, hablar de un único Estado de derecho no tiene sentido histórico, ya que también pueden adoptar este carácter regímenes autoritarios, como sucedió con el nacionalsocialismo y el comunismo real o estalinista.

Se considera que un Estado es de corte democrático y social cuando el poder sirve a cada persona como garante del desarrollo potencial de su personalidad, además de estar reglado, conformado o simplemente ajustado al Estado de derecho. Bajo esa perspectiva, hoy en día resulta de vital importancia tomar en cuenta que, a pesar de los avances institucionales, dogmáticos y teoréticos estamos en México: el incremento desmedido de la delincuencia requiere sentar las bases adecuadas para someterla al orden como medida urgente de política anticriminal. Se pueden implementar a través de una cultura ciudadana e institucional, que resalte los valores ante la corrupción

y la complacencia.[37] Las leyes estarán al nivel de esa necesidad para brindar la seguridad que la sociedad tiene como derecho; también tendrá la obligación de capacitar a los servidores públicos encargados de la procuración y administración de justicia, para hacer cumplir los valores y fines de un Estado constitucional, democrático, social y garantista.

Tanto la nueva cultura de la transparencia y la rendición de cuentas —tradicionalmente ausentes en nuestro país—, así como los profesionales encargados de la procuración y administración de justicia deben empeñarse en estudiar las doctrinas y bases en las cuales se fundamenta la estructura de la nueva tendencia procesal penal y encontrar respuestas a las nuevas interrogantes. Por otro lado, es necesario prestar atención a todas las críticas lanzadas contra el sistema tradicional, con objeto de analizar por qué es necesario apoyar un nuevo sistema, pues debe ajustarse a las tendencias de una justicia pronta y expedita, fin del principio previsto en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cuando se analicen las tendencias del nuevo proceso penal acusatorio, se hará la crítica desde un punto de vista teorético y dogmático. Se verificará que el proceso penal implementado es receptor de una tradición humanista y que el conflicto de intereses a partir de un hecho delictuoso se resuelve equilibradamente, ya que afecta a diversos individuos —a título de probables responsables o imputados, víctimas u ofendidos—, y a la sociedad en su conjunto. En este escenario adquieren particular relevancia los derechos humanos, cuya protección radica en la justicia que el Estado debe garantizar. Al hablar de derechos humanos se alude tanto a los que corresponden al imputado como a los de la víctima.

En el curso de los últimos años, ha habido cambios importantes y numerosos al derecho procesal penal, tanto nacional como extranjero. En la mayoría de los casos, han sido impulsados basándose en una

37. Nimrod Michael Champo Sánchez y Rogelio Rueda de León Ordóñez, *De la ejecución de la pena al modelo penitenciario mexicano* (México: UNAM-IIJ, 2023), 169.

política anticriminal para transparentar el procedimiento y ser eficientes, con el propósito de establecer las facultades, atribuciones, derechos y deberes de quienes participan en él; mejorar las condiciones en que el Estado cumpla su misión de procurar y administrar justicia; profundizar en el conocimiento de los hechos punibles y la participación delictuosa para llegar a una sentencia sapiencial, y hacer realidad el principio de justicia pronta y expedita.[38]

Además de esto, es necesario enfatizar los avances nacionales e internacionales obtenidos en el campo del derecho penal. Por ejemplo, desde 1981, el Estado mexicano se adhirió al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, según aparece publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981. En él se establece el compromiso de respetar lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 14: "El dolo, la culpa y la preterintención deben ser probados. Mientras tanto, al individuo se le presumirá inocente". En otras palabras, desde aquel entonces es obligación del Gobierno Federal y de las entidades federativas del país respetar el principio de presunción de inocencia del probable responsable, esto mientras no sea declarada su responsabilidad penal plena en una sentencia que cause ejecutoria.

Por eso mismo, el procedimiento penal acusatorio debe respetar los principios básicos que contiene todo ordenamiento penal moderno establecido en una política anticriminal avanzada, propia de un Estado constitucional, democrático, social y garantista: legalidad, transparencia, economía, inmediatez, contradicción, respeto de la dignidad y derechos humanos del justiciable, así como el debido equilibrio entre los legítimos intereses y los derechos del imputado, de la víctima u ofendido, y la sociedad en su conjunto. De igual forma, debe buscar la verdad histórica, el principio *pro persona* y el respeto al debido proceso. A partir de esto, es necesario enfocarse en las constitucionales de 2005, 2008, 2011 y 2016, para conducir nuestra crítica

38. Hugo Saúl Ramírez García y Pedro de Jesús Pallares Yabur, *Derechos humanos promoción y defensa de la dignidad* (México: Tirant lo Blanch, 2021), 292.

hacia las principales figuras del procedimiento penal acusatorio, que entró en vigor a partir del 18 de junio de 2016.

La reforma constitucional de 2005 modificó la forma de encausar a los menores de edad —entre los doce años cumplidos y hasta menos de dieciocho— a quienes se les atribuya la comisión o participación en un delito, ya sea a nivel federal o local; no obstante, esta reforma tiene inconsistencias y puede ser mejorada. Por consiguiente, verificaremos si dicho sistema respeta la presunción de inocencia y también la libertad personal[39] de los menores de edad. Durante el desarrollo de este trabajo, se darán a conocer las inconsistencias que encontremos en el sistema integral para adolescentes, relacionadas con las modificaciones al artículo 18, párrafos cuarto, quinto y sexto de la Constitución, a partir del Decreto del 8 de noviembre de 2005.

Anteriormente existía un órgano administrativo desconcentrado, perteneciente a la Secretaría de Gobernación, que procesaba a los jóvenes infractores a través de un consejo de menores; de este modo, los órganos administrativos encargados de conocer estas infracciones en el ámbito penal dejaron de tener vigencia. En la citada reforma se excluye a los menores de doce años que han cometido o participado en un delito, quienes solo podrán ser sujetos de asistencia social.

Por lo que respecta a la reforma constitucional de 2008, es decir, la propuesta federal de implementación del procedimiento penal acusatorio en México y la reestructuración del sistema de justicia procesal penal en un sistema acusatorio y oral, que actualmente está implementado a lo largo de la República mexicana, a partir de 2016, el cual está sustentado en la experiencia internacional y, además, en los esfuerzos realizados por diversas entidades federativas en nuestro país, que abordaron la problemática con responsabilidad y sensatez, como Nuevo León, Oaxaca, Zacatecas, el Estado de México y Chihuahua; el Estado de Morelos destaca por ser pionero en implementar la

39. José Luis Aranguren, *Ética* (España: Biblioteca Nueva, 1997), 309.

reforma a su sistema de justicia jurídico-penal en materia adjetiva sobre menores de forma integral.

El Poder Ejecutivo Federal reconoció el trabajo de los estados que modernizaron anticipadamente su proceso penal para lograr una justicia pronta y expedita. Con ello se asentaron las bases constitucionales que aplican un nuevo modelo de justicia procesal penal en todo el país. La Federación y las entidades estaduales, bajo criterios uniformes y sistemáticos, coordinaron sus esfuerzos a fin de obtener la colaboración de todos los actores, además de abatir la impunidad y recuperar la seguridad pública y la justicia. La unificación penal ha sido una tendencia cada vez más fuerte de las repúblicas que han elegido el sistema federal como modelo de organización.

La unificación legislativa conlleva un doble significado: primero, la certidumbre jurídica mediante la adopción de reglas claras que permitan delimitar competencias; segundo, la adopción de figuras únicas para todo el territorio nacional, sus respectivas consecuencias jurídicas y la sustanciación de dichos procedimientos. Implica establecer, por ejemplo, un criterio de igualdad a la hora de calificar cuáles serían los delitos graves —concepto que permanece en la Constitución—, así como los plazos, términos, formas de notificación y reglas de valoración de pruebas, entre otros. Esto no invade de ninguna forma la soberanía de los estados que componen la Federación, pues, en todo caso, la ley determina las competencias correspondientes y les permite organizar los términos cuyas instituciones de procuración y administración de la justicia consideren pertinentes.

Hasta la reforma constitucional del 11 de junio de 2011, se logró un enorme salto constitucional,[40] porque permitió adecuarse al sentido de los tribunales trasnacionales de derechos humanos; en ella se reconoció la protección de estos, además de desprenderse la protección irrestricta al debido proceso. Del mismo modo, resaltan las modificaciones y adiciones a su artículo 1.º, que versan sobre los derechos

40. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia 1. Teoría del derecho* (Madrid: Editorial Trotta, 2011), 556.

humanos y las formas para hacerlos exigibles, eliminando el término de "garantías individuales" —vestigio del constitucionalismo francés postrevolucionario— y previendo que todas las personas gozarán de los derechos reconocidos por la norma fundamental, así como en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano.

Con la reforma constitucional de 2011, se aplicó el control difuso de la Constitución. A partir de dicha interpretación constitucional, "todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad".[41] En consecuencia, todas las autoridades que intervengan en el procedimiento penal deberán verificar que, tanto el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) como la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJPA) y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, respeten el principio de presunción de inocencia del imputado y el derecho a la libertad personal durante el proceso —este debe estar correlacionado con los principios *pro persona* y *pro reo*— durante el estadio procesal, para garantizar la protección de igualdad ante la ley, el acceso a la justicia [42] y su proceso, salvaguardando el bloque de constitucionalidad y la Cláusula de control de convencionalidad.

Relaciones de nuestro estudio con diversos aspectos

Por otra parte, aunque no es tema de nuestro trabajo, cabe señalar la necesidad de revisar a fondo la penalización y despenalización del elenco típico que contienen los actuales códigos penales, tanto a

41. CPEUM, art. 1, párr. 3.
42. Aranguren, *Ética*, 309.

nivel local como federal. Además, propondremos un nuevo Código nacional penal que atienda la naturaleza subsidiaria del derecho penal; es decir, que se ajuste al principio de *ultima ratio* o de intervención mínima en materia penal, así como un código nacional penal con figuras específicas en un elenco *ad hoc* para menores de edad. Se deberá detener la aplicación, por analogía, de delitos previstos en códigos penales ajenos a las personas a quienes se dirige la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

En otras palabras, estamos obligados a sugerir dicha revisión, con el fin de evitar que perturbaciones leves a los bienes jurídicamente tutelados estén inmersas en el Código Penal o en leyes penales especiales; menos aún, con relación a las conductas que sancionen a las personas en desarrollo. Es decir, si bien a través de aquella rama del derecho se deben proteger los bienes jurídicos del individuo, de la familia, de la colectividad y del Estado para mantener el orden jurídico existente, solamente en caso de que haya insuficiencia de otros medios de carácter no penal, la necesidad de tipificación de ciertas conductas, habida cuenta que las perturbaciones más leves del orden jurídico deben ser objeto de ramas del derecho distintas de la penal, pues una posición contraria da lugar al "cinturón protector jurídico-penal" o terror penal. Aproximadamente hace tres mil años, Lao Tzu señalaba que "el reino se gobierna con justicia, la guerra se lucha con sagacidad. Mientras más prohibiciones, más pobre será el pueblo; mientras más astucia, más hechos extraños ocurrirán; mientras más leyes y decretos, más ladrones aparecerán".[43]

Como ya se ha mencionado, dentro del contexto social actual existe un marcado incremento de la delincuencia; no es exclusivo del quehacer del derecho penal, sino que se ve influido por la escasez de fuentes de trabajo, más de la mitad de los mexicanos sumidos en la pobreza, opacidad, falta de cultura de transparencia y rendición de cuentas, escasas oportunidades educativas, viviendas indignas,

43. Lao Tzu, *Tao Te King*, trad. Ernesto Nesh (México: Editorial Distribuidora Yug, 1994), 68.

servicios hospitalarios y comunicaciones deficientes, entre otras. Confucio decía que "no encontraba diferencia entre una persona que mata con arma a otra, de aquella que lo mata con un palo, y tampoco encontraba diferencia alguna con aquel que mata de hambre a su pueblo".[44]

En lo particular, como miembros del gremio y estudiosos del Derecho, debemos combatir el aumento acelerado de la delincuencia organizada, innovar nuestro sistema de justicia penal, educar en los valores y desarrollar la cultura de la transparencia y rendición de cuentas. Será necesario revisar exhaustivamente la práctica jurídica, pues vulnera los derechos de las personas: los procedimientos, normas y leyes deben perfeccionarse, con la participación ciudadana y, especialmente, de los servidores públicos encargados de procurar y administrar justicia. Se espera que en el futuro el Estado cumpla con su obligación de reinsertar en la sociedad a esos delincuentes, no que nada más se les imponga una sanción privativa de libertad para su correcta convivencia. Es cierto que a "aquel que ultraja el patrimonio de otro apoderándose de un bien mueble que no le pertenece se le denomina ladrón; no lo es menos que aquel que ultraja la justicia [y] se le denomina tirano".[45]

Con este fin, es perentorio imponer a los responsables delictivos, además de la pena privativa de libertad, sustitutivos que cumplan cabalmente con el objetivo del quehacer penal: por ejemplo, la prevención general y su reinserción. Para abatir efectivamente la delincuencia, no es suficiente incrementar las sanciones de prisión, sino que dichas sanciones necesitan individualizarse a través de los recursos estatales; de esa manera, resultarán congruentes tanto la pena como los sustitutivos. Así, las medidas de seguridad impuestas al sentenciado buscarán que se le brinde la oportunidad de rehacer su vida dentro de la sociedad.

44. Daniel Leslie, *Confucio* (Madrid: EDAF, 1991), 88.
45. Leslie, *Confucio*, 90.

En el campo práctico, las personas, los servidores públicos y los juristas deben realizar una crítica científica tanto al CNPP como a la LNSIJPA: para que exista avance en cualquier ciencia se requiere comprender ese saber, mediante la captación de un saber adicional dialéctico[46] y obtener un resultado empírico-técnico. Realizaremos una crítica epistemológica sobre el alcance de la norma vigente, para conocer a cuál sistema debe pertenecer: por y para qué se proponen los cambios, además de dominar sus conceptos. En este sentido, Abelardo Rojas Roldán señala que:

> El análisis del lenguaje nos lleva a concebir la realidad de cierto modo. Detrás de las palabras hay realidades. Ahora bien, el lenguaje y en especial las palabras son etiquetas [que distinguen] conceptos […]; son las representaciones mentales que tenemos de todas las personas y los objetos. El concepto es el órgano del conocimiento de la realidad. Las formas de la realidad corresponden exactamente a los conceptos que forja la mente. Por lo tanto, hay que distinguir entre el concepto, palabra y objeto a describir.[47]

En este punto cabe citar el secreto del éxito japonés, donde el cumplimiento del quehacer depende del dominio de la técnica básica de la disciplina que se trate, y después, realizar los cambios necesarios. Por lo tanto, creemos prudente estudiar el contenido de las tendencias que dieron vida al CNPP y a la LNSIJPA, y proponer, en su caso, los cambios o ajustes que se requieran.

46. La dialéctica es la disciplina filosófica que estudia la realidad, su comprensión y explicación por medio de la razón de la lucha de los contrarios y de sus leyes epistémicas. Ordena las verdades o teoremas dentro de una dinámica a través del encadenamiento de los hechos. Véase el *Diccionario de Filosofía* de Ferrater Mora.

47. Abelardo Rojas Roldán, "Los valores jurídicos", *Revista de la Facultad de Derecho de México* 197-198 (1994), 184.

Cuestiones conexas

La función del legislador lleva implícitos el deber y la responsabilidad de crear leyes que garanticen la adecuada regulación de los bienes jurídicos que constituyen el sustento y la base de la sociedad a la que pertenecemos. Nuestra labor se orienta a buscar modelos normativos correctores de las limitaciones de las instituciones jurídicas vigentes capaces de adecuarlas a las condiciones sociales, axiológicas, teleológicas, económicas, culturales, políticas, etc., que prevalezcan para así innovar, siempre bajo la discusión reflexiva de los justiciables. Sin embargo, esta reforma no es el único remedio contra la delincuencia, sino que el CNPP y la LNSIJPA deben ser un instrumento útil que se apoye en la profesionalización de los servidores públicos encargados de procurar y administrar justicia.

La implementación del procedimiento penal acusatorio en sí mismo no es un avance, pero si toda vez que el sistema tradicional en México fue un procedimiento mixto: escrito y oral en su mayoría. Dicho avance lo marcan la transparencia y rendición de cuentas, la construcción de una cultura para las personas interesadas en el quehacer jurisdiccional, el cambio de imagen en sus tribunales, el uso durante el proceso de grabaciones, videos, computadoras o archivos electrónicos que facilitan la labor forense, así como la posibilidad de sancionar a quien no cumpla con su deber. Se advierte que esta mejora sitúa a las autoridades que se encargan de la investigación como autoridades poco fiables, motivo por el que desconocen los actos de policías y del Ministerio Público.

Tratamiento integral del problema

Para abatir esta desconfianza, debemos recurrir a los órganos de control y vigilancia existentes, tanto en el ámbito policial como de procuración de justicia, principalmente, en el poder judicial. Estas

instituciones están facultadas para revisar y, en su caso, sancionar a todo servidor público que abandone el deber ser. Además, las entidades federativas de la República y el ámbito federal cuentan con sus respectivos organismos para proteger los derechos humanos. También se puede recurrir a instancias internacionales que salvaguarden sus derechos en caso de que la autoridad local o federal eluda sus reclamos. Por ello, el CNPP y la LNSIJPA no deben ser analizados con la esperanza de evitar una mala actuación del servidor público, sino para aplicar un sistema transparente, eficiente y eficaz.

En consecuencia, es imperativo capacitar a los servidores públicos, litigantes y estudiosos del Derecho; esto consolidará la ciencia jurídica y protegerá el debido proceso. En otras palabras, prepararlos para conocer, estudiar, sistematizar, transmitir y aplicar las diversas posibilidades en las que la ciencia puede usarse como un mecanismo para garantizar los diversos derechos fundamentales que sustentan la justicia penal, desde una perspectiva garantista, científica e internacional. Se trata de conocer el uso de la ciencia y la tecnología, sus límites y posibilidades, para garantizar la justicia, la verdad, las investigaciones efectivas y el carácter cognoscitivo de un juicio penal sustentado en enunciados, elementos y pruebas, refutables por la defensa, y verificables por el juez. En ese sentido, lo empírico no tiene cabida: las investigaciones y el proceso deben ejecutarse a través del método científico, apoyándose en la tecnología, investigaciones criminales y juicios penales acusatorios debidamente sustentados. Así, la sistematización del conocimiento se aplica en las instituciones públicas que se encargan de la investigación criminal, la defensa de imputados y la administración de justicia penal.

En suma, deben respetarse los modelos estandarizados de aplicación de la ciencia en la administración de justicia, cuyo objeto es garantizar el carácter cognoscitivo y verificable de hechos pasados que puedan constituir delitos, por ejemplo:

a) Uso del método científico en la integración de una hipótesis acusatoria.
b) Uso de la lógica, método deductivo e inductivo para el planteamiento de posibles líneas de investigación criminal.
c) Uso del conocimiento tecnológico, médico y genético para la comprobación de hechos del pasado.

Se trata de construir modelos de gestión y capacitación de carácter universal que mejoren la investigación criminal y aseguren el respeto a los derechos humanos, a través del conocimiento científico disponible. Esto impacta en:

1. Eficiencia y eficacia de la justicia penal.
2. Reducción de la impunidad.
3. Disminución de las violaciones a los derechos humanos en el proceso penal.

En ese sentido, que se apliquen en la investigación y proceso penal; el método comparativo; el pensamiento complejo;[48] las lógicas deductiva, inductiva y difusa; y la fiabilidad científica de las pruebas basadas en la refutabilidad y verificabilidad, cualidades que solo se obtienen a través de pruebas y de una construcción sintáctica y semántica especializada basada en el método comparativo y el razonamiento lógico. Estos mecanismos deben presentarse durante el proceso, sobre todo las capacidades subjetivas de los policías y el Ministerio Público. Además, en la figura del juzgador debe estar presente el estado del arte, pues es el único facultado para declarar el derecho, de conformidad con el principio de división de poderes previsto en el artículo 21 de la Constitución.

48. Edgar Morin, *Introducción al pensamiento complejo* (Barcelona: Gedisa editorial, 1990), 135.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO

Antes de iniciar con el estudio del sistema de enjuiciamiento acusatorio —en el que deben respetarse los principios de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración—, recordemos que los procedimientos penales están constituidos por relaciones de causalidad y finalidad. Se regulan por normas jurídicas, a través del principio constitucional de división de poderes, establecido en el artículo 21 de la Constitución; es decir, a través de los órganos persecutorio y jurisdiccional, según su etapa y atribución respectiva.

Ante los obstáculos ocasionados por la prevención y represión de la delincuencia, el Estado adopta previsiones genéricas, de observancia general, contenidas en las leyes escritas que regulan la conducta ciudadana. En el desarrollo de estas relaciones existe una actividad coordinada de causa-efecto, resultado de las necesidades de la vida en común: la ley. En el orden natural, la ley deriva de la necesidad de movimiento o reposo, de acción o inacción de un cuerpo respecto a otro. Las leyes naturales, físicas o biológicas, son inmutables y permanentes; nos encontramos sujetos a su influencia. Pero, además de aquellas leyes que no se supeditan a la voluntad, están las leyes jurídicas que constituyen una ficción del ingenio humano y rigen las relaciones sociales.

La ley jurídica ha sido aplicada desde que el hombre decidió reunirse con sus semejantes y dictar límites de conducta para regir sus actos. Entonces surgieron las normas impuestas para la conservación de la armonía social: no pueden violarse impunemente por sus miembros sin hacerse acreedores en materia penal a una sanción previo juicio. De estas relaciones se crearon preceptos de general observancia como reflejo de la moral del grupo. La moral es la costumbre, y la costumbre, una de las fuentes de la ley jurídica, que procura la estabilidad social a través del orden social y la tutela de la persona y de sus bienes.

John Henry Merryman, señala que una tradición jurídica, como el término indica, no es un conjunto de normas jurídicas sobre contratos, asociaciones y delitos, aunque tales normas serán casi siempre reflejo de esa tradición. Más bien, se trata de un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley; de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno; de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico, y el modo como se debe crear, aplicar, estudiar, perfeccionar y enseñar el Derecho. *La tradición jurídica* relaciona su sistema con la cultura, de la cual es una expresión parcial.[49]

El derecho penal defiende la sociedad y su lucha contra la delincuencia: no se puede justificar solamente la amenaza penal para lograr la reparación del daño a la víctima. Sus normas son límites de acción, de general observancia, cuyo cumplimiento no está ni puede estar sujeto a la voluntad de los particulares por ser de orden público. Del mismo modo, la ley adjetiva que constituye el procedimiento establece las reglas del orden procesal surgidas por la violación del derecho penal; estas estructuran el proceso, establecen sus formas y fijan la actuación de quienes intervienen. Así, el derecho procesal penal no solo protege los intereses de la sociedad, sino también en los que se afecta a la persona del imputado, de la víctima u ofendido,

49. John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica* (México: FCE, 1971), 15.

mediante el pleno cumplimiento de la protección de los derechos humanos de todos los involucrados, a partir de la reforma constitucional de 2011.

El proceso penal moderno representa un adelanto en la evolución del Derecho, cuyo objeto tutela los intereses del individuo frente a los abusos del poder público. También tiene el derecho —exclusivo del Estado— de sancionar venganzas personales, a través del ejercicio de la acción penal. El Ministerio Público, entonces, consigna su investigación ante un órgano jurisdiccional para que posteriormente un juez declare el derecho. Una vez quebrantada dicha norma, surge la relación con el Estado, que tiene a su cargo la restauración del derecho violado a la víctima u ofendido, así como la acreditación de la responsabilidad plena del individuo a quien se le imputa un delito, y velar por los intereses de la sociedad en su conjunto.

La definición de las relaciones que se crean entre el poder público y el individuo a quien se le imputa el delito debe hacerse a través de un proceso regular con estricto cumplimiento de las normas procesales. Este deberá respetar en todo momento la presunción de inocencia del justiciable y su derecho de gozar libertad personal durante el proceso. Si la imposición de las penas y medidas de seguridad se hiciese de manera arbitraria y desordenada, el derecho penal no cumpliría su misión de proteger y garantizar los intereses sociales. La solución corriente es que el proceso penal representa una configuración artificial, destinada a proteger a los individuos contra el abuso del poder; por eso es necesario sancionar mediante un proceso que concluya con una sentencia imparcial y justa, a través del órgano jurisdiccional correspondiente.

En la definición de estas relaciones, necesitamos contar con: a) la existencia de un derecho violado o puesto en peligro; b) la investigación de los hechos por parte del Ministerio Público, que acredite fehacientemente el delito cometido como base de su acción penal y la probable responsabilidad del justiciable; c) la actuación de un órgano jurisdiccional competente encargado de hacer la declaración

conforme a derecho, razón y justicia, y d) las normales procesales que obligatoriamente han de observarse en el curso del proceso, antes de obtener la declaración judicial correspondiente.

El *ius puniendi* —derecho de sancionar o imponer una pena— corresponde exclusivamente al Estado a través de los órganos jurisdiccionales. En la comisión de delitos que trastornan el orden público, la sociedad es la afectada y tiene derecho a que se prevenga todo acto lesivo y, además, se eliminen. De este modo, el Estado está obligado a proteger a la sociedad, con derecho a su defensa, y adoptar las medidas preventivas o represivas, conducentes contra cualquier persona que ponga en peligro su tranquilidad, sea menor o adulto, sano o insano mental. No obstante, como la sociedad es una entidad abstracta, las funciones de prevención e investigación del delito, la persecución del sujeto activo y de represión de los encausados relacionados a estos quedan en manos del Estado.

Surge entonces la interrogante de por qué si al Estado le corresponde de una manera exclusiva el *ius puniendi* este necesita ocurrir al proceso penal a probar la correcta aplicación del derecho, abdicando así de su soberanía y, a su vez, por qué la imposición de una sanción supone que existe un proceso normal. Desde tiempos remotos, se han observado las formas procesales aunque sean rudimentarias. A Sócrates se le enjuició[50] por el tribunal ateniense ante la denuncia de Melito, Anito y Licón, quienes le atribuyeron el delito de *asebeia* —'impiedad o irreverencia'— que resulta en la corrupción de la juventud. Es decir, empezó a campear el régimen a la venganza privada, con lo cual se sustituyó al castigo del poder estatal.

Así, el principio de *nulla poena sine lege* se complementa con los principios *nulla poena sine judice* y *nulla poena sine judicio*: las leyes sustantivas, los procedimientos y la organización jurisdiccional son

50. En el 399 a. C., en el marco de la democracia ateniense restaurada y tras el juicio realizado por el Tribunal de los Heliastas, Sócrates fue condenado a muerte. Está documentado en diversos testimonios: por Platón, en *Apología de Sócrates*; Critón, Carta VII; Jenofonte, *Apología de Sócrates, Memorabilia*; Diógenes Laercio, *Vida de los filósofos más ilustres*, entre otros.

factores indispensables en las relaciones jurídico-penales. Las primeras describen los delitos y fijan las sanciones o medidas de seguridad; las segundas establecen las reglas y formalidades que deben observarse para obtener la decisión judicial, y las terceras son personas físicas en quienes se delega la potestad soberana del Estado para sancionar o absolver al justiciable. A estas últimas se les dota de jurisdicción y competencia para que, en cada caso concreto, se ejerza el *ius dicere* —se declare el derecho— y defina si las conductas sujetas a su apreciación son constitutivas de delitos, quiénes son los responsables y cuáles son las sanciones o medidas de seguridad que han de aplicárseles.

En las relaciones derivadas de la violación de un derecho en que se afectan los intereses sociales, el Estado no puede ejercerlos legalmente sin adherirse a las formas procesales ocurridas ante los órganos competentes. La ley penal no se puede aplicar *a priori*; tampoco puede emplearse sin la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento: los derechos humanos protegidos respectivamente en los artículos 1.º y 14 de nuestra Constitución. Este último dispone en su párrafo segundo que:

> Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.[51]

El derecho penal no se ejecuta solamente con la descripción de los delitos y la fijación de las sanciones o medidas de seguridad; al contrario, el proceso penal le sirve de instrumento para su definición: no se puede obligar a nadie a cumplir ciertos compromisos ni condenarlo sino mediante el juicio debido. La violación de las leyes sustantivas causa las siguientes relaciones:

51. CPEUM, art. 14, párr. 2.

a) Del individuo con el individuo. Le compete al derecho privado: civil, mercantil, administrativo, etcétera.
b) Del individuo con el Estado. El segundo representa a la sociedad que afecta al derecho público interno o derecho penal.
c) De sociedad a sociedad, de Estado a Estado. Afecta al derecho público externo, es decir, un derecho cosmopolita basado en el antiguo *ius gentium*.

Desde que existe una norma legalmente sancionada por el poder estatal, existe interés de la sociedad: directo cuando se trata de un hecho que afecta el orden público e indirecto si atañe solamente a las relaciones de individuo a individuo. Por lo general, no es concebible la reclamación de un derecho violado sin que se reconozca la intervención del Estado, sea directa o indirecta. Es indudable que, en las relaciones jurídicas surgidas de individuo a individuo, también tiene interés la sociedad, pero es solo un interés secundario. Sin embargo, existen preceptos que rigen las relaciones entre los particulares y que son aplicables únicamente cuando las partes lo desean; no por ello se desconoce el interés que tiene la sociedad en que el proceso civil se desarrolle con normalidad.

A la par, existen otras relaciones de carácter imperativo entre el individuo trasgresor de una ley de orden público y la sociedad representada por el Estado; reestablecen el derecho en defensa de los intereses que representa y, secundariamente, restituyen los derechos del particular y su indemnización. Al Estado le corresponde mantener la tranquilidad social ciñéndose a las reglas procesales hasta lograr que los tribunales reconozcan los derechos vulnerados como suprema garantía de tutela para la sociedad y de absoluto respeto para los intereses personales del inculpado. Si el Estado impusiera sanciones de una manera irregular, sin sujeción a las leyes del procedimiento, se consagraría el imperio irracional de la fuerza, propio de los Estados totalitarios.

Las penas impuestas correspondientes a los tribunales penales existen gracias a las pruebas y su valorización científica; es una elaboración

lógica que no debe abandonarse al empirismo. La Ley Fundamental establece dichas penas de manera exclusiva para los órganos jurisdiccionales que están destinados a resolver y gozan de la potestad soberana que el Estado les delega al capacitarlos para declarar el derecho; en otras palabras, en la figura del juez, debe estar presente el estado del arte.

El procedimiento penal se entiende como un conjunto de actividades y formas que se rigen por el derecho procesal penal. Inicia desde que la autoridad tiene conocimiento formal de que se ha cometido un delito y lo investiga a través de la *notitia criminis* —querella o denuncia—, luego, se extiende hasta que la sentencia se pronuncia, cuando se obtiene la cabal definición de las relaciones de derecho penal. La comisión del delito establece dos tipos de relación entre el Estado y el delincuente: una principal cuando el Estado persigue al responsable mediante el proceso y logra la imposición de una sanción, y una accesoria cuando solo persigue el resarcimiento del daño para mantener el orden y restaurar el derecho violado.

La determinación del delito a través del proceso penal es el resultado de una triple conjunción: funcional, formal y orgánica, en la que intervienen las autoridades administrativas y judiciales de consumo. Por medio de la previsión general, el legislador describe los delitos y señala las penas. En el proceso, la definición del delito frente a un sujeto a quien le es imputable se hace por medio de la inculpación: en abstracto y en concreto. En el procedimiento penal mexicano, la inculpación existe en abstracto cuando se ocurre a los tribunales y se consignan los delitos atribuidos a quien es probable responsable. Mediante un juicio regular y formal, se declara su existencia, se determina su participación y se imponen las penas con las medidas de seguridad convenientes. Esta relación, vinculada al sujeto a quien se le atribuye el delito, consiste en que la responsabilidad penal sea definida de acuerdo con el examen integral y axiológico de las pruebas y de que se imponga la sanción correspondiente después de haber observado las normas procesales.

Las relaciones establecidas durante el desarrollo de los actos procesales son de carácter formal. La formalidad en el procedimiento

constituye una garantía para los intereses personales del inculpado. Del mismo modo, impone derechos y obligaciones a quienes intervienen en ellos: inculpado, agente del Ministerio Público, testigos, peritos, víctimas u ofendidos. Abarca una idea más amplia y permite distinguirlo del proceso en su aspecto funcional. En consecuencia, al derecho procesal penal le corresponde establecer las normas del procedimiento. Está constituido por un complejo de actividades de actos y formas procesales. Resulta inconfundible con el proceso, porque toma vida la relación legal del derecho penal, la declaración de la existencia del delito y la imposición de las penas o de las medidas de seguridad. El proceso penal transforma la punibilidad en una sanción adecuada y proporcional a cada caso, previo juicio.

Las actividades que determinan las sanciones integran el proceso cognitivo para diferenciarlo del proceso de ejecución; a través de ellas, se debe comprobar fehacientemente la existencia del ilícito penal, la responsabilidad plena del sujeto activo del delito, la determinación de la pena y su ejecución mediante la participación directa del juez, o sea, la intervención indispensable de los órganos jurisdiccionales. En su materialidad, está constituido por actos procesales, regidos y disciplinados por las normas del derecho procesal penal. Este último se ocupa de la determinación concreta de la pena y de su imposición, en virtud de un procedimiento regular: el debido proceso.

Al proceso penal moderno lo rigen tres principios: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine iuditio* y *nulla poena sine iudice*. Además, no puede haber proceso sin el reconocimiento del principio de autonomía de las funciones procesales; es decir, no se puede prescindir de las intervenciones del juez —inexcusable para la aplicación de la ley penal—; del agente del Ministerio Público; del inculpado ni la defensa. Así lo consagra el artículo 21 de la Carta Fundamental, cuando establece que "la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial".[52]

52. CPEUM, art. 21.

En el proceso penal nacen relaciones del orden formal independientes de aquellas de derecho sustantivo que encuentran su definición en la ley. En estas relaciones intervienen el juez, el agente del Ministerio Público, la defensa, el inculpado y, secundariamente, el directamente ofendido o la víctima del delito o tercero coadyuvante. La diferencia entre el proceso penal y el proceso civil es que el primero es fundamentalmente obligatorio; solo se reconoce un mínimo de disposición en los delitos que se persiguen por querella de parte.

La obligatoriedad del proceso penal indica que no está sometido a la voluntad de quienes intervienen en él ni pueden suspenderlo; debe seguir su curso, imperativo para el juez que lo instruye, quien tiene la obligación de concluirlo en cierto plazo: cuatro meses para los procesos cuyos delitos merezcan una sanción que no exceda de dos años y, en los demás casos, máximo un año. No obstante, el imputado puede solicitar más tiempo, como protección ampliada a sus derechos humanos; en este sentido, a las leyes procesales se les debe otorgar cierto margen de extensión para no dañar los intereses del inculpado ni de la sociedad. La elevada función que desempeña el proceso penal se define como la relación del derecho penal entre el Estado y el imputado. Para esto, se necesita un conjunto coordinado de actividades procesales, de carácter formal, definidas en la sentencia.

El estudio del proceso penal, concerniente a su desarrollo histórico, mantiene una estrecha relación con las transformaciones políticas y sociales que se han operado en el mundo. Para comprender su evolución, es preciso darle a cada etapa su exacta interpretación histórica. El origen de la ley es la costumbre; las leyes jurídicas se diferencian de las físicas porque son mutables y se encuentran limitadas por las necesidades colectivas y las modificaciones en la organización estatal de un pueblo determinado. El proceso penal ha pasado por diversas etapas. La primera comprende el proceso penal de la antigüedad, siendo sus mayores exponentes las instituciones griegas y romanas. Sobre el particular, Wolfgang Kunkel señala:

> El contenido de las instituciones trasluce mucho mejor el influjo "griego", aun cuando no esté del todo claro el camino que tomó. No hace más que unos decenios, la investigación creía todavía en una considerable influencia directa de la cultura griega sobre Roma, como procedente de las colonias griegas de la Italia septentrional, esto es, de la poderosa Cumas en la Campania. En cambio, hoy, la opinión dominante se inclina por otorgar a los etruscos el papel de intermediarios, al menos en lo que a la época arcaica se refiere. […] En el campo del Derecho, se percibe un influjo griego hacia la mitad del siglo V a. C. en la Ley de las XII Tablas, influjo que pudiera ser más antiguo incluso, pero la mediación de los etruscos no puede probarse, dado que no tenemos idea de su vida jurídica.[53]

Grecia rindió culto a la elocuencia retórica en el foro, ya que los asuntos judiciales se ventilaban ante la presencia del pueblo y no se permitía que terceros tomaran parte en el juicio, aunque se permitía que los auxiliasen en la redacción de las defensas, usando los instrumentos que preparaban, llamados "logógrafos".[54] En el juicio, el acusador tenía que exponer su caso ante los jueces griegos de forma oral, mientras que el acusado tenía que defenderse por sí mismo. La función de declarar el derecho:

> Correspondía al arcontado o gobernante y al Tribunal de los Heliastas o antiguos magistrados de Atenas, quienes tomaban sus decisiones después de haber escuchado el alegato de las partes y recibido las pruebas ofrecidas; decretaban la condenación por medio de bolos negros y la absolución por el empleo de bolos blancos".[55]

53. Wolfgang Kunkel, *Historia del derecho romano*, trad. Juan Miquel (España: Editorial Ariel, 1998), 12.

54. Los logógrafos eran escritores que cobraban por componer discursos para que otros oradores los pronunciaran. Debieron existir desde que Solón (siglos VII-VI a. C.) estableció la obligación de que todos los acusados se defendieran personalmente ante los jueces.

55. David Molina Valencia, *Estudio constitucional de las garantías en el proceso penal. Análisis comparativo con la reforma para la implementación del nuevo sistema acusatorio penal* (Tesis, UNAM, 2011), 8

A medida que Roma recibe la influencia de sus ilustres jurisconsultos, el proceso penal romano supera al griego. Una vez desaparecido el sistema político republicano, un nuevo concepto se añadió a la legislación y se reconoció, con la llegada de las constituciones imperiales "que procedieron a los códigos gregoriano, hermogeniano y teodosiano, la opinión de los jurisconsultos Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino",[56] quienes tuvieron plena autoridad legal por decreto de Valentiniano III, en el año 426 d. C. En ese periodo, la decisión de los asuntos judiciales quedaba al árbitro de los jueces.

Posteriormente, se destaca la codificación justiniana. Al respecto, Wolfgang Kunkel describe que:

> Una porción de las constituciones de Justiniano, mediante las cuales el emperador convoca a los colaboradores, citas directrices de actividad y, por último, publica las partes de la compilación, según van siendo acabadas, nos informa de las vicisitudes de la labor codificadora.[57]

Este proceso se estructuraba en el sistema de enjuiciamiento acusatorio y reconocía "los principios de publicidad y oralidad. Los actos procesales se desarrollaban públicamente en la plaza o en el foro romano", ante el pueblo; los alegatos, de forma oral por la vinculación del tribunal con el órgano productor de la prueba. "Existía una absoluta independencia entre las funciones reservadas al acusador [quien era el ofendido] y las que correspondían al acusado y al juez".[58]

"Las funciones acusatoria y decisoria se apoyan en el *ius puniendi*". La función acusatoria persigue a los transgresores de la ley por medio del *ius persequendi iuditio quod sibi debetur* o procedimiento judicial; la función decisoria, en cambio, se concreta en decidir sobre una relación de derecho penal en un caso determinado. En cuanto a la técnica

56. Molina Valencia, *Estudio constitucional*, 8.
57. Kunkel, *Historia del derecho romano*, 171.
58. Juan José González Bustamante, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano* (México: Editorial Porrúa, 1998), 9.

de la prueba en el proceso penal antiguo, los jueces resolvían los casos sujetos a su decisión según su propia conciencia, sin ceñirse a reglas legales preestablecidas.[59]

Más adelante, aparece "el proceso penal canónico, creado por la Iglesia"; sustituye al proceso penal antiguo, aunque conserva algunas de sus peculiaridades. Se distingue del procedimiento empleado por el Tribunal del Santo Oficio, el cual establece el sistema laico de enjuiciamiento inquisitivo. Así, "el proceso penal canónico inquisitorio se caracteriza por el empleo del secreto y la escritura por la adopción del sistema de pruebas tasadas"[60]. El decreto del papa Lucio III del año 1184, llevado al Concilio de Verona, "facultaba a los obispos para que, en sus diócesis, enviaran comisarios para hacer pesquisas"[61] y entregaran a los herejes al castigo seglar.

El tribunal estaba conformado por el inquisidor general —puesto desempeñado por los dignatarios eclesiásticos más distinguidos—, quien, a su vez, era presidente del Consejo de la Suprema Inquisición. En las provincias existían los inquisidores provinciales: había un tribunal en cada provincia de España y tres en América, compuestas por jueces apostólicos, expertos en Derecho, de limpia conducta y probidad. De igual modo, un promotor fiscal —antecedente del Ministerio Público— y un defensor formaban parte del tribunal y no eran independientes. Durante el proceso penal canónico:

> El juez disfrutaba de amplios poderes para buscar, por sí mismo, los elementos de convicción; además, estaba facultado para usar los procedimientos que mejor le parecieran, inclusive el tormento, azotes o marcas. Era el árbitro supremo de los destinos del inculpado, a quien se privaba de todo derecho y se le vedaba el conocimiento de los cargos que existían en su contra.[62]

59. Molina Valencia, *Estudio constitucional*, 9.
60. Molina Valencia, 13.
61. Molina Valencia, 12-13.
62. Molina Valencia, 13.

Este sistema hermético en la etapa del sumario investía al juez de un poder discrecional y absoluto, aunque se atenuaba en la fase del plenario, pues al inculpado le reconocía ciertos derechos de defensa. Se complementaba por la confesión con cargos, en la que interpretaba a su modo las contestaciones dadas por el inculpado en su interrogatorio; en realidad, el juez disponía de poder absoluto para formar su convicción y la prueba por excelencia era la confesión.

Los medios empleados para la iniciación del procedimiento consistían en acusación, delación y pesquisa. En la acusación, se obligaba al delator a probar lo que afirmaba. En caso de no aportar pruebas, quedaba sujeto a la pena del Talión; formular la acusación le correspondía al procurador del Santo Oficio o promotor fiscal. La pesquisa, por otra parte, era el medio empleado con mayor frecuencia; se clasificaba en pesquisa general y especial. La primera se empleaba para descubrir herejes y, periódicamente, se mandaba hacer por los inquisidores en un obispado o provincia, en acatamiento a los acuerdos tomados en el Concilio de Tolosa:

> En todas las parroquias, se nombrarán dos sacerdotes, con dos o tres seglares que, después de juramentarse, harán continuas y rigurosas pesquisas en todas las casas, aposentos, soberanos y sótanos, para cerciorarse de que no hay en ellos herejes escondidos".

La pesquisa especial, en segundo lugar, se realizaba si, por popularidad, llegaba al conocimiento del inquisidor que una persona ejecutaba actos o expresiones contrarios a la fe. Una vez acreditada la mala reputación del acusado por medio de la declaración de testigos se procedía en su contra. Se recibían sucesivamente tres declaraciones ordinarias desde su ingreso a la prisión; en todas ellas se exhortaba a que dijera la verdad, advirtiéndole que, cuanto mejor fuera la confesión, más suave sería la penitencia. En seguida, el fiscal formulaba su acusación en términos concretos y el acusado debía responder, verbalmente, a cada uno de los capítulos acusatorios, después de

haberse enterado de los cargos existentes. El promotor fiscal podría formular nuevas preguntas; se recibían las pruebas sin que el inculpado supiese los nombres de quienes habían declarado en su contra. Solo se le autorizaba carearse con los testigos a través de una celosía y, antes del pronunciamiento de la sentencia, el tribunal podía emplear el tormento. Dictado el fallo, se enviaba al Consejo Supremo de la Inquisición para que lo confirmara o modificara. En México y Perú existían, al lado de los tribunales provinciales, dos oidores y, además, los miembros del Tribunal del Santo Oficio eran asistidos por calificadores teólogos en virtud y letras.

Sobre la base del proceso penal romano y del canónico, se edificó el proceso penal común o mixto:

> Conservó para el sumario los elementos que caracterizan al sistema inquisitivo en cuanto al secreto y a la escritura; mientras que para el plenario mantuvo la publicidad y la oralidad igual que en el sistema acusatorio. También preservó el sistema inquisitorio y la dualidad en el régimen de prueba adoptada, pues en el proceso penal común coexisten la teoría de las pruebas a conciencia y la prueba legal o tasada.[63]

Asimismo:

> En el derecho germánico, el procedimiento se distingue por su formalismo. Se admite al directamente ofendido por el delito para darle impulso, [quien] reclamaba su derecho por medio de la venganza. Se aplicaban entonces el juramento purgatorio, las ordalías o pruebas y el juicio de Dios. En ese sentido, el procedimiento no se iniciaba si el ofendido por el delito no lo quería. Existía una completa separación entre las funciones instructoras y las que corresponden al periodo del juicio: el juez que instruía no era el mismo que fallaba.[64]

63. Molina Valencia, *Estudio constitucional*, 14.
64. Molina Valencia, 14-15.

En la Ordenanza Carolina, decretada por el Rey Carlos I de España y V de Alemania, se desconoció el valor absoluto probatorio de la confesión durante el proceso penal canónico; porque se necesitaba que se acompañara de otros medios de prueba. En Francia, el juez instructor era quien decidía el destino del acusado al dirigir y dar forma al proceso, al detentar ilimitado arbitrio judicial. Además establecía los fundamentos para levantar el procedimiento y sentenciaba al acusado en secreto, sin oírlo defenderse ni hacerle saber el nombre de su acusador, empleando la pesquisa y el tormento como sistema de intimidación.[65]

El proceso penal moderno retoma las cualidades del proceso penal antiguo, luego de adaptarlas al Derecho actual. Se inspira en las ideas democráticas que sustituyen el derecho divino de los reyes por la soberanía del pueblo. Perfecciona también la excelencia del proceso penal antiguo, "consecuencia de la labor ideológica comprendida por pensadores precedentes a la Revolución francesa, pues consagraron el reconocimiento de los postulados democráticos y los derechos del hombre de la Francia revolucionaria"[66] de 1789. Henry Merryman establece:

> La Revolución francesa afectó profundamente toda la tradición del derecho escrito, sus efectos se pueden observar más claramente en el derecho público. […] Del campo del derecho público buena parte de las críticas al *ancien régime* y de la exigencia de una reforma tendieron a concentrarse en el campo del procedimiento penal. Entre los escritores y filósofos del siglo XVIII que contribuyeron a la ideología de la revolución, la mayoría tenía algo que decir acerca del lamentable estado del derecho penal y

65. Guillermo Floris Margadant, *El derecho privado romano* (México: Editorial Esfinge, 1974), 87. Floris describe que los humanistas franceses (Cuyacio [1522-1590] y su escuela) querían estudiar el derecho romano "estéticamente", solo por interés histórico o sociológico y por sus aciertos dogmáticos, sin tratar de aplicarlo a la práctica forense de su tiempo. Más adelante, señala que la práctica jurídica francesa, empero, continuaba bajo la influencia del *mos italicus*, la cual quiso adoptar el derecho romano con fines forenses, viéndolo a través del pensamiento de los comentaristas o posglosadores italianos, como Bartolo y Baldo.

66. González Bustamante, *Principios de Derecho*, 15.

> del procedimiento penal. El comentarista más importante en este campo fue Cesare de Beccaria, cuyo *Tratado de los delitos y las penas* apareció explosivamente en la escena europea en 1764[67]. Comienza por establecer el principio *nullum crimen sine lege* y *nullum poena sine lege*.[68]

Entre las leyes expedidas durante la Revolución francesa, la Asamblea Constituyente votó la del 9 de octubre de 1789, que fue provisional, y la del 29 de septiembre de 1791, que marcó una nueva orientación del procedimiento penal francés. Las principales innovaciones introducidas fueron: a) suma de garantías concedidas al acusado; b) derecho inalienable para nombrar defensor desde el momento de su consignación; c) publicidad y oralidad limitada en los actos procesales; d) obligación del juez para proveer al nombramiento de defensor cuando el acusado no lo hubiese designado; e) detención precautoria del inculpado siempre que el delito atribuido mereciera pena corporal, y f) juicio por jurados. La publicidad del procedimiento podía suprimirse durante la instrucción cuando se juzgara peligrosa; pero el acusado gozaba de la garantía de que el juez estuviese asistido de dos adjuntos legos, nombrados por las municipalidades o por las comunidades de habitantes.

Los principios consagrados en la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 —que precedieron a la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791— relacionados con el procedimiento penal, "se conservan aún en las constituciones de los pueblos democráticos. Se establecía que la ley era la expresión de la voluntad general y que debía ser la misma para todos, ya sea que protegiera o castigara";[69] ningún hombre podía ser acusado, arrestado ni detenido, más que en los casos determinados por la ley, según las formalidades procesales prescritas; quienes solicitaran, expidieran o cumplieran órdenes arbitrarias debían ser castigados.

67. Césare Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas* (México: CNDH, 1991).
68. Merryman, *La tradición jurídica*, 210-211.
69. Molina Valencia, *Estudio constitucional*, 15.

De esta forma:

> Todo ciudadano citado o aprehendido en virtud de la ley debía obedecer al instante y responsabilizarse en caso de resistencia. La ley, por tanto, decretaba penas estrictas y necesarias: nadie podía ser castigado sino en virtud de la ley promulgada antes que el delito; así mismo, todo hombre debía presumirse inocente, hasta que fuera declarado culpable. Si fuere indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debía reprimirse severamente por la ley.[70]

Estas prevenciones aún forman parte del derecho público de los Estados modernos.

En el derecho procesal de los Estados totalitarios se reviven ideas que han sido abandonadas. Günther Küchenhoff —jurista alemán pionero del derecho espacial— sostenía que la voluntad suprema es la del jefe de Estado, quien la ejercita al decretar la abolición de un proceso. Los jueces deben someterse a la voluntad de la ley, cuya voluntad emana del jefe de Estado. La ley puede aplicarse retroactivamente cuando sea en interés del Estado; no es aceptable el principio de la santidad de la cosa juzgada, el jefe del Estado está facultado para derogar la ley. Todo esto se hizo vigente bajo el régimen nazi con Carl Schmitt (1888-1985) como su gran teórico.

México, por otro lado, estuvo influenciado por los Tribunales de la Inquisición hasta inicios del siglo pasado, aunque se fueron restringiendo las formas procesales de este sistema, cuando se le reconocían algunos derechos al inculpado. Antes de la promulgación de la constitución política vigente, el juez investigaba el delito, acumulaba las pruebas, procesaba y juzgaba a los inculpados, cumpliendo las funciones policiales y ministeriales, lo que le otorgaba un poder casi ilimitado.

70. Molina Valencia, *Estudio constitucional,* 16.

Con el fin de evitar estas arbitrariedades, se llevaron a cabo cambios trascendentales en el sistema seguido hasta antes de 1917. El artículo 21 establece el principio de órganos y funciones, conocido como principio de división de poderes. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a la policía, los cuales actuarán bajo la conducción y mando de quien ejerza esta función; el ejercicio penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público, y la ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial. Finalmente, describe "que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial".[71]

En la exposición de motivos de la Constitución vigente, se dieron a conocer los cambios en el enjuiciamiento penal:

> La reforma propone una innovación que revolucionará el sistema procesal que ha regido en el país, a pesar de todas sus imperfecciones y deficiencias. Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado solo nominalmente la institución del Ministerio Público, pues la función de sus representantes es de carácter decorativo para la recta y pronta administración de justicia.[72]

71. CPEUM, art. 21.
72. Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución, presentado al Congreso de Querétaro el día primero de diciembre de 1916.

CAPÍTULO SEGUNDO

REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005

A partir del Decreto de fecha 8 de noviembre de 2005, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de diciembre de 2005, se establecieron las bases para poner en práctica las reformas al artículo 18, párrafos cuarto, quinto y sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Gracias a ellas, cambió la forma de tratar a los menores de dieciocho años, a quienes se les atribuía la comisión de una infracción y cuya situación era analizada a través de un consejo de menores; es decir, con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, existía un órgano administrativo desconcentrado que pertenecía a la Secretaría de Gobernación que hacía frente a dicho compromiso.

Con base en dicha reforma, dejaron de tener vigencia los órganos administrativos encargados de conocer las denominadas infracciones relacionadas con personas menores de edad en el ámbito penal y se protegieron sus derechos humanos, a través de leyes especializadas en la materia, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 18 de la Constitución. Dicho artículo establece que:

> La federación y las entidades federativas establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación

> en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un delito solo podrán ser sujetos de asistencia social.[73]

Además de dicha asistencia, en el artículo 4.º, párrafo noveno de la Ley Fundamental se establece que:

> En todas las decisiones y actuaciones del Estado, se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.[74]

Destaca, asimismo, lo dispuesto en la Convención Sobre los Derechos del Niño adoptada y abierta a la firma y Ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990; señala, en su parte I, artículo 1.º: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".[75] De la misma manera, describe que:

> Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior de este. Corresponde al Estado asegurar

73. CPEUM, art. 18, párr. 4.
74. CPEUM, art. 4, párr. 9.
75. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 1.

> una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen la capacidad para hacerlo".

A su vez, el artículo 3.º de dicha Convención, en el punto 3, dispone que:

> Los Estados parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como una supervisión adecuada.[76]

Los derechos infantiles están protegidos por tal Convención, así como por las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990, en Buenos Aires, Argentina; por las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990; XVII Congreso Internacional de Derecho Penal, en República de China, Resoluciones, Sección I, Imputabilidad de los Menores Dentro del Ordenamiento Legal Nacional e Internacional; por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), y por las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, así como un conjunto completo de las observaciones sobre sus disposiciones.

76. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3, párr. 3.

Ergo, actualmente en México, las conductas delictuosas que cometan niños menores de doce años quedan impunes; sin embargo, es necesario que el Estado mexicano proteja sus derechos humanos y evite, a toda costa, que sean víctimas de la delincuencia. En otros casos, como cuando estén en total abandono o el núcleo familiar sea la fuente de corrupción, el Estado debería hacerse cargo de ellos, brindándoles la ayuda requerida en atención a su protección integral, de acuerdo con el artículo 4.º constitucional. En consecuencia, se ha revelado un grave problema que las autoridades especializadas en materia de menores de edad han pasado por alto: el contrasentido existente en lo previsto en la Constitución y los tratados internacionales en relación con las leyes secundarias identificadas como Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, respecto de la calidad de niño.

Igualmente, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) artículo 5.º, define que "niños" son los menores de doce años y "adolescentes", las personas mayores de doce y menores de dieciocho años; mientras que en su artículo 4.º, los niños, "en términos de la Ley General, a quienes se les atribuya la comisión de un hecho que la ley señale como delito estarán exentos de responsabilidad penal, sin perjuicio de las responsabilidades civiles a las que haya lugar".[77] Para efectos de los tratados internacionales y la mayoría de edad, son niños los menores de dieciocho años.

Por su parte, en el artículo 84 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJPA), se señala que:

> Las autoridades federales de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizarán que los niños a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale

77. Marco Jurídico Internacional y Regional sobre Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, art.4.

> como delito se les reconozca que están exentos de responsabilidad penal y garantizarán que no serán privados de la libertad ni sujetos a procedimiento alguno, sino que serán sujetos a la asistencia social con el fin de restituirlos en el ejercicio de sus derechos.[78]

Además, en su artículo 1.º prevé el ámbito de aplicación, dirigido a los adolescentes —artículo 3.º: persona cuya edad esté entre los doce años cumplidos y menos de dieciocho— a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y que sean competencia de la federación o de las entidades federativas. Finalmente, la LNSIJPA menciona los grupos etarios en su artículo 5.º, dividiéndolos en tres: el primero comprende entre doce y menos de catorce años cumplidos; el segundo, entre catorce y menores de dieciséis, y el tercero, entre dieciséis y menores de dieciocho. Privilegia, entonces, el interés superior de la niñez en términos de su artículo 12.

De lo transcrito, se desprende jurídicamente que se garantiza que todos los niños a quienes se atribuya la comisión o participación en un delito se les reconozca que están exentos de responsabilidad penal; por lo cual también están exentos de no ser privados de la libertad ni sujetos a procedimiento alguno. En consecuencia, de conformidad con lo previsto por el artículo 1.º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que todo ser humano menor de dieciocho años es niño, en México no se puede procesar penalmente a ningún menor de dieciocho años, porque es un niño. Lo anterior se debe a que la LNSIJPA, en su artículo 25, señala que:

> Cuando una misma situación relacionada con adolescentes o niños se encuentre regulada por leyes o normas diversas, siempre se optará por la que resulte más favorable a sus derechos o a la interpretación más garantista que se haga de las mismas".[79]

78. Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes [LNSIJPA], art. 84.
79. LNSIJPA, art. 25.

El artículo 18 de la Constitución en el párrafo cuarto sí delimita esta edad. No obstante, las leyes secundarias antes referidas amplían la protección de los derechos humanos infantiles y los exentan de responsabilidad penal. En otras palabras, queda comprobado que no se puede procesar actualmente a ninguna persona menor de dieciocho años, por tener la calidad de niño, en atención a que las leyes secundarias especializadas no lo señalan expresamente, de acuerdo con el artículo 1.º de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 84 de la LGDNNA y el artículo 4.º de la LNSIJPA. Por lo tanto, consideramos ineludible que se corrija el contenido de los artículos mencionados y proponer las reformas correspondientes para armonizarlos, con el fin de evitar arbitrariedades en la aplicación de normas jurídico-penales contra los menores de edad.

Por otra parte, cabe recalcar el procedimiento contradictorio del artículo 123 de la LGDNNA para niños menores de doce años que cometan conductas delictivas: protege y restituye su libertad después de haber cometido un delito; no vela por proteger el interés superior del niño, ordenado por el párrafo noveno, del artículo 4.º constitucional. Con base en el incumplimiento por parte del Estado, es necesario sustentar la LGDNNA: debe proteger a los niños que cometan algún delito o que estén en grave peligro de cometerlo por su condición precaria. Con ello, el Gobierno Federal cumpliría con su obligación constitucional de protegerlos, involucrando a la sociedad civil para coadyuvar en su cumplimiento.

En otras palabras, es necesario proteger los derechos humanos de esos infantes, a través de un procedimiento sencillo de justicia restaurativa, en el cual los padres o tutores participen y se responsabilicen. De igual modo, debe considerarse la necesidad de construir una cultura participativa bajo la transparencia y rendición de cuentas entre sus ciudadanos, operadores del derecho desde la magistratura y la postulancia, la academia y medios de comunicación masivos; sobre todo, la participación social que redefina la sociedad como personas comprometidas con el desarrollo socioeconómico, político y cultural

del país, para aplicarla a ciertas conductas delictivas, y con ello lograr su reinserción social y familiar.

La reforma constitucional de 2005 concedió un plazo perentorio de seis meses a los gobiernos de las entidades federativas y al Distrito Federal para juzgar debidamente a los menores de dieciocho años. Dicho periodo no fue otorgado a la federación; a nivel federal, entró en vigor tres meses después: justo al finalizar la *vacatio legis* prevista en el Artículo Primero Transitorio del mencionado Decreto, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de diciembre de 2005. La irresponsabilidad federal contaminó el proceso penal para enjuiciar a los adolescentes, tanto a nivel local como federal, ya que las diferentes entidades federativas suplieron, sin facultad alguna, ese vacío legislativo y jurisdiccional: luego de dos lustros de su entrada en vigor, aún no se había cumplido.

Los artículos 4º, párrafo primero, y 12 del derogado Código Federal de Procedimientos Penales disponían que era facultad exclusiva de los tribunales federales resolver si un hecho era delito federal o no, además de determinar la responsabilidad penal de las personas acusadas ante ellos e imponer las penas y medidas de seguridad que procedieran según la ley y que, en materia penal, no hubiera prórroga ni renuncia de jurisdicción. Por consiguiente, ha sido arbitrario e ilícito haber aplicado los códigos procesales penales locales o las leyes de justicia para juzgar a menores de edad, en sustitución de la irresponsabilidad federal para tal fin; como sucedió antes de la entrada en vigor de la LNSIJPA. Además, el Poder Judicial de la Federación no ha cumplido con su función, ya que, en la actualidad y después de más de quince años de retraso, sigue sin funcionar el artículo 50 Quáter de la Ley Orgánica de dicho poder, aunque se prevea la existencia del Juzgado de Distrito de Procesos Penales Federales Especializados para Adolescentes. Tal omisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación vuelve arbitraria su actuación, conforme a lo dispuesto por el artículo 18 constitucional; en suma, cualquier juez honesto debería hacer valer dichas fallas de oficio y no encubrir tal aberración jurídica.

En este sentido, tampoco existen Juzgados de Distrito de Amparo en Materia Penal Especializados en Materia de Menores ni tribunales colegiados que resuelvan los asuntos relacionados con el amparo indirecto o directo; al contrario, son los mismos tribunales que conocen lo relacionado con personas mayores de edad a nivel nacional. En la mayoría de las entidades federativas, los juzgados de distrito y tribunales colegiados son mixtos y entienden todas las materias, por lo que la pregunta obligada es: ¿en qué se especializan? Consideramos que todo esto violenta el debido proceso y se presta a dañar el patrimonio, producto de la mala actuación de los servidores públicos encargados de la procuración y administración de justicia.

Es inaudito que los jueces penales especializados en justicia para menores a nivel estatal los resuelvan en suplencia del Poder Judicial de la Federación. Nuestra siguiente pregunta sería: ¿qué podemos esperar de la capacitación especializada para los policías municipales, el Ejército, la Marina o la Guardia Nacional? Creemos que no se cumplen los extremos del artículo 18 constitucional. Esa falta de capacitación se refleja en delitos en los que participan adultos y menores de edad. De ahí que, para enmascarar su irresponsabilidad, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya aprobado y establecido como criterio jurisprudencial la tesis 1ª/J. 25/2008, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVIII, septiembre de 2008, página 177:

> Delitos federales cometidos por adolescentes, menores de dieciocho y mayores de 12 años. son competentes los juzgados de menores del fuero común (régimen de transición constitucional).
> Es fundamental e imprescindible, para la determinación del órgano competente para juzgar a un adolescente que ha cometido un delito federal, tomar en consideración la reforma constitucional al artículo 18, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de diciembre de dos mil cinco, en materia de justicia de menores; especialmente lo relativo a la instauración de sistemas de justicia de menores en cada orden de

gobierno (federal y locales), el reconocimiento del carácter penal educador del régimen, el sistema de doble fuero y que los menores deben ser juzgados por una autoridad jurisdiccional que esté inscrita dentro de los poderes judiciales. En esa tesitura, es claro que, según el nuevo régimen constitucional, corresponde a cada fuero juzgar los delitos cometidos contra normas de cada uno de los respectivos órdenes jurídico, conforme a lo que se establezca en la Constitución y en sus propias legislaciones. Así, y vinculando lo anterior con lo dispuesto en el artículo 104, fracción I de la Constitución [Artículo 104. Los Tribunales de la Federación conocerán: I. De los procedimientos relacionados con delitos del orden federal], conforme al cual son competentes los órganos de justicia federal para conocer aquellos delitos en términos de las leyes federales, es de considerarse que en el orden jurídico federal, a la fecha, dos ordenamientos que prevén solución a esta cuestión competencial, a saber: la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales, mismos que prevén soluciones contradictorias, pues mientras uno establece la competencia a favor del Consejo de Menores de la Secretaría de Seguridad Pública Federal (artículo 4.º, en relación con el 30, fracción XXV de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, según reforma publicada el treinta de noviembre de dos mil en el *Diario Oficial de la Federación*), el otro lo hace, por regla general, a favor de los tribunales de menores que haya en cada entidad federativa (artículos 500 y 501 [Código Federal de Procedimientos Penales. Fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación*: 30 de agosto de 1934. Artículo 500. En los lugares donde existan tribunales locales (administrativos) para menores, estos serán competentes para conocer de las infracciones a las leyes penales federales cometidas por menores de dieciocho años, aplicando las disposiciones de las leyes federales respectivas. Artículo 501. Los tribunales federales para menores en las demás Entidades federativas conocerán, en sus respectivas jurisdicciones, de las infracciones a las leyes penales federales cometidas por menores de dieciocho años]).

> […] Ante la imperatividad de la norma constitucional, tal situación debe resolverse a la luz de su conformidad con el nuevo régimen constitucional, razón por la cual el artículo 4.º de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal [Ley para el tratamiento de menores infractores, para el distrito federal en materia común y para toda la república en materia federal. Nueva ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1991. Título primero, del consejo de menores, capítulo I, Integración, organización y atribuciones del consejo de menores], al prever que es competente para juzgar en estos supuestos a un menor el Consejo de Menores dependiente de la administración pública federal, no puede ser considerada admisible como solución al problema competencial en análisis, pues tal órgano no es un tribunal judicial como manda la reforma constitucional en mérito y, en consecuencia, conforme con lo que establecen los artículos 18 y 104, fracción I constitucionales, debe estarse a la diversa regla de competencia que prevé el Código Federal adjetivo, conforme al cual son competentes para conocer los delitos federales que sean cometidos por adolescentes, los tribunales del fuero común y de no haberlos, los tribunales de menores del orden federal. Lo anterior hasta tanto se establezca el sistema integral de justicia de menores y por aquellos delitos que, cometidos durante el anterior régimen constitucional, durante los periodos de *vacatio* y hasta antes del momento indicado, no hayan sido juzgados.

Se señala, además, que, con base en los anteriores fundamentos y motivos, es de concluirse que:

> Son competentes para conocer de los delitos federales cometidos por adolescentes, los tribunales del fuero común para menores que existan en cada entidad federativa, y no el Consejo de Menores dependiente de la Secretaría de Seguridad Pública Federal, por aquellos delitos que se ubiquen dentro del margen temporal al que se circunscribe la presente contradicción de tesis; a saber: (i) los cometidos antes de la reforma

> constitucional, aún no procesados (y que no hayan prescrito) o aquellos que habiéndose cometido antes de ella estén siendo objeto de proceso; (ii) los cometidos durante las *vacatio legis* de esta, que se encuentren en las mismas circunstancias y (iii) los que se cometan hasta que se establezca el sistema integral de justicia para adolescentes en el orden jurídico federal.[80]

Sin embargo, no resolvió el problema, ya que el artículo 104, fracción I de la Constitución, señala que los órganos de justicia federal son competentes para conocer de delitos federales, y los artículos 500 y 501 del Código Federal de Procedimientos Penales abrogado se referían a tribunales administrativos para menores, en los que se autorizaba a la jurisdicción local conocer las infracciones de las leyes penales federales cometidas por menores de dieciocho años y aplicar las leyes federales respectivas.

En otras palabras, dicha jurisprudencia no tiene relación con las reformas del artículo 18 constitucional, pues contienen la decisión de la Suprema Corte; en un principio, dejó de considerar que el Código Federal de Procedimientos Penales data del 30 de agosto de 1934, por lo que resulta imposible que se hubiera previsto lo que sucedería setenta y un años después. Nos resulta inaudito que quienes conformaban la Primera Sala del más Alto Tribunal de Justicia de la Nación carecieran del conocimiento necesario sobre la sucesión de leyes: debieron saber que estas rigen hacia el futuro y excluyen a las anteriores, con base en su sucesión. En efecto, el Código Federal de Procedimientos Penales dejó de tener vigencia cuando la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores entró en vigor el 24 de diciembre de 1991 en materia común para el Distrito Federal y en materia federal para toda la República, la cual se especializó en materia de menores.

Además de lo anterior, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación no prevé, en su artículo 1.º, Capítulo Único de los Órganos

80. Contradicción de tesis 44/2007-PS.

del Poder Judicial de la Federación, la competencia especializada de juzgados para menores, a pesar de que en el artículo 50 Quáter de dicha Ley sí se menciona la existencia de juzgados de Distrito de Procesos Penales Federales Especializados para Adolescentes, aunque no están en funcionamiento. No se ha reparado en ello, porque la mayoría de los menores procesados así carecen de los recursos económicos para divulgar estas atrocidades, intensificadas por la falta de publicidad en sus procesos penales.

Tal ilegalidad en el procesamiento permite exigir su indemnización al Estado mexicano por daño patrimonial, a causa de las actuaciones administrativas irregulares de sus servidores públicos. Probablemente, en las instancias internas, haya nulas posibilidades de éxito, por la corresponsabilidad de las autoridades locales y federales involucradas; sin embargo, las instancias internacionales pueden exigir a nuestras autoridades la reparación del daño por el abuso de poder cometido contra los menores de edad, procesados y juzgados ilícitamente en un régimen de derecho social, democrático, garantista como el nuestro. Ergo, aunque la interpretación de las normas le corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esta carece de las facultades extraordinarias para legislar de conformidad a lo previsto en el artículo 49, Título Tercero, Capítulo I, de la Constitución:

> El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación ni depositar el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.[81]

81. CPEUM, art. 49.

Resulta incuestionable, por tanto, que el criterio jurisprudencial de la tesis 1ª/J. 25/2008, publicada en el *Semanario Judicial de la* Fede*ración*, no tiene ningún sustento jurídico. Esta forma *sui generis* de resolver las cuestiones jurídicas en nuestro país aumentó el número de arbitrariedades en el quehacer jurídico-penal contra los menores de edad: ha contaminado el Poder Judicial y el Legislativo de las entidades federativas, a pesar de que, con dicha reforma:

> Los estados de Durango y Morelos incorporaron para la función de administración de justicia un Tribunal Especializado en materia de Adolescentes, como organismo autónomo, con las características señaladas en la Convención y que no contravienen a la Constitución; estos son los únicos casos en la República mexicana.[82]

El artículo 40, fracción III de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala:

> Que la causa será dirimida por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales.[83]

No obstante, el Congreso del Estado Libre y Soberano de Morelos promulgó el Decreto número 2116 en el periódico oficial *Tierra y Libertad* el 8 de agosto de 2012, a través de su Quincuagésima Primera Legislatura, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 40, fracción II, de la Constitución Política Local. En él se reforma el artículo Séptimo Transitorio de la Ley de Justicia para Adolescentes

82. Ruth Villanueva Castilleja, *Los menores de edad que infringen la ley penal ante el nuevo sistema de justicia penal acusatorio* (México: UNAM, 2016), 9.
83. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40, ap. 2, fr. III.

del Estado de Morelos. Por otra parte, el artículo 2.º de la Ley Orgánica del Tribunal Unitario de Justicia para Adolescentes y Juzgados Especializados autorizó a dicho tribunal contar con un juez especializado en infracciones a las leyes penales federales cometidas por menores de dieciocho años, en términos de lo dispuesto por el artículo 500 del Código Federal de Procedimientos Penales. Así procederá según lo previsto en sus respectivas leyes federales, en tanto no contravenga el artículo 18 de la Constitución al respetar el interés superior de la niñez. Su vigencia será hasta que entre en vigor la Ley Federal del Sistema de Justicia para Adolescentes.

Como se observa, este decreto tampoco tiene justificación jurídica, pues supone que un congreso local está autorizado para legislar en materia federal, crear juzgados federales y otorgar facultades extraordinarias a los jueces locales, en oposición a lo dispuesto por los artículos 1.º, párrafos primero, segundo y tercero; 13; 49; 50; 71, fracción II; 73, fracción XXI; 76, y 102, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Resulta inconcebible que se haya suscrito después de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, que marcó un cambio en el reconocimiento de los derechos humanos en México. Con esto se han violado los derechos de las personas juzgadas bajo tales condiciones, sobre todo los relacionados con los principios del debido proceso y *pro persona*, lo cual, a su vez, entra en conflicto con las figuras constitucionales y la cláusula de convencionalidad.

A mayor abundamiento, a partir de que la protección de los derechos humanos está prevista en el artículo 1.º de nuestra Carta Magna —que debe interpretarse junto con el numeral 133 de esta— cambió el esquema tradicional sobre el control de constitucionalidad y se emitió el pronunciamiento del de convencionalidad. Con la discusión en el Alto Tribunal acerca de cómo dar cumplimiento a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derivada del Caso Rosendo Radilla contra el Estado mexicano, se estableció una distinción fundamental en el control de la Constitución, cuya esencia dicta

el control de convencionalidad: distinguir entre la invalidez de las normas y su inaplicabilidad en casos concretos. En el primer supuesto, el órgano facultado para ello cuenta con atribuciones que declaran la invalidez de la norma por no compartir los principios y valores que inspiran a la jerárquicamente superior, rompiendo con el sentido mismo del sistema por ser contraria a la Constitución. Dicha declaratoria implica su expulsión del sistema jurídico, en ocasiones con efectos interpartes; en algunos supuestos específicos, y en los que se requiere una votación calificada, puede tener efectos generales *erga omnes* —'a favor de todos'—.

Tales efectos en derecho no son nuevos, como señala John Henry Merryman: aunque existen muchas diferencias entre los enfoques tipificados por las soluciones francesa y alemana, ambos contienen los mismos requisitos básicos. Primero, la revisión de la legalidad de las acciones administrativas se mantuvo lejos de los tribunales judiciales ordinarios y conservó la separación de poderes. Segundo, a la decisión de que un acto administrativo era ilegal y sin efecto podía dársele uno *erga omnes*, sin introducir el principio de *stare decisis* en el sistema de justicia administrada por los tribunales ordinarios.[84]

Por otra parte, la inaplicabilidad de la norma significa que el operador está facultado para omitir la aplicación de la ley cuando advierte que es notoriamente contraria a los postulados que subyacen en el sistema jurídico y que las disposiciones de carácter superior prevén una cuestión diversa, como los tratados internacionales. Debe acudir directamente a las normas constitucionales y a las disposiciones en materia de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales en los que México participe. Por eso, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al analizar las reparaciones impuestas y lo concerniente al Poder Judicial de la Federación por el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos con sede en Costa Rica, determinó que el control de convencionalidad es una obligación que se

84. Merryman, *La tradición jurídica*, 224.

encuentra dispersa en todos los operadores jurídicos del país, para velar por la vigencia y observancia de las disposiciones que integran el sistema interamericano en materia de derechos humanos.

La expulsión de una norma del sistema jurídico mexicano fue una operación jurídica que, constitucionalmente, se había encomendado a determinados órganos del Poder Judicial de la Federación; como intérprete privilegiada figuraba la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se señaló que lo mismo ocurre con las disposiciones constitucionales, pues de la interpretación del artículo 133 de la Norma Fundamental, en relación con el artículo 1.º, se desprende que los operadores jurídicos —federales, estatales y de la Ciudad de México— tienen la obligación de no aplicar la norma ante la contravención del texto constitucional o del núcleo esencial de determinado derecho fundamental contemplado en los tratados internacionales que suscribe el Estado. En consecuencia, deben aplicar el control de convencionalidad a favor del justiciado, asignando las disposiciones establecidas en la norma fundamental. Por tal motivo, en sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se determinó que las tesis de jurisprudencia de rubros "Control Judicial de la Constitución" es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación y control difuso de la constitucionalidad de normas generales. Para tal efecto, deben descartar la norma vigente que atente contra los derechos humanos, a través de lo siguiente:

a) Interpretación conforme al sentido más amplio de la protección de los derechos humanos. Tanto los operadores jurídicos y jueces como otras autoridades del país deben interpretar el orden jurídico conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado sea parte.
b) Interpretación conforme al sentido estricto. Cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los operadores jurídicos y los jueces están obligados a preferir la presunción

de constitucionalidad de acuerdo con los derechos humanos para evitar vulnerar su contenido esencial.

c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. La lógica del principio de división de poderes y del federalismo fortalece el papel de los jueces y asegura la primacía de los derechos humanos. Conforme a lo anterior, el Sistema Jurídico Mexicano se concentra en diversos órganos del Poder Judicial de la Federación, los cuales tienen el control exclusivo directo de la Constitución. Por otro lado, es difuso: se trata de formas que los operadores jurídicos y jueces conocen a través de vías ordinarias secundarias. Tienen la obligación de dejar de aplicar la norma positiva inaplicación de la norma.

En conclusión, cualquier disposición de leyes secundarias que contradiga la protección más amplia de los derechos humanos se convierte en norma arbitraria. Estas disposiciones conforman el bloque de constitucionalidad-convencionalidad y sintetizan la totalidad de los derechos humanos: deben aplicarse con base en el principio *pro persona* y de forma progresiva. Para toda autoridad, existe la obligación de otorgar la protección más amplia posible a todo gobernado, así como de aplicar el control difuso de la convencionalidad *ex officio*. Dichas obligaciones han sido plasmadas en el artículo 1.º de la Constitución.

CAPÍTULO TERCERO

REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

Para entrar al estudio del sistema procesal penal acusatorio en México, es necesario referirnos al origen del cambio en el procedimiento: la presión del gobierno de los EUA, cuyo interés fue equiparar su procedimiento penal con el de la República mexicana. Esta presión se originó en la necesidad de combatir la delincuencia organizada que, en la práctica, trasciende incluso las fronteras nacionales e internacionales.

Los expresidentes Vicente Fox Quesada por parte de México y George W. Bush de los EUA —cuyo mandato presidencial duró del 20 de enero de 2001 al 20 de enero de 2009— se comprometieron a que el nuevo sistema de justicia procesal penal se implementara en todo el territorio mexicano antes de que terminara la administración de este último. Para los senadores de la República en aquel entonces, el cambio de sistema procesal convenido no les interesaba; la propuesta incluyó recibir el apoyo norteamericano del programa "Iniciativa Mérida" si se aprobaba el cambio de procedimiento penal. De esta manera, el gobierno mexicano obligaría a cambiar cómo procesar al sujeto activo del delito y empataría el estilo *sui generis* norteamericano de juzgarlos a través de conspiraciones; como contraprestación, el gobierno estadounidense entregaría la ayuda económica prometida. En suma, no se hicieron cambios sustanciales: lo importante era equiparar a toda costa los procedimientos referidos.

El gobierno mexicano dio el primer paso: el 18 de junio de 2008 el Congreso de la Unión concretó a medias dicho compromiso. Publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el "Decreto por el cual se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", que originó el sistema procesal penal acusatorio actual. Se reformó, incompletamente, el contenido de los artículos 16 al 22, así como las fracciones XXI y XXIII del artículo 73 de la Constitución. Empero, los cambios —sobre todo en los artículos 16, 19 y 21— fueron superfluos, ya que debían disminuir los requisitos en la investigación del delito, proponer la teoría del caso y, con ello, judicializar la investigación. Ante la vista del juez de garantías —hoy "juez de control"—, se llevaría a cabo el desahogo de probanzas en contra del imputado, para que la representación social decidiera o no acusarlo. A pesar de ello, en diciembre de 2008, México y EUA firmaron la primera Carta de Acuerdo sobre la Iniciativa Mérida, escribiendo así un capítulo histórico de cooperación y reconocimiento de las responsabilidades compartidas, con el fin de contrarrestar la violencia ocasionada por el tráfico de drogas que amenazaba ambos países.

Dicha reforma era el primer paso para ajustar el nuevo procedimiento penal a las exigencias del gobierno americano; sin embargo, desde entonces, no se han vuelto a modificar los artículos constitucionales de mérito. Por otra parte, judicializar una investigación inicial implicaba modificar los artículos 16 y 19 constitucionales, para que disminuyeran los requisitos del cuerpo del delito o elementos penales y su probable responsabilidad, con objeto de que la autoridad investigadora elevara su investigación y la judicializara. Por desgracia, la realidad fue otra: los senadores de aquel entonces se opusieron a disminuir los requisitos para consignar y dictar un auto de vinculación a proceso.

El párrafo séptimo del artículo 16 constitucional señala que "en casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del

detenido deberá ratificar inmediatamente la detención o decretar la libertad con las reservas de ley".[85]

A raíz de la reforma constitucional de 2008, la Secretaría de Gobernación creó la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal para hacer frente al cambio de paradigma procesal penal en la República Mexicana. En lugar de contar con personal altamente capacitado, se contrataron los servicios de personas que no comprendían la teoría del delito y de la pena; por lo tanto, difundieron su ignorancia a través de falacias *ad populum* y pregonaron cual mantra que lo único que se necesitaba para comprender el nuevo procedimiento penal era un cambio de chip. La hipermasificación del desconocimiento del quehacer jurídico-penal trajo como consecuencia un sinnúmero de arbitrariedades en la práctica forense: en lugar de una capacitación sistemática, reconociendo como ciencia el Derecho, se desatendió la armonización del sistema jurídico; con el paso del tiempo, no se han reconocido esos errores.[86]

Platón señalaba que "aquellos que puedan ver más allá de las sombras y mentiras de sus culturas nunca serán entendidos y, mucho menos, comprendidos por las masas". A través del pensamiento complejo, hoy en día el conocimiento se puede reorientar a través de una visión multidisciplinaria, en vez de analizar los problemas desde el pensamiento lineal para así lograr los cambios necesarios para armonizar la norma jurídica. Por ejemplo, el nuevo procedimiento penal acusatorio implementado en toda la República mexicana a partir del 16 de junio de 2016 pasó por alto la reforma constitucional de 2011, que reconocía expresamente la protección de los derechos humanos y los principios de presunción de inocencia junto con el debido proceso, entre otros. Además, la flagrante violación al principio de división de poderes protegido por el artículo 21 constitucional

85. CPEUM, art. 16, párr. 7.

86. Morin, *La mente bien ordenada. Los desafíos del pensamiento del nuevo milenio* (Barcelona: Seix Barral, 2010), 117.

divide la investigación de un hecho delictivo, en investigación inicial y complementaria, y provoca un atentado directo contra la libertad del sujeto activo del delito.

Por una parte, los capacitadores señalan que se pueden investigar conductas con apariencia de delito, lo cual resulta absurdo además de inconstitucional; es de explorado derecho conocer que al Ministerio Público solamente se le autoriza investigar delitos, en protección del principio de precisión de tipo, previsto en el artículo 14 constitucional. Además, el derecho a la libertad del justiciable se vulnera bajo el principio de presunción de inocencia, aunque no esté sometido a la medida cautelar privativa de la libertad. Lo peor es que la investigación complementaria, bajo la tutela constitucional, también transgrede el principio de presunción de inocencia. En la actualidad, es inaudito que se "autorice constitucionalmente" el arraigo para casos de excepción, el cual está prohibido a nivel internacional. Esto únicamente se permite de conformidad con el artículo 16 en los casos de delincuencia organizada a petición del Ministerio Público, sin exceder cuarenta días, siempre que la protección de personas o bienes jurídicos sean necesarios para el éxito de la investigación:

> O cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse si el Ministerio Público acredita que subsisten las causas que lo originaron. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.[87]

La representación social debe acreditar fehacientemente la solicitud de la orden de aprehensión cuando se ha cometido un delito "si existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en él".[88] Estos requisitos los exige, a su vez, el artículo 19 para dictar la vinculación a proceso. La investigación complementaria resulta

87. CPEUM, art. 16, párr. 8.
88. CPEUM, art. 16, párr. 3.

inconstitucional, pues, al decretarse el auto de vinculación a proceso, se fija la *litis*; el Ministerio Público se convierte en parte y deja de ser autoridad, como lo corrobora la siguiente tesis jurisprudencial:

> Abstenciones, omisiones o dilaciones atribuidas al agente del ministerio público en la etapa de investigación complementaria en el proceso penal acusatorio. no constituyen actos de autoridad para los efectos del juicio de amparo.
>
> Del artículo 1.º fracción I de la Ley de Amparo, se obtiene que el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen derechos fundamentales. Así, cuando el imputado reclama al Ministerio Público abstenciones, omisiones o dilaciones durante la etapa de investigación complementaria en el proceso penal acusatorio, esos actos no pueden catalogarse como de autoridad para los efectos del juicio de amparo, pues su actuación se encuentra ceñida a la autorización y dirección del Juez de control. Al tomar en cuenta que del artículo 105, último párrafo, del Código Nacional de Procedimientos Penales, se advierte que los sujetos del procedimiento que tendrán la calidad de parte son: el imputado y su defensor, el Ministerio Público, la víctima u ofendido y su asesor jurídico. Luego, el numeral 211 del propio código dispone que el proceso penal acusatorio comprende las siguientes etapas: 1. de investigación: a) inicial y b) complementaria; 2. la intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y 3. la de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el tribunal de enjuiciamiento; y que el proceso dará inicio con la audiencia inicial y terminará con la sentencia firme, procedimiento que se decanta por una clara separación de funciones, pues aquellas de acusar y juzgar quedan claramente separadas entre sí. Bajo ese contexto, dentro del procedimiento acusatorio pueden distinguirse al menos tres momentos distintos, a saber: a) la investigación conducida por el Ministerio Público y la policía a su mando, posteriormente supervisada por el juez de control;

b) la admisión y depuración probatoria por parte del juez de control, con miras a la apertura de un juicio oral y, finalmente, c) la realización del juicio, donde un juez o tribunal oral se pronuncia objetiva e imparcialmente sobre la culpabilidad o no del acusado. La etapa de investigación, particularmente tiene por objeto determinar si hay fundamento para iniciar un proceso penal, mediante la obtención de datos de prueba que permitan sustentar la acusación y garantizar la defensa del indiciado, misma que deberá iniciar con una denuncia, querella u otro requisito equivalente y estará a cargo —en una primera fase— del Ministerio Público, así como de la policía, actuando bajo su conducción y mando, como lo dispone el primer párrafo del artículo 21 constitucional. Por tanto, cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de un hecho que pudiera ser constitutivo de delito, deberá promover y dirigir una investigación dentro de la que realizará las diligencias conducentes para el esclarecimiento de los hechos, las cuales deberán quedar registradas en una carpeta de investigación que para el efecto se integre. Así, cuando el Ministerio Público lo considere oportuno, o cuando estime necesaria la aplicación de medidas cautelares, podrá formalizar la investigación por medio de la intervención judicial. Por ello, de la etapa de investigación inicial hasta el momento de formular imputación, el Ministerio Público reviste el carácter de autoridad, pero posteriormente, dentro de la etapa de investigación complementaria, el representante social pierde ese carácter, pues quien tiene la dirección del procedimiento es el juez de control, a cuya disposición se encuentra el imputado; es decir, el Ministerio Público se convierte en parte en el proceso penal y carece de atribuciones para seguir actuando *motu proprio* como autoridad, salvo los actos materiales de investigación que el código señalado establece puede realizar sin autorización judicial, en términos de su artículo 251.

En ese sentido, es válido afirmar que durante la fase de investigación complementaria no puede atribuirse al Ministerio Público el carácter de autoridad, en relación con las abstenciones, omisiones o dilaciones en que eventualmente pudiera incurrir, en virtud de que respecto al desarrollo temporal de la fase mencionada, se encuentra en un plano de

igualdad con relación al imputado, dado que en términos de los artículos 321, 322, 323 y 333 del Código referido es el juez de control, a cuyo cargo se encuentra la determinación del plazo de inicio, el otorgamiento de prórrogas, la conclusión e incluso la reapertura de la fase correspondiente. Lo anterior significa que, si se señala como acto reclamado al Ministerio Público la omisión o dilación en llevar a cabo los actos tendentes al desahogo de una prueba propuesta por el imputado durante la fase de investigación complementaria, ese acto no debe catalogarse como de autoridad para los efectos del juicio de amparo.

Segundo tribunal colegiado en materias penal y administrativa del quinto circuito. Amparo en revisión 336/2018. 13 de junio de 2019. Unanimidad de votos; votó con reservas el Magistrado Erick Bustamante Espinoza; mayoría de votos en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ponente: Jorge Humberto Benítez Pimienta. Secretario: Jesús Guillermo Bayliss Verdugo.

Ergo, la investigación complementaria es, a todas luces, inconstitucional: autoriza un plazo de hasta dos años para llevarse a cabo. Esto viola la fracción vii, apartado b, del artículo 20 constitucional, que puntualmente limita el tiempo para juzgar al imputado, quien deberá de ser juzgado: "Antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que el encausado solicite mayor plazo para su defensa".[89]

Como resultado, los capacitadores provocaron que existan innumerables arbitrariedades por parte de las autoridades que se encargan de la procuración y administración de justicia penal en el campo forense contra el justiciable. Al respecto, Manuel Valadez Díaz menciona que la etapa de investigación principal:

89. cpeum, art. 20, ap. b, fr. vii.

> Es la primera y más amplia en cuanto a su duración y actividad procesal dentro del proceso acusatorio y oral que se ha establecido en nuestro país, se encuentra dividida a su vez en una etapa prejudicial y otra que se ha denominado por la legislación y la doctrina como etapa judicializada, siendo la primera de ellas la que abarca todos aquellos actos de investigación que son realizados por la representación social desde que tiene noticia de la realización de un hecho criminal y hasta antes de que se informe oficialmente al juez de control del inicio de una causa penal previamente conformada en contra de una determinada persona, lo cual comúnmente sucede con la puesta a disposición de la autoridad judicial de un detenido a efecto de que le sea controlada su detención, o bien, mediante la petición del órgano técnico de acusación para que sea citada una determinada persona ante dicho juzgador a efecto de que le sea formulada imputación, ya sea mediante su citación directa o a través de una orden de aprehensión o de presentación.[90]

Por otra parte, Patricia Lucila González Rodríguez indica que un acto de investigación:

> Es la expresión de diversos actos procesales que durante el procedimiento penal acusatorio realizan las partes, a efecto de localizar datos de prueba que proporcionen cierta información que conduzca al desenvolvimiento gradual de la investigación penal hasta que el conocimiento obtenido sea el necesario para determinar si hay información suficiente para el ejercicio de la acción penal o, en su caso, para determinar el no ejercicio de esta ante la inexistencia del delito o cualquier otra causa que impida la continuación del procedimiento penal.
>
> Para el esclarecimiento de los hechos es el fiscal o agente del Ministerio Público quien tiene constitucionalmente la obligación de llevar a cabo actos de investigación, tendentes al esclarecimiento del hecho punible, con el apoyo de la policía y los peritos. Uno de los objetivos medulares

90. Manuel Valadez Díaz, *El juez mexicano ante el sistema penal acusatorio y oral* (México: UNAM, 2014), 38-39.

> en la función de la procuración de justicia a través de los actos de investigación está precisamente encaminado al esclarecimiento de los hechos y a la determinación de la identidad del autor o partícipe de la conducta típicamente antijurídica y culpable, con el propósito de que, en su caso, sean impuestas las sanciones penales que correspondan.[91]

Como no hubo los cambios necesarios para judicializar una investigación, se advierte fehacientemente que el Ministerio Público como órgano técnico de la acusación, durante el periodo de investigación inicial, requiere, para consignar aquella, acreditar los elementos que señala el artículo 16 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir:

> No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y que obren datos en la investigación que establezcan[92] que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.[93]

En tal virtud, es obligatorio consignar el delito cometido, contenido en la carpeta de investigación correspondiente, a través de la comprobación de los elementos del tipo penal específico y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en él. No obstante, si las pruebas no tienen valor, ¿cómo lo podrá acreditar el Ministerio Público en el periodo de investigación inicial? Y, en el caso de un homicidio, ¿cómo se puede demostrar que una persona fue privada de su vida si no hay pruebas? Resulta necesario comprobarlo para actuar

91. Patricia Lucila González Rodríguez, *Manual de Derecho procesal penal. Principios, derechos y reglas* (México: UNAM, 2017), 96-97.
92. El *Diccionario de la Lengua Española (DLE)* define: "Establecer": *Dejar demostrado*. "Demostrar": *Probar, sirviéndose de cualquier género de demostración*. "Demostración": *Prueba de una cosa*.
93. CPEUM, art. 16, párr. 3.

contra el probable sujeto homicida; de lo contrario, sería una flagrante violación a los derechos humanos. Esto deriva en la violación de los principios de presunción de inocencia, del debido proceso y de la libertad personal, aunque no se haya impuesto la prisión preventiva, de conformidad con lo previsto por los artículos 1.º, párrafos primero, segundo y tercero, y 20 de la Constitución, con base en la reforma aludida y en la reforma a la Constitución General de 2011, por la que se elevó el reconocimiento de los derechos humanos a nivel constitucional y se abandonó el concepto de "garantías individuales". Ruth Villanueva Castilleja lo corrobora:

> En virtud de la garantía constitucional de debido proceso como una institución instrumental, debe asegurarse a las partes, en todo proceso —legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas—, la oportunidad razonable de ser oída por un tribunal competente, determinado por la ley previa al hecho, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas, de contradecir y de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley.[94]

A más de lo anterior, el juez de control se enfrentará con la misma problemática que la representación social al momento de decretar el auto de vinculación o de libertad del imputado dentro del plazo constitucional, ya que es la base del proceso penal acusatorio. El párrafo primero del artículo 19 constitucional señala que:

> Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder las setenta y dos horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresarán el delito, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los

94. Villanueva Castilleja, *Los menores de edad*, 7.

datos que establezcan que se ha cometido uno y que exista la probabilidad de que el indiciado lo haya cometido o participado en su comisión.[95]

En suma, al judicializar una investigación inicial se pretendía denominarla como teoría del caso; sin embargo, el término "judicializar" se convierte en un anglicismo inoperante para el sistema jurídico mexicano a partir de la reforma constitucional de 2011. Anterior a esa reforma, la idea era modificar los artículos 16 y 19 constitucionales y disminuir los requisitos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, para que así la autoridad investigadora, con lo mínimo necesario, pudiera judicializar su investigación a través de suposiciones, sospechas, conjeturas, presunciones en contra del imputado, violatorias de derechos humanos. Cabe recordar que en EUA no se respetan los derechos humanos: el fiscal ejerce coerción y es un ser todopoderoso que, sin juicio previo, resuelve el caso, mientras el sujeto activo del delito acepta su propuesta; en caso contrario, su libertad resultará amenazada.

En México, el Ministerio Público puede iniciar su investigación, en su carácter de autoridad, siempre y cuando respete los requisitos legales o de iniciación que se exigen constitucionalmente. Es decir, que se haya presentado la *notitia criminis* a través de la presentación formal de una denuncia —para los delitos perseguidos de oficio— o una querella —para los que requieran la queja de parte agraviada—, acorde con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 16 constitucional. De esta forma, queda prohibido librar una orden de aprehensión por parte de la autoridad judicial sin que la preceda denuncia o querella de un delito, sancionado con pena privativa de libertad. Con lo dispuesto en la Constitución, podría establecerse el destierro total en nuestro derecho de instituciones jurídicas como las pesquisas particular y general, la declaración secreta y la denuncia anónima,

95. CPEUM, art. 19.

a pesar de la existencia del párrafo primero del artículo 223 del CNPP, que autoriza la denuncia anónima:

> Forma y contenido de la denuncia. La denuncia podrá formularse por cualquier medio y deberá contener, salvo los casos de denuncia anónima o reserva de identidad, la identificación del denunciante, su domicilio, la narración circunstanciada del hecho, la indicación de quién o quiénes lo habrían cometido y de las personas que lo hayan presenciado o que tengan noticia de él y todo cuanto le constare al denunciante.[96]

En efecto, resulta inaceptable que actualmente el CNPP contemple tal aberración jurídica; sin embargo, en manos de servidores públicos honestos, dicha autorización es letra muerta: debe garantizarse la protección de igualdad ante la ley, el acceso a la justicia y al debido proceso, y defender el bloque de constitucionalidad y la cláusula de convencionalidad. En otras palabras, la inaplicabilidad de la norma a favor del justiciable es obligatoria a través del control difuso de la Constitución. Al respecto, Manuel Rivera Silva señala que el constituyente del 17:

> Prohibió la indagación sobre una población o provincia, o sobre una persona determinada, hecha con el objeto de averiguar quién o quiénes habían cometido delitos, indagaciones que constituyen la pesquisa general y la pesquisa particular, bondadosamente aceptadas en los siglos de hechicería y superstición; también prohibió la averiguación nacida de un documento anónimo, en el que se denunciaba un delito, o un documento en el que se exigía reserva absoluta sobre la persona que hacía la denuncia. Estos sistemas de averiguación fueron condenados por el legislador, por constituir medios en los que se podían refugiar inicuas venganzas y múltiples vejaciones, amén de que vulneraron el derecho de defensa del inculpado al vedarle el conocimiento sobre la persona que lo acusaba.

96. Código Nacional de Procedimientos Penales [CNPP], art. 223, párr. 1.

> Así, pues, en la actualidad conforme al señalamiento del artículo 16 constitucional, solo son aceptadas como instituciones que permiten el conocimiento del delito, la denuncia y la querella.[97]

Refuerza lo anterior el delito previsto por el artículo 225, fracción XX, del Código Penal Federal que son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

> Ordenar la aprehensión de un individuo por delito que no amerite pena privativa de libertad, o en casos en que no preceda denuncia, acusación o querella; o realizar la aprehensión sin poner al detenido a disposición del juez en el término señalado por el párrafo tercero del artículo 16 de la Constitución.[98]

Por no haber disminuido los requisitos exigidos en el artículo 16 de nuestra Carta Magna —debido a la oposición de los representantes en el Congreso de la Unión— para judicializar una investigación, su actual contenido es idéntico a lo que se requería antes de la reforma de 2008: solamente hubo un cambio semántico para maquillarlo. Como resultado, esa tentativa de modificar la acreditación de los elementos del delito y la probable responsabilidad del imputado no se asentó. En consecuencia, la pseudocapacitación de los servidores públicos locales y federales, así como a los particulares, fue un engaño sobre la "teoría del caso": por la ignorancia de los capacitadores y por la falta de preparación en la mayoría de las personas capacitadas.[99]

Cuando se gestó la reforma constitucional de 2008, que fijó las bases del procedimiento penal acusatorio, no estaba vigente el reconocimiento de los derechos humanos en la Constitución General de la República. Empero, cuando el Gobierno Federal impuso ceñir su

97. Manuel Rivera Silva, *El Procedimiento Penal* (México: Porrúa, 2009), 103.
98. Código Penal Federal, art. 225, fr. XX.
99. Morin, *El método 3. El conocimiento del conocimiento* (Madrid: Ediciones Cátedra, 2016), 232.

actuación en el ámbito de procuración y administración de justicia penal, según las disposiciones del CNPP del 18 de junio de 2016 a nivel federal y estatal, el artículo 1.º de la Constitución ya había sido reformado desde el 2011. Por tanto, la posibilidad de reducir los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional quedó excluida del sistema jurídico, en atención a la obligación de respetar cabalmente todos los derechos humanos del justiciable y la presunción de inocencia, precisión de tipo penal y el debido proceso. Aunado a lo anterior, el párrafo primero del artículo 21 constitucional solamente autoriza al Ministerio Público a investigar delitos; contrario a lo que hacen los ignorantes, quienes manifiestan que en el nuevo procedimiento penal se pueden investigar conductas con apariencia de delito, lo cual es inaceptable.

La reestructuración del sistema de justicia procesal penal, en un procedimiento acusatorio en México, se sustenta en la experiencia internacional y en los esfuerzos de algunos Estados: Nuevo León, Estado de México, Oaxaca, Zacatecas y Chihuahua; este último destaca por ser el primero en implementar la reforma a su sistema de justicia jurídico-penal en materia adjetiva de forma integral: es la primera vez que un Estado se anticipa a las reformas del sistema de justicia procesal penal en el territorio mexicano. Anteriormente, los avances en materia jurídica se generaban primero en el Gobierno Federal y en el otrora Distrito Federal, para, posteriormente, ejecutarlos en los demás Estados.

El Poder Ejecutivo Federal reconoció dicha modernización del proceso penal para alcanzar la meta de una justicia pronta y expedita, con lo cual se sentaron las bases constitucionales para aplicar un nuevo modelo de justicia procesal penal en todo el país. La federación y sus entidades estatales, bajo criterio uniforme y sistemático, se coordinaron para abatir la impunidad y recuperar la seguridad pública. La unificación penal ha sido una tendencia cada vez más fuerte de las repúblicas que han elegido el sistema federal como modelo de organización. Es necesaria esta racionalidad legislativa nacional, tanto en la

definición de las conductas delictivas y sus sanciones como en el diseño para la investigación de los delitos, su ejecución y la persecución del sujeto activo. De hecho, un delito cometido en algún Estado debe tener una sanción equivalente en otro; de igual modo, el mecanismo de investigación, persecución y ejecución debe ser idéntico.

La unificación legislativa conlleva la certidumbre jurídica mediante la adopción de reglas claras que permitan delimitar competencias y la certeza jurídica a través de la adopción de figuras delictivas únicas para todo el territorio nacional, sus respectivas consecuencias jurídicas y la sustanciación de los mismos procedimientos. Esto implica establecer, por ejemplo, un criterio de igualdad para determinar cuáles son los delitos graves —concepto que permanece en la Constitución—, así como los plazos, formas de notificación y reglas de valoración de pruebas, entre otros. De esta manera, la justicia penal será similar en toda la República mexicana. Por ende, el desarrollo del sistema beneficiará a todos, bajo un esquema de certeza y seguridad jurídica que la uniformidad legislativa proporciona.

Por otra parte, se debe verificar si el modelo de justicia adoptado empata con los instrumentos internacionales de los que México es parte y si preceptúa los derechos de las víctimas y los imputados. Un modelo eficaz, ante el incremento de la delincuencia, no puede sustentarse de manera exclusiva en mayores facultades para las autoridades policiales que se den sin control alguno; en todo caso, contará con el equilibrio que exige la justicia: un Estado constitucional, democrático, garantista y social de derecho.

La reforma al sistema procesal penal en México debe diferenciar entre los delitos menores, los graves y aquellos considerados como delincuencia organizada. En estos últimos, deben concederse al Ministerio Público mayores herramientas de investigación que puedan ser implementadas con la premura que estos casos requieren. El Gobierno debe insistir en reiterar su compromiso para enfrentar al crimen organizado con todas las fortalezas del Estado, con permanencia y efectividad, ya que la inseguridad ha mermado la calidad de

vida de los mexicanos, así como sus relaciones familiares, laborales y comunitarias. Por tanto, la reforma penal debe abatirla mediante la reestructuración del sistema de justicia, que se traducirá en mayor seguridad jurídica para la sociedad.

Cabe puntualizar que nuestro estudio correlaciona el CNPP con la LNSIJPA y la LGDNNA, las cuales concatenamos con las disposiciones de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal y la Ley Nacional de Ejecución Penal. Estas normas rigen, por disposición constitucional, en todo el territorio nacional, tanto local como federalmente. También nos basamos en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano en materia de protección de los derechos humanos de los gobernados y, por supuesto, del interés superior del niño, para saber si se ajustan a ellos.

CAPÍTULO CUARTO

REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

Promoción y protección de los derechos humanos

Cabe mencionar que la promoción y protección de los derechos humanos tuvo principal relevancia en el siglo pasado a partir de 1945, al crearse la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Desde aquel entonces, el Gobierno mexicano fue evolucionando, hasta aceptar y comprender que un Estado se legitima a través de aceptar y respetar los criterios internacionales, jurídicos y políticos para la mayor vigencia y protección de los derechos humanos o fundamentales.

En nuestro país, tomó relevancia la protección de los derechos humanos a partir de la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos[100] en 1990. Dos años más tarde se creó al apartado B del artículo 102 constitucional, donde se expone que:

100. El *Ombudsman* es el antecedente del defensor de los derechos humanos, su origen es sueco, deriva de los vocablos *ombud* —el que actúa como vocero o representante del otro— y *man* —hombre—. Es el delegado o persona que tramita, para resolver el fondo de un asunto, como representante o defensor del pueblo. El Ombudsman sueco se creó para fungir como escrutador del gobierno, para señalar cuando los servidores públicos abandonaban sus responsabilidades o se excedían en el poder, pero no se pensó que su función primordial fuera el de velar por los derechos humanos del individuo por violación a sus derechos como persona.

> El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.[101]

Más tarde, se confirma el reconocimiento, de pleno derecho, de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1999.

Cabe resaltar que, agotados los recursos de jurisdicción interna a nivel nacional, se puede recurrir a las instancias internacionales para la protección de los derechos humanos. Esto fue posible a partir del 2010, cuando el Tribunal Interamericano emitió en contra del Estado mexicano la sentencia al llamado caso Radilla, por medio de la cual, además, se abrió la puerta para aplicar el control difuso de la Constitución a través de la Corte Interamericana, denominado control de la convencionalidad *ex officio*. Con lo anterior, se convirtió en obligatoria la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de toda autoridad administrativa y jurisdiccional —en favor de cualquier gobernado—, desde el momento en que la autoridad deba actuar en favor de aquel.

Con la reforma constitucional de 2011 se logró un cambio de paradigma en la aplicación del control difuso de la Constitución. Por ende, con base en dicha interpretación constitucional, en el ámbito de sus competencias, todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.[102] Consecuentemente, todas

101. CPEUM, art. 102, ap. B, párr. 1.
102. CPEUM, art. 1, párr. 2.

las autoridades que intervengan en el procedimiento penal deberán verificar si tanto el CNPP como la LNSIJPA respetan en todo estadio procesal el principio de presunción de inocencia del imputado —el cual debe estar correlacionado con los principios *pro persona* y *pro reo*—. Esto para garantizar la protección de igualdad ante la ley, el acceso a la justicia y al debido proceso, haciendo valer el bloque de constitucionalidad, la cláusula de convencionalidad y, en su caso, la inaplicabilidad de la norma.

Lo anterior se vuelve palpable con la postura que tuvo que tomar la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2009 con relación al Caso Rosendo Radilla Pacheco, por el que se abrió el expediente o cuaderno de varios 912/2010 que expone:

> *Relevancia.* Determinar cuáles son las obligaciones concretas que corresponden al Poder Judicial de la Federación y la forma de instrumentarlas, establecidas en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.
> *Antecedentes.* El 25 de agosto de 1974 "el señor Rosendo Radilla Pacheco fue presunta víctima de desaparición forzada por elementos del Ejército Mexicano destacados en el municipio de Atoyac de Álvarez, Guerrero. Luego de varias denuncias interpuestas ante instancias estatales y federales por los familiares del señor Rosendo Radilla, el 15 de noviembre de 2001, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y la Asociación de Familiares Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México, presentaron una denuncia contra el Estado mexicano en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Con base en dicha sentencia, se gestó la reforma constitucional de 2011, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de junio del mismo año, que plasmó en los artículos 1°, párrafos primero, segundo

y tercero, y 103 fracción I, de la Constitución el reconocimiento de los derechos humanos y las garantías otorgadas para su protección.

El principio de universalidad refiere que a todas las personas les corresponden una serie de derechos, independientemente del país en el que hayan nacido o habiten, así como de su raza, sexo, estado civil, condición socioeconómica, preferencia sexual, etcétera.

Los principios de interdependencia e indivisibilidad se refieren a que los derechos humanos no se deben de concebir como prerrogativas aisladas, separadas entre sí, cuya vinculación dimana solamente del ordenamiento en el que se encuentran contenidos, sino que forman un todo, lo que implica que todos los derechos, ya sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales, formen una unidad.

En cuanto al principio de progresividad de los derechos humanos, la protección otorgada en forma interna o internacional implica la imposibilidad jurídica de disminuir en número y grado su protección, que ya han sido reconocidos.

En otras palabras, la progresividad permite que se incorporen nuevos derechos humanos a la Constitución, se precisen y amplíen los ya reconocidos, se eliminen o atemperan limitaciones, se establecen nuevos límites al legislador y que se creen nuevas garantías procesales para su protección o perfeccionamiento.

Posteriormente, la Ley Suprema reformó el artículo 133 constitucional, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 29 de enero de 2016, para quedar como sigue:

> Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las

> disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.[103]

La trascendencia de estas reformas constitucionales trajo aparejado el progreso a favor de la protección del gobernado con relación al reconocimiento de los derechos humanos; tanto que obliga a toda autoridad en el ámbito de sus respectivas competencias "a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad".[104] En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos —en los términos que establezca la ley— haciendo valer, además, los principios de debido proceso, de control difuso de la constitución, el bloque de constitucionalidad, la cláusula de convencionalidad y del principio *pro persona*, entre otros.

Respecto a los derechos humanos, Mario I. Álvarez Ledesma señala lo siguiente:

> Los derechos humanos son uno de los conceptos más usados y, al parecer hoy, de carácter insoslayable, cuenta la jerga política y jurídica de las democracias modernas. No hay debate ni discusión en el que, por una u otra causa, los derechos humanos no salgan a relucir. Ello, como suele ser común con el uso y hasta abuso de los conceptos, ha provocado que el predicado de la idea de derechos humanos aluda en muchos casos a cuestiones que poco tienen que ver con el contenido y presupuestos filosóficos de tales derechos.
>
> No es extraño, en el globalizado mundo actual, ver que quienes llevan a cabo acciones francamente contrarias al espíritu igualitario y de respeto a la dignidad de las personas —el cual subyace a la idea de derechos humanos— lo hagan escudados en el buen nombre y crédito de dichos derechos,

103. CPEUM, art.133.
104. CPEUM, art. 1, párr. 3.

> reivindicando así, considérese aquí el tamaño de la desfachatez, su derecho humano fundamental a cazar mexicanos indocumentados o a invadir y arrasar con pueblos enteros por amor de la democracia, la igualdad y la libertad.
>
> Sin embargo, lo que me parece aún más digno de llamar la atención es la actitud acrítica, salvo las excepciones de siempre, ante esta y otras formas en que se usa y lleva a la práctica —política y jurídica— la expresión y doctrina de los derechos humanos, tanto por ciertos estados y sus estructuras gubernamentales, como por algunos de los grupos de la llamada sociedad civil que se han erigido en sus más legítimos y hay quienes incluso se arrogan ser, dadas sus actitudes, exclusivos defensores.
>
> [...] Lo anterior me impide a afirmar desde ahora por una parte mi convicción respecto de la validez de los derechos humanos como uno de los mejores criterios de justicia y legitimidad política con que contamos y, por la otra, el que esta revisión está centrada en un espíritu necesariamente crítico, propio precisamente de quienes piensan que por más consenso y aceptación que exista respecto de ciertas instituciones o medidas sociales, más urgente es su enjuiciamiento, para ver o corroborar si efectivamente el sostener de manera tan enfática que estas son o continúan siendo valiosas y útiles a la sociedad.[105]

Si el Estado no cumple con lo anterior, se puede demandar el daño patrimonial en contra de los servidores públicos que lleven a cabo una actividad administrativa irregular, lo que deja al Estado como responsable. En el supuesto de que no se consiga la reparación del daño patrimonial internamente, está vigente la posibilidad de recurrir al ámbito internacional para tal fin.

Por su parte, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado en su artículo 1.° expone que:

105. Mario I. Álvarez Ledesma, *Derechos humanos* (México: CNDH, 2006), 38.

> La presente Ley es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones son de orden público e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia.
>
> Para los efectos de esta Ley, se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate.[106]

Consecuentemente, el nuevo diseño y funcionalidad de nuestro sistema jurídico —así como de las instituciones que tienen a su cargo la operatividad de este— están obligadas a hacer prevalecer el contenido del artículo 103, fracción I, de la Constitución para garantizar los derechos humanos, no solamente en la materia de la tutela constitucional, sino también con base en los tratados internacionales de los que México sea parte. Con esto se amplía sustancialmente la materia del amparo y permite que los operadores jurídicos no se encuentren limitados al texto constitucional, sino que deben acudir también a las disposiciones de derecho internacional y aplicarlas atendiendo al caso particular. Además, Javier Saldaña Serrano señala:

> Si la idea liberal de Estado y sociedad se asienta sobre dos pilares básicos, las libertades políticas y los derechos humanos, esos pilares a su vez podrían resumirse en dos principios siempre en equilibrio inestable:

106. Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, art. 1.

libertad e igualdad. Pues bien, las críticas más importantes de que está siendo objeto el liberalismo en este momento se refieren precisamente a ambos, y en buenas medidas tienden a poner de manifiesto la imposibilidad de hacerlos conciliar en los temas realmente importantes. Un primer nivel de críticas con la consiguiente necesidad de reexplicación por parte de la ideología se refiere a la libertad y a la tolerancia, en tanto que un segundo nivel cuestiona no ya el fundamento o el contenido, sino la misma noción de derechos humanos.

Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, su carácter definidor es el de tratarse de una noción que se funda en una visión personalista del derecho en lugar de realista. El centro de atención no es la cosa que se debe sino la persona a la que le es debida, o, mejor aún, las vías de que dispone para la reclamación de esa duda. Baste ver cómo el acento se pone no en los bienes que se protegen, sino en la dignidad del individuo. Pero la base en la que se asientan no es solo personalista, sino individualista, en el sentido de que los derechos protegen intereses individuales que, por definición, entran en conflicto con los intereses de otros. Es precisamente el entenderlo en clave de conflicto lo que le da ese carácter abstracto. Tener un derecho no confiere un poder inmediato sobre una cosa, sino que constituye, exclusivamente una facultad de reclamación que puede, como se ha dicho, entrar en conflicto con otras. Así, es posible hablar de que el derecho a la vida tiene que ceder ante el derecho de libertad, o viceversa. Precisamente ese carácter abstracto es el que posibilita, e incluso propicia las declaraciones.[107]

Por lo tanto, la protección irrestricta al debido proceso tomó vida en la República mexicana, como ya se mencionó, con la reforma constitucional de 2011. Esto permitió adecuarnos al sentido y alcance a través de diversas pautas que se han ido construyendo y protegiendo a nivel internacional en la materia y especialmente los tribunales trasnacionales de derechos humanos. De este proceso de reforma a la

107. Javier Saldaña Serrano, *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica* (México: UNAM, 2001), 221.

Constitución sobresalen las modificaciones y adiciones al artículo 1°, a partir del 11 de junio de 2011. Esta versa sobre los derechos humanos y las formas para hacerlos exigibles, al suprimir el añejo término de "garantías individuales" —vestigio del constitucionalismo francés posrevolucionario— y prevé ahora "que todas las personas gozan de los derechos humanos [que se reconocen en dicha Norma Fundamental], y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte".[108]

Esa reforma es trascendental, pues con ella se generó un bloque de derechos que se integra bien con los establecidos en el propio cuerpo constitucional y, además, con los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte; esto no significa que verse en tratados en materia de derechos humanos, sino que atiende a la naturaleza y fines de cada disposición, con independencia de que el instrumento internacional pueda ser en materia de derechos humanos o bien sobre temas comerciales o cualquier otro.

Por otra parte, dicho bloque de derechos escapa a la tradicional concepción de la jerarquía normativa, pues los derechos que lo integran no ocupan en sí un peldaño fijo, sino que fluctúan en atención a lo que resulte más favorable a la persona en aras de la mayor protección de los mismos. A partir de esa reforma la Constitución General de la República prevé métodos interpretativos para que se optimice de mejor manera la expansión de los valores y principios que inspiran no solo a la Constitución misma, sino a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.

De este modo, el propio texto de la Norma Fundamental prevé que "las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas en la protección más amplia".[109]

108. CPEUM, art. 1.
109. CPEUM, art. 1, párr. 2.

De dicha directriz constitucional se desprende, primero, una interpretación conforme a la misma, adjudicando en todo caso un contenido a las normas que sea acorde y empático con las previsiones constitucionales y las normas de derechos humanos de los tratados internacionales. En segundo lugar, se desprende la interpretación misma de los tratados internacionales acorde a sus esencias y formas particulares de creación, conforme al Tratado de Viena —que fue suscrito el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia el 27 de enero de 1980— para tales fines. Finalmente, se prevé que el operador se guíe bajo una interpretación *pro persona*, desplegando el potencial de la norma que sea la que más favorezca a la persona.

Es de especial relevancia el párrafo tercero del artículo 1° de la Constitución a través del cual "todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad".[110] Consecuentemente, el Estado mexicano se compromete a investigar, sancionar, reparar y prevenir las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley; se entiende por universalidad al reconocimiento a todos los individuos que se ubican en el ámbito espacial de aplicación de las normas de derechos humanos. Asimismo, debe estar presente la interdependencia, porque el ejercicio de unos derechos se torna en condición de posibilidad y vía de realización de otros y, por ende, hay indivisibilidad, en tanto que los derechos, siendo fines en sí mismos, tienen como núcleo esencial la dignidad humana.

Lo anterior debe completarse con la progresividad, porque favorece la aplicación preferente del ordenamiento que mejor tutele los derechos humanos —ya sea indistintamente en un tratado internacional o en la Constitución— y genere una apertura más amplia de la aplicación del derecho.

110. CPEUM, art. 1, párr. 3.

Es precisamente en consideración a los avances internacionales —con relación a la protección de los derechos humanos— que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió pronunciamientos de un impacto substancial en nuestro sistema jurídico, al analizar el cumplimiento de la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco contra el Estado mexicano. En otras palabras, la Suprema Corte se vio obligada a dejar de aplicar el tradicional concepto del control concentrado de la Constitución y, por consiguiente, se acuñó el término de control de la convencionalidad en el sistema jurídico mexicano, al tener que hacer efectivos la aplicación y el carácter de los precedentes emitidos por órganos internacionales en la tutela de los derechos humanos.

Anterior a dicha reforma, los tribunales de la federación eran los que resolvían toda controversia suscitada por leyes o actos de autoridad que vulneraran las llamadas garantías individuales, ergo, las sentencias se ocupaban únicamente de proteger y amparar en el caso particular, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare. La Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que era facultad exclusiva conocer —respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o de un acto de autoridad— que, siempre que existiera petición de parte, se siguiera el procedimiento establecido por la ley y actuando en él se pronunciara sentencia que se ocupara tan solo del caso concreto y singular, limitándose a proteger y amparar al agraviado, pero sin hacer declaración general respecto de la ley o acto que motivare aquella.

Igualmente, se sostuvo que el artículo 133 de la Constitución formaba parte del régimen federal y evitaba el predominio de las leyes locales sobre la Constitución, estableciendo con firmeza la supremacía de la misma Carta Fundamental.[111] Aunque lo anterior no se tomara como una fuente de competencia de la cual pudiera derivarse

111. Ferrajoli, *Principia iuris*, 515.

la facultad de los tribunales ordinarios en esa materia y, por tanto, correspondía en exclusiva a la Suprema Corte en cita declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley.

Anterior a la multicitada reforma, prevalecía que, conforme a la interpretación de los alcances del artículo 133 de la Constitución, en lo que respecta al denominado control constitucional, solo el Poder Judicial Federal podría calificar la regularidad constitucional de las leyes a través del juicio de amparo.

Además, en su parte final consignaba la obligación para los jueces de las entidades federativas de respetar la Constitución Federal, las leyes federales y los tratados internacionales —con preferencia en las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones y leyes locales—. Asimismo, ese criterio tradicional señalaba que resulta inadmisible sostener que, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 133, los jueces del orden común pudieran abstenerse de aplicar las leyes locales, con base en el argumento de que esas son violatorias de la Norma Suprema.

A partir de que en el artículo 1.º de nuestra Carta Magna —la cual debe de interpretarse en relación con el numeral 133 de la misma— se previó la protección a los derechos humanos, cambió el esquema tradicional sobre el control de constitucionalidad y se emitió pronunciamiento en relación al término de control de convencionalidad. Esto a raíz de la discusión en el Alto Tribunal en cita y de la forma y acciones necesarias para dar cumplimiento a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivada del Caso Rosendo Radilla contra el Estado mexicano.

En suma, dichas reformas son trascendentales, pues con ellas se genera un bloque de derechos que se integra con los establecidos en el propio cuerpo constitucional y con los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales de los que México sea parte. No obstante, esto no significa que solamente su aplicación sea con relación a tratados en materia de derechos humanos, sino que atiende a la naturaleza y fines de cada disposición, con independencia de

que el instrumento internacional pueda ser en materia de derechos humanos en materia penal o bien sobre temas comerciales o cualquier otro género.

Seguridad jurídica del imputado y su derecho a gozar de libertad personal durante el proceso penal

Anterior a la implementación del nuevo procedimiento penal acusatorio, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protegía el derecho de la libertad del inculpado en el artículo 20, apartado A, fracción I, donde señala que, en cuanto lo solicitara, el juez debería de otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se tratara de delitos a los que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. Señala además que, en caso de delitos no graves y a solicitud del Ministerio Público, el juez podría negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley o bien cuando el Ministerio Público aporta elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa —por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido— un riesgo para el ofendido o para la sociedad; por tanto, obliga al juzgador a que la caución debería de ser asequible para el inculpado.

Con la entrada en vigor del procedimiento penal acusatorio, ese derecho humano de la libertad del inculpado dejó de protegerse de la misma forma y se sustituyó, por una forma supuestamente más proteccionista prevista en el artículo 19 del CNPP, que delimita a la autoridad judicial para aplicar la prisión preventiva solamente de forma excepcional, ya que es necesario —por obvias razones a partir de la reforma constitucional de 2011— proteger los derechos humanos del justiciable relacionados con el principio de presunción de inocencia

y, por supuesto, evitar una doble sanción al sujeto activo del delito,[112] protegido por el principio *non bis in idem*.

El principio presunción de inocencia *y el principio* non bis in idem

Existen varios factores que debemos tomar en cuenta con relación al tema de la libertad del imputado durante el procedimiento penal acusatorio; uno de esos tiene que ver con la interpretación para determinar cuándo estamos en presencia de delitos graves. Al entrar en vigor el CNPP, deformó la política anticriminal de cada Estado y de la Federación en relación con la mencionada calificativa, la cual tenía su razón de ser, basada principalmente con relación a la incidencia delictiva o por la trascendencia del delito cometido. Así, el nuevo sistema de justicia procesal penal se caracteriza por dejar en absoluta libertad al juzgador para que, cuando el órgano técnico de la acusación le solicite la medida cautelar privativa de la libertad, con toda discrecionalidad pueda decidir sobre el particular, otorgándole la obligación al Ministerio Público o Fiscal de acreditar fehacientemente y justificar la procedencia de la misma.

En otras palabras, en el actual proceso penal acusatorio se considera una excepción la prisión preventiva, ergo, en la República mexicana, al órgano técnico de la acusación, solamente se le autoriza a solicitar aquella en términos de lo señalado por el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución, es decir:

> Cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.[113]

112. Eduardo Andrade Sánchez, *Teoría General del Estado* (México: Tirant lo Blanch, 2021), 665.
113. CPEUM, art. 19, párr. 2.

En estos últimos dos supuestos, claramente se violentan dos principios fundamentales respectivamente en contra del imputado: el de presunción de inocencia y el de no ser juzgado dos veces por el mismo delito, mejor conocido como principio *non bis in idem*. En el primer supuesto, si el sujeto activo del delito está siendo procesado contemporáneamente por dos o más delitos dolosos, en sí mismo no ha sido vencido en juicio y consecuentemente se le violenta flagrantemente su presunción de inocencia; en el segundo supuesto, si se está actualizando en contra del probable responsable en el nuevo procedimiento penal la aplicación de un ilícito por el cual ya fue sentenciado, por ende, se le está juzgado dos veces por un mismo delito.

Es de advertir lo arbitrario de dicha disposición, pues constitucionalmente se señala que procede la medida cautelar privativa de libertad en contra del imputado cuando haya sido sentenciado por la comisión de un delito doloso con anterioridad, lo que conlleva a señalar que, aun en el supuesto de que haya sido absuelto, es aplicable en contra de aquel la medida cautelar privativa de la libertad. Esto no tiene asidero lógico ni jurídico[114] ya que, a más de violentar el principio *non bis in idem*, previsto en el artículo 23 constitucional —que dice que:

> Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.[115]

Puede darse el caso de que, aun cuando el sentenciado haya sido absuelto, se le pueda aplicar tan arbitraria disposición, pues de la simple lectura de dicha disposición se desprende que la Constitución no señala que haya sido condenado por algún delito doloso, lo cual es inaceptable.

114. Zaffaroni, *Derecho penal humano y poder*, 88.
115. CPEUM, art. 23.

Lo más lamentable es que, en los asuntos en los que al probable responsable se le imputan varios delitos, la fiscalía correspondiente disemina los ilícitos cometidos en varias carpetas de investigación y las consigna en forma separada, provocando que, coetáneamente, existan en contra del sujeto activo del delito más de un procedimiento incoado en su contra. Con ello, aunque los delitos dolosos sean de poca monta, lo privan de su libertad personal, precisamente por existir más de un proceso en su contra. Todo lo anterior provoca en contra del Gobierno Local o Federal rencillas políticas, y entre particulares convierte a las fiscalías en agencias de cobro. En otras palabras, al tomar en cuenta el artículo 19 constitucional, si una persona ha sido sentenciada previamente por un delito doloso, al autorizar que se le prive de la libertad personal durante el nuevo proceso penal incoado en su contra, se está juzgando dos veces un mismo delito; por lo tanto, el asunto anterior —que ya había sido juzgado— se actualiza en el nuevo proceso, el cual está concluido.

Recordemos que, en el derecho procesal de los Estados totalitarios, se reviven ideas totalmente abandonadas. Günther Küchenohff sostuvo que la voluntad suprema es la del jefe del Estado que puede ejercitarla decretando la abolición de un proceso y que los jueces deben estar sometidos a la voluntad de la ley, como emanación de la voluntad del jefe del Estado; que puede aplicarse la ley retroactivamente, cuando sea en interés del Estado; que no es aceptable el principio de la santidad de la cosa juzgada, y que el jefe del Estado está facultado para derogar la ley. De tal guisa, al sujeto activo del delito se le califica por lo que es y no por lo que hace —situación contraria a un Estado de derecho social, democrático, garantista como el nuestro— como sucedió con las atrocidades de la ideología nazi, de sancionar a las personas por lo que eran y no por lo que hacían.[116]

Además, la interpretación a dicha hipótesis también puede dar lugar a una aberración jurídica, con relación al concepto de delitos

116. Gerardo Laveaga, *Leyes, neuronas y hormonas. Por qué la biología nos obligará a redefinir el derecho* (México: Taurus, 2022), 210.

dolosos. En efecto, el hecho de que la redacción del nuevo párrafo segundo del artículo 19 constitucional autorice al Ministerio Público a solicitar se restrinja la libertad personal del imputado durante el procedimiento por haber sido condenado por un delito doloso y mientras se esté procesando por otro de la misma especie, a más de violentar el citado principio *non bis in idem* y no aclarar cuáles tipos de delitos dolosos refiere la Constitución, puede llegar a darse el caso que, tanto el primer delito doloso como el segundo cometido, no tengan como sanción pena privativa de libertad. Entonces, ¿cómo se le va a restringir la libertad al probable responsable por el solo hecho de ser dolosos los delitos que se le imputan, sin sanción privativa de libertad? O bien, especulando en lo absurdo, el primer delito cometido sí contemplaba pena privativa de la libertad y el segundo no. Pero como la Constitución expresamente señala que, al haber sido sentenciado y no necesariamente condenado por un delito doloso y procesado por otro de la misma naturaleza, se autoriza la privación de libertad, aunque no tenga pena privativa de libertad el segundo.

Huelga decir que el contenido de la fracción segunda del artículo 19 constitucional está en colisión con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 18 constitucional, el cual señala que "solo por delito que merezca pena privativa de la libertad habrá lugar a prisión preventiva".[117]

Asimismo, no hay que perder de vista que, por una parte, al dejar en manos del Ministerio Público o del juzgador la posibilidad de sujetar a un imputado a prisión preventiva, como se ha sostenido, se abre la puerta a la arbitrariedad de las autoridades que se encargan de la procuración y administración de justicia, a través de venganzas personales o de consignas propias de los asuntos en particular, como desgraciadamente se ha proliferado.

El otro aspecto del problema es que también se abre la posibilidad de rencillas por parte de los indiciados en contra de los servidores

117. CPEUM, art. 18, párr 1.

públicos encargados de la procuración o administración de justicia, toda vez que, en los asuntos en particular, la ley deja de ser la que obliga a privar de la libertad provisionalmente al imputado y ahora lo es el servidor público que la solicita y el que la autoriza.

Por otra parte, no podemos dejar pasar por alto que la prisión preventiva es una sanción anticipada, por lo que consideramos atinada la postura de evitar en lo posible hacer uso indiscriminado de la misma, aunque en la práctica no se cumpla.

Cabe hacer hincapié en el sentido que, en los estados de la República mexicana en donde se anticiparon a la reforma constitucional de 2008 y activaron el procedimiento penal acusatorio, sí cumplieron con la premisa de dejar la discrecionalidad al órgano jurisdiccional para decidir sobre la medida cautelar privativa de la libertad; sin embargo, el resultado fue funesto, pues a dicha facultad discrecional se le denominó vulgarmente como "la puerta giratoria", motivo por el cual el Gobierno Federal tuvo que intervenir y restringió la facultad discrecional antes aludida, es decir, fue limitada por la Constitución General en su artículo 19 y, posteriormente, en el CNPP en su artículo 167. En ambas normas se prevé que:

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

> La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.[118]

De tal suerte que, a excepción o no, el derecho humano a la libertad —que siempre había estado presente en el sistema jurídico mexicano—, con las reformas constitucionales de referencia, quedó excluido.[119]

Desgraciadamente en nuestro país, al no existir seguridad jurídica con la fórmula constitucional relacionada a la aplicación de la medida cautelar privativa de libertad, la misma ha traído un sinnúmero de arbitrariedades y, sobre todo, los jueces de control se han convertido en jueces de consigna, por lo cual es recurrente que, aunque el imputado no se encuentre en alguna de las hipótesis constitucionales de prisión preventiva oficiosa, a este se le aplique arbitrariamente la misma, a más de abrir la puerta de par en par a la corrupción.

Bajo esa tesitura, la situación se complica, pues por una parte se precisa cuándo debe proceder la medida cautelar de mérito en forma oficiosa y, por otra, la legislación secundaria deja abierta la forma en que se puede hacer uso de la medida cautelar relacionada con la prisión preventiva; por lo tanto, se abre la puerta también a la inseguridad jurídica y, como ya se señaló, a un sinnúmero de arbitrariedades y consignas. En efecto, al ser discrecional la facultad que se le otorga tanto al Ministerio Público para solicitar la prisión preventiva y al juzgador a autorizarla, el sujeto activo del delito quedará a merced de dicho arbitrio. Así, si el juez de control autoriza la medida cautelar de prisión preventiva cuando no procede y en su caso el tribunal de alzada —que pertenece al mismo Tribunal Superior de Justicia que el *a quo*— confirma dicha medida, el imputado difícilmente podrá hacer valer a su favor el juicio de amparo, aun en el supuesto que sea totalmente arbitraria la medida cautelar de mérito. Lo anterior

118. CPEUM, art. 19, párr. 2-3.
119. Amartya Sen, *Bienestar, justicia y mercado* (Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998), 120.

toda vez que dejó de estar expresamente señalada tal violación como transgresión a los derechos humanos constitucionalmente enunciados, o sea, la acción de proteger la libertad personal del imputado durante el proceso, la cual debería de estar perfectamente precisada.

Por otra parte, sucede lo contrario, ya que por ignorancia o corrupción[120] los ministerios públicos o fiscales manifiestan que, por no estar señalada la prisión preventiva oficiosa para ciertos delitos, entonces ellos no pueden solicitar dicha medida cautelar para estos ilícitos, porque no son delitos graves o no están catalogados como aquellos delitos de prisión preventiva oficiosa. Por obvias razones, dicha postura, además de ser errónea, solamente exhibe la ignorancia supina sobre el particular de dichos servidores públicos, pues la calificativa de delitos graves es mencionada en el artículo 16 párrafo sexto, de la Constitución General de la República que establece que:

> Solo 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.[121]

Esto deja a la ley secundaria la carga de señalar cuáles son los tipos penales que se deberán de calificar como delitos graves. Sin embargo, procesalmente dicha calificativa quedó condicionada solamente para caso urgente, relacionada con las hipótesis previstas —como ya se señaló en el párrafo segundo de artículo 19 constitucional, así como por lo dispuesto en la fracción I, del artículo 150 del CNPP— y equiparando, además, el Código Nacional en cita a los delitos señalados

120. Luis López Guerra y Alejandro Saiz Arnaiz, dirs., *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales* (Lima: Palestra Editores, 2017), 231.

121. CPEUM, art. 16, párr. 6.

como de prisión preventiva oficiosa como delitos graves, así como aquellos ilícitos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión. Lo anterior, se insiste, no limita a la representación social a justificar la medida cautelar privativa de libertad, aunque no se trate de la lista de delitos que traen aparejada dicha medida cautelar. Todo lo anterior es consecuencia de nuestros insignes legisladores al no haber ajustado el CNPP a la reforma constitucional de 2011, pues esta —como se ha sostenido y de acuerdo al principio de sucesión de leyes— rebasó por mucho las bases y alcances del sistema procesal acusatorio previstos en la obsoleta reforma constitucional de 2008.

La redacción de la calificativa para considerar a los delitos como graves, expresamente señalada en el CNPP, trae aparejadas diversas consecuencias en el campo forense que deben ser tomadas en consideración. A tales efectos será necesario que las autoridades a quienes corresponde operar el nuevo sistema de justicia procesal penal adopten las providencias necesarias.

La fórmula propuesta por el CNPP sobre la calificativa en cuestión se resume en que los delitos cuya sanción privativa de libertad rebase el término medio aritmético de cinco años serán considerados como graves, la cual aplica única y exclusivamente en casos de urgencia. Lo anterior convierte en innecesario el catálogo que cada entidad federativa emplea o empleaba para plasmar el elenco de delitos graves, toda vez que esa facultad es ahora propia y exclusiva del Congreso de la Unión, de conformidad con lo señalado por el artículo 73 fracción XXI inciso C constitucional.

El problema central radica en que, en las diferentes legislaciones de las entidades federativas, incluido el fuero federal, su lista de delitos graves dejó de tener vigencia. Originalmente cada estado de la República mexicana decidía, con motivo de las características propias de su entidad y jurisdicción, cuáles delitos se califican como graves, para efecto de que al imputado no se le violente su garantía individual de libertad, de conformidad con el artículo 20, apartado A, fracción I

constitucional, antes de la reforma de 2008, la cual, tenía su razón de ser, como ya se mencionó, en la incidencia delictiva o por la trascendencia del delito cometido.

En suma, en algunas entidades de la República mexicana y con relación a la justificación de caso urgente, ahora existen delitos que antes eran considerados como graves, pero no rebasan la media aritmética de sanción privativa de libertad de cinco años; por lo tanto, la fórmula establecida por el CNPP obliga a que los mismos no se consideren como graves. La razón de tal desajuste se origina cuando el legislador adoptó el criterio de fijar la gravedad de los delitos con base en un catálogo cerrado. Esto se hizo atendiendo al tipo de conducta que quería sancionar, sujetando al justiciable a la prisión preventiva, con independencia de que la sanción privativa de libertad no fuese superior a la media aritmética de cinco años, señalada ahora en el multicitado Código adjetivo penal. Se trata, como se puede observar, de dos técnicas jurídicas de naturaleza distinta que no es fácil armonizar y que, incluso, pueden colisionar dado que se sustentan en criterios de técnica jurídico-penal diferentes.

Una de tales colisiones pudiera darse en el caso de una concurrencia de normas incompatibles entre sí; es decir, por antinomias producidas entre las legislaciones locales o federales y el CNPP que lo contravengan. Esto es encontrarnos ante dos supuestos normativos que se pretenden aplicar al mismo caso, uno de los cuales ordena que un delito sea calificado como grave por estar contenido en un catálogo mientras otro prescribe que no lo es, puesto que la media aritmética de sus penas no rebasa el término de cinco años. Cuando esto llega a suceder, procede aplicar la norma prevista en el artículo 19 del propio CNPP, la cual señala que:

> La autoridad judicial solo podrá autorizar como medidas cautelares —o providencias precautorias restrictivas de la libertad— las que estén establecidas en el citado Código y en las leyes especiales. La prisión

> preventiva será de carácter excepcional y su aplicación se regirá en los términos previstos en este Código.[122]

Esta diferencia de criterios se presenta concretamente cuando, por ejemplo, en el caso del Estado de México, la gravedad de los delitos está ordenada por el aún vigente artículo 9° de su Código Penal, el cual contiene los tipos penales con dicha calificación. Es decir, en esa lista, todos aquellos delitos cuya sanción no rebase la media aritmética de cinco años prescrita como criterio obligatorio por el artículo 150, fracción I del CNPP, no podrán ser delitos considerados graves por ser este código adjetivo, el que tiene las facultades exclusivas en términos del artículo 73 constitucional antes señalado. Asimismo, puede resultar lo contrario, es decir, que haya delitos que están fuera de ese catálogo y que consecuentemente, la legislación penal del Estado de México no consideraba graves, pero que se convertirán automáticamente en tales por rebasar su sanción privativa de libertad, la media aritmética de más de cinco años de prisión. Lo anterior aplica no solo al Estado de México, sino también en todas las demás entidades federativas y a nivel federal, considerando que es solamente para el caso de urgencia.

En suma, para que se califique hoy en día un delito como grave, depende exclusivamente de que se dé el supuesto de caso urgente, según el artículo 150 en comento, condicionando el mismo a que tomen vida los tres supuestos señalados en las fracciones transcritas. Si analizamos concienzudamente el contenido de la figura de caso urgente, resalta la fracción I, la cual tiene su fuente en los delitos señalados constitucionalmente como de prisión preventiva oficiosa y aquellos cuyo término medio aritmético rebase los cinco años de prisión y con relación a la fracción III; entonces se convierte un delito en grave si la persona es detenida por la noche o días no laborables.

Bajo ese tenor, pensemos en un delito que no está en la lista de tipos penales relacionados a la medida cautelar de prisión preventiva

122. CNPP, art. 19, párr. 2.

oficiosa constitucionalmente y que tenga una sanción privativa de libertad y cuyo término medio aritmético rebase los cinco años. Según ese artículo, se convierte en grave solo para caso urgente, es decir, la gravedad del delito no depende del impacto del delito o que este lesione gravemente a la sociedad, sino que solamente depende de la hora en que se realice. Por esto resulta inaceptable y reprochable *per se* la falta de técnica legislativa, plasmada en el multicitado Código adjetivo de marras.

Tal disposición por estar contenida en el CNPP es la que debe prevalecer, tanto a nivel federal como a nivel local en todas las entidades federativas, por lo que resulta innecesario, en consecuencia, realizar un catálogo de delitos graves, por ser facultad exclusiva del Congreso General la de legislar en materia procesal penal.

Cabe resaltar que no necesariamente un delito calificado como grave en los términos del CNPP trae aparejada la medida cautelar privativa de la libertad de prisión preventiva, pues esta solamente se impondrá de conformidad a lo señalado por el párrafo segundo *in fine* del artículo 19 constitucional, antes descrito.

Con relación a los menores, se complica la aplicación del calificativo de gravedad para utilizar en presencia de un caso urgente, así como el de la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva. Por disposición expresa de la LNSIJPA, depende del grupo etario al que pertenezca el menor con carácter de imputado: la sanción máxima privativa de libertad que le puede corresponder es la de tres años como máxima si la persona que al momento de la comisión de la conducta tuviere entre catorce años cumplidos y menos de dieciséis años, y de cinco años como máxima al adolescente que al momento de la comisión de la conducta antisocial tuviere entre dieciséis años y menos de dieciocho años.

La medida cautelar de prisión preventiva para los adolescentes solamente se autoriza como medida extrema; al respecto Rubén Vasconcelos Méndez señala:

A. La prisión preventiva. Medida extrema.

La Corte Interamericana, en el Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, sentencia del 02 de septiembre de 2004, dijo:

228. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

Hemos dicho que toda medida cautelar y, por tanto, la prisión preventiva tienen sus límites en los principios de necesidad y proporcionalidad, "sin cuya observancia se estaría indebidamente anticipando una pena sin sentencia". Para efectos de esta exposición y siguiendo la línea argumental propuesta, ahora nos interesa contestar la pregunta ¿cómo se hace extrema o excepcional la imposición de la prisión preventiva? Procesalmente, ¿cómo se logra que la prisión preventiva no sea la regla general en el trato a los adolescentes imputados de la comisión de delitos? Debido a que esta medida implica privación de libertad, en el proceso para adolescentes debe entenderse como último recurso solo procedente por delitos graves, por el menor tiempo posible y para mayores de catorce años, como establece la norma básica para todos los casos de internamiento.[123]

Con base en lo anterior, no se puede detener a un menor de edad por caso urgente ya que, en ninguno de los supuestos anteriores, las sanciones privativas de libertad rebasan la media aritmética de cinco años de prisión: Por lo tanto, no es posible aceptar que al tratarse de personas adultas exista esa canonjía y en menores no.

Lo anterior, está protegido por el contenido de los artículos 122, 145 y 164 de la LNSIJPA; es decir, solamente a las personas adolescentes mayores de catorce años les será impuesta la medida cautelar de

123. Rubén Vasconcelos Méndez, *La justicia para adolescentes en México. Análisis de las leyes estatales* (México: UNAM, 2009), 229.

internamiento preventivo, de manera excepcional y solo por los delitos que ameriten medida de sanción de internamiento, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y únicamente cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia de la persona adolescente en el juicio o en el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima o de los testigos o de la comunidad. En los casos que proceda la medida de sanción de internamiento, podrá ser aplicada la prisión preventiva, siempre y cuando exista necesidad de cautela y se aplicará hasta por un plazo máximo de cinco meses. Si cumplido este término no se ha dictado sentencia, la persona adolescente será puesta en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, pudiéndose imponer otras medidas cautelares. Además, "no se aplicarán a las personas adolescentes los supuestos de prisión preventiva oficiosa establecidos en el artículo 19 de la Constitución" [124] —este párrafo amplía la protección de los derechos humanos y es correcto en atención a que cualquier legislación secundaria puede ampliarlos—. De igual manera, "las medidas de prisión preventiva no podrán combinarse con otras medidas cautelares y deberán ser cumplidas en espacios diferentes a las destinadas al cumplimiento de las medidas de sanción de internamiento".[125]

Por lo que respecta a las medidas de sanción, la LNSIJPA señala que la duración máxima que se podrá imponer a la persona que al momento de la comisión de la conducta tuviere entre 14 años cumplidos y menos de 16 años será de tres años y de cinco años cuando tuvieren entre 16 años y menos de 18 años. De la misma forma, se especifican con puntualidad en el artículo 164 de la LNSIJPA las medidas de sanción privativas de libertad, las cuales solamente podrán imponerse por las conductas establecidas en dicho artículo de la citada Ley y, para el supuesto de tentativa punible, no procederá la imposición de

124. Marco Jurídico Internacional, art. 122, párr. 5
125. Marco Jurídico Internacional, art. 122.

las medidas de sanción privativas de libertad, por lo cual este párrafo amplía la protección de los derechos humanos.

Como se puede observar, al tratarse de menores de edad, la LNSIJPA amplía la protección de los derechos humanos a estos, desplazando lo dispuesto por la norma constitucional con relación a la imposición de la medida cautelar privativa de la libertad en forma oficiosa; lo cual, a la sazón, es correcto.

En efecto, esa defensa a favor de los menores imputados, a más de ampliar la protección de los derechos humanos del justiciable, es congruente con el nuevo sistema de justicia procesal penal y es, en efecto, acorde al espíritu de dicho sistema, de dejar al juez de la causa determinar en cuáles casos es procedente y en cuáles no la medida cautelar privativa de la libertad.

Retomando las reglas del CNPP con relación a la medida cautelar privativa de libertad, es necesario analizar el contenido de su artículo 167, insistiendo que expresamente señala que los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa son exclusivamente los relacionados con el Código Penal Federal. En otras palabras, los delitos del fuero común, por disposición expresa del CNPP, están exentos de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa. Efectivamente, dicho Código adjetivo fue omiso en correlacionar las hipótesis señaladas del CNPP para los delitos federales con las del fuero común, como lo hace consistir la LNSIJPA, con relación a la procedencia del internamiento de los menores, en su artículo 164, párrafo segundo que señala expresamente que "para los efectos de esta Ley, podrá ser aplicado el internamiento en los siguientes supuestos, previstos en la legislación federal o sus equivalentes en las entidades federativas".[126]

En suma, el citado artículo 167 del CNPP señala expresamente cuáles delitos traen aparejada la medida cautelar privativa de la libertad en forma oficiosa para delitos federales. Sin embargo, en algunas de sus hipótesis, estos resultan ser inconstitucionales, pues van más allá

126. Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes [LNSIJPA], art. 164, párr. 2.

de la relación de delitos contenida en el artículo 19 constitucional que dice:

> Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.
>
> El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.[127]

La medida cautelar privativa de libertad está sujeta a tiempos perentorios, los cuales no podrán exceder lo señalado tanto en la fracción VII, artículo 20 apartado B constitucional como en la fracción X del artículo 113 del CNPP, es decir, "antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa".[128] Al tratarse de persona adultas, lo anterior colapsa tanto con lo dispuesto por el párrafo segundo del

127. CPEUM, art. 19, párr. 1, 2.
128. CPEUM, art. 20, ap. B, fr. VII.

artículo 165 del CNPP, antes transcrito, y principalmente con el contenido de la fracción VII, del apartado B, del artículo 20 constitucional, en los cuales se autoriza la prisión preventiva hasta por dos años; dichas disposiciones son inaplicables por lo expuesto con antelación.

Por lo que respecta a los menores de edad, como también ya se mencionó, la medida cautelar privativa de libertad no podrá exceder de cinco meses, de conformidad a lo señalado por el artículo 122, párrafo quinto antes transcrito de la LNSIJPA, quienes deberán de ser juzgados antes de seis meses, lo cual es correcto de conformidad a lo señalado por el artículo 117 de la citada Ley. Esta señala que, "desde la vinculación a proceso hasta el dictado de la sentencia, no podrá transcurrir un plazo mayor a seis meses, salvo que la extensión de dicho plazo sea solicitada por la persona adolescente por serle benéfica".[129]También, por lo que respecta a las personas en desarrollo, dicha medida deberá de ser revisada mensualmente en audiencia por el juez de control, de conformidad con lo señalado por el artículo 121 de la LNSIJPA.

Originalmente, cuando se planteó la implementación del procedimiento penal acusatorio en la República mexicana en la reforma constitucional de 2008 , la idea respecto a la libertad personal del probable responsable era la de valorar la conducta relacionada con este y el delito cometido, para que, en forma discrecional, el juez de la causa decidiera cuál medida cautelar era la procedente. En otras palabras, no existía una lista de delitos graves o de prisión preventiva oficiosa. Sin embargo, de acuerdo a nuestra idiosincrasia, o adaptación de dicha fórmula, falló por la simple y sencilla razón de la corrupción sobre el particular, motivo por el cual el Gobierno Federal optó por señalar los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa.

Asimismo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege los derechos humanos mínimos de sus gobernados; sin embargo, estos pueden ser ampliados en las leyes secundarias.

129. LNSIJPA, art. 117.

En tal virtud, si en el CNPP se tomó la determinación de identificar cuáles delitos deben traer aparejada la medida cautelar privativa de la libertad en forma oficiosa para delitos federales —para así evitar que campeen en el campo forense la denominada puerta giratoria—, también es necesario que incluya una lista o fórmula genérica de lo que se debe entender como delito grave y corregir la omisión legislativa de no incluir a los delitos del fuero común. En otras palabras, evitar, como actualmente sucede, que dicha calificativa sea solamente para caso urgente y, además, dejar al arbitrio del órgano jurisdiccional la facultad de ampliar el derecho humano de libertad. En esas condiciones, no habría violación constitucional y se cumple con el objetivo final de evitar la prisión preventiva, en lo posible, por lo que se propone la siguiente redacción:

> Para los efectos del artículo 20 apartado B fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se consideran como delitos graves los señalados con medida cautelar privativa de la libertad en forma oficiosa o bien, utilizando el término medio aritmético mayor de cinco años de prisión relacionado a la sanción, para quedar como sigue: a excepción de los delitos patrimoniales cometidos sin uso de violencia, el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, cuando el delito cometido sea calificado como grave. Se considera que el delito es grave cuando el término medio de la pena privativa de la libertad rebase cinco años de prisión. El juez podrá dejar de aplicar la medida cautelar de prisión preventiva cuando se acredite que el probable responsable haya rendido su declaración inicial y, de acuerdo con las circunstancias del caso particular, el imputado no represente un riesgo para la sociedad, la víctima o el ofendido y acredite que tiene el arraigo correspondiente para garantizar su comparecencia en la audiencia de juicio.

En cualquier caso, "el juez puede prescindir de toda medida cautelar cuando la promesa del imputado de someterse al proceso sea suficiente para descartar los motivos que autorizan el dictado de

la medida",[130] desvirtuando el contenido de los artículos 168, 169 y 170 del CNPP; es decir, que existan las condiciones objetivas que el imputado no se va a sustraer a la acción de la justicia.

Para descartar acerca del peligro de sustracción a la acción de la justicia, el juez tomará en cuenta, entre otras, las siguientes condiciones:

I. El arraigo del indiciado en el país o estado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. La falsedad o falta de información sobre el domicilio del imputado constituye presunción de sustracción a la acción de la justicia.
II. La importancia del daño que debe ser resarcido o que esté garantizado.
III. El comportamiento del imputado durante la investigación o el proceso, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a proceso.
IV. La posible pena o medida de seguridad a imponer.

Para desacreditar acerca del peligro de obstaculización de la investigación o del proceso, se tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, que existan bases suficientes para estimar como probable que el imputado:

I. No destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba.
II. No influirá para que testigos o peritos dejen de declarar o se comporten de manera reticente o eviten inducir a otros a realizar tales comportamientos.

130. CPPCH, art. 169.

En todo caso, el juez de control debe garantizar que el imputado no ponga en riesgo la integridad personal o ponga en riesgo la vida de la víctima u ofendido, de los testigos o la comunidad.

Finalmente, mencionaremos el citado principio *non bis in idem*, pues este se vulnera dentro de los extremos señalados para el procedimiento abreviado. En el párrafo tercero del artículo 202 del CNPP, relacionado con la oportunidad de solicitar el procedimiento abreviado, solamente se podrán obtener los beneficios del mismo, siempre y cuando el imputado no haya sido condenado por un delito doloso. Dicho párrafo menciona:

> 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.
>
> A la audiencia se deberá citar a todas las partes. La incomparecencia de la víctima u ofendido debidamente citados no impedirá que el Juez de control se pronuncie al respecto.
>
> 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.[131]

De nueva cuenta, en esta disposición, se está tomando en cuenta al imputado por lo que es y no por lo que ha hecho, —disposición propia de los regímenes autoritarios— y, en todo caso, la solicitud del procedimiento abreviado debe ser por parte del sujeto activo del delito y no

131. CNPP, art. 202.

por parte del Ministerio Público como actualmente sucede, porque esto da lugar a corruptelas.

En suma, actualmente todo juez honesto y capaz que actúe en forma cabal no puede aceptar que se prive de la libertad al sujeto activo del delito, para perfeccionar una investigación complementaria.

Con lo anterior, se demuestra la falta de pulcritud legislativa con que se pronunciaron nuestros legisladores, creando un verdadero galimatías jurídico, ya que aplican —por analogía o por algún tipo de silogismo— la calificativa de delitos graves a lo que son delitos previstos con prisión preventiva oficiosa y, por si fuera poco, como quedó asentado en el CNPP, solamente con la figura de caso urgente; es decir, consideraron que dicha calificativa del delito es con relación al momento del aseguramiento del imputado y no con motivo de la lesión al bien jurídico tutelado. Lo que es peor, dicho Código Nacional aumentó olímpicamente el número de delitos considerados con medida cautelar privativa de libertad en forma oficiosa, lo cual, a más de ser a todas luces inconstitucional, solamente los relaciona para delitos de índole federal, en términos de lo señalado por su artículo 167, párrafo sexto. Esto, por obvias razones, convierte en actos ilegales a todos aquellos delitos que estén adicionados a los señalados por la Constitución, a más de que el multicitado Código adjetivo no los calificó como graves; por lo tanto, no procede la medida cautelar de mérito, dejando fuera de dicha lista a los delitos del fuero común.

Por fortuna, para los asuntos relacionados con adolescentes, dicha disposición no opera en términos de lo señalado por el artículo 122, párrafo quinto de la LNSIJPA, donde con puntualidad se señala que no se aplicarán a las personas adolescentes los supuestos de prisión preventiva oficiosa establecidos en el artículo 19 de la Constitución.

También, es necesario hacer hincapié en el sentido que la medida cautelar privativa de la libertad sirve, según nuestra Carta Magna, para garantizar la comparecencia del imputado durante el desarrollo de la investigación. Esto es inaceptable en tanto que no puede existir una investigación complementaria sin que se violenten los derechos

humanos del justiciable y, además, de conformidad al contenido del párrafo segundo del artículo 165, del CNPP, dicha medida puede ser impuesta hasta por dos años, lo que concuerda con lo previsto en el artículo 20 constitucional respecto a ese máximo de duración, y que expone:

> De los derechos de toda persona imputada: IX. La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.[132]

Sin embargo, la disposición prevista por nuestra Constitución General se integró a la misma con la reforma constitucional de 2008, lo cual, en términos de sucesión de normas, no es acorde a la reforma constitucional de 2011. Esta, además, colapsa con el contenido de la fracción VII del apartado B del artículo 20 de nuestra Constitución General, que prevé que el sujeto activo del delito —dependiendo del delito imputado— tendrá que ser juzgado "antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo".[133]

Esa colisión de normas constitucionales se puede alivianar también a través de la citada figura de concurrencia de normas incompatibles entre sí y a pesar de que se encuentren dichas normas a nivel constitucional. La solución está en hacer valer en favor del probable responsable la que más le beneficie, es decir, respetando siempre el principio *pro reo*, por lo cual también deberá evitarse la aplicación de la primera, con base en el principio de inaplicabilidad de la norma.

Investigación complementaria o arraigo disfrazado

Con base en lo expresado anteriormente, resulta absurdo que en el CNPP se contemple una investigación complementaria por parte de

132. CPEUM, art. 20, ap. B, fr. IX, párr. 2.
133. CPEUM, art. 20, ap. B, fr. VII.

la representación social después de que esta haya ejercitado la acción penal. Otra aberración incuestionable es que el CNPP señala olímpicamente en su artículo 335 párrafo primero que "una vez concluida la fase de investigación complementaria, si el Ministerio Público estima que la investigación aporta elementos para ejercer la acción penal contra el imputado, presentará la acusación",[134] es decir, interpretando tal tergiversación, durante todo el procedimiento, hasta antes de la acusación la representación social, no ha ejercitado acción penal. En efecto, en cualquier materia, el actor de una acción se ve constreñido a respetar los términos de su demanda, una vez que haya presentado la misma ante el órgano jurisdiccional correspondiente. En otras palabras, queda fijada la *litis* y, consiguientemente, el actor ya no puede ampliar los términos de sus pretensiones cuando se notificó formalmente a la contraparte.

Ergo, en materia penal, resulta absurdo que al Ministerio Público se le autorice arbitrariamente —en el Código adjetivo en cita— ampliar o perfeccionar los términos de su imputación a través de la investigación complementaria. En primer lugar, la integración de una carpeta de investigación no está supeditada, en términos generales, a términos fatales. Es decir, la representación social cuenta con el tiempo suficiente para llevar a cabo una investigación cabal y de calidad, por medio de la que deberá comprobar fehacientemente la existencia del delito que se trate y la probable responsabilidad del sujeto activo de dicho delito, como base del ejercicio de la acción penal, para consignar la carpeta de investigación correspondiente.

En esa etapa denominada por el CNPP, como investigación inicial, el Ministerio Público como cualquier otra autoridad cuenta con todos los recursos del Estado para realizar su función con excelencia. Esto para lograr completar o integrar debidamente la indagatoria correspondiente con toda eficacia y eficiencia, ya sea para consignar la carpeta de investigación ante el órgano de control correspondiente o

134. CNPP, art. 335.

bien para decretar una reserva o archivo definitivo de la investigación si no comprueba los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional, teniendo la obligación de ceñir su actuación a los extremos del artículo 21, de la Constitución General de la República, con relación al principio de división de poderes.

En suma, permitir que el Ministerio Público amplíe o perfeccione una investigación después de haber consignado la correspondiente carpeta de investigación contamina el actuar tanto de la representación social como del órgano jurisdiccional que conozca del asunto consignado. Lo anterior en atención a que el Ministerio Público, una vez que consignó su indagatoria, dejó de tener el carácter de autoridad y se convirtió en parte, esto con la tesis jurisprudencial transcrita intitulada *Abstenciones, omisiones o dilaciones atribuidas al agente del Ministerio Público en la etapa de investigación complementaria en el proceso penal acusatorio. No constituyen actos de autoridad para los efectos del juicio de amparo*.

Volviendo al tema, la colisión entre normas constitucionales que representa la medida cautelar privativa de la libertad hasta por dos años es más agresiva, por mucho, que la figura del arraigo. A nivel internacional está prohibido privar de la libertad a alguna persona para investigarlo, consecuentemente no está permitida la figura del arraigo. Sin embargo, en nuestro país sí está "permitida", en forma por demás arbitraria en la propia Constitución, reservándose dicha arbitrariedad solamente para delitos de delincuencia organizada, tal y como lo dispone el párrafo octavo del artículo 16 constitucional, en el sentido que:

> 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 bien cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción

> de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse si el Ministerio Público acredita que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.[135]

Con base en lo anterior, en el peor de los escenarios, nuestra Constitución permite privar de la libertad al imputado a través de la figura del arraigo por un periodo máximo de 80 días, siempre y cuando se trate de delitos de delincuencia organizada; por su parte, el artículo 165 del CNPP autoriza hasta 730 días de privación de la libertad del imputado para todos los delitos. En otras palabras, durante la investigación complementaria que realiza el Ministerio Público, en la ley secundaria se autoriza a solicitar su privación de libertad personal inconstitucionalmente hasta por dos años.

Respecto a la figura denominada medida cautelar de prisión preventiva es obligado referirnos nuevamente a las directrices señaladas en el artículo 16 constitucional en sus párrafos cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y décimo, el cual mantiene la posibilidad —por parte del Ministerio Público— de detener a un imputado durante la investigación, en casos de flagrancia o urgencia. En tal virtud, debemos entender que la representación social tiene facultades para determinar una medida cautelar de restricción de la libertad personal en contra del sujeto activo del delito en el periodo de investigación inicial, lo que incluye solicitar el arraigo del imputado, en términos de los artículos 140, 165 y 167 del CNPP.

De tal guisa, fuera de los asuntos relacionados con el concepto de caso urgente, al no estar prevista una fórmula constitucional que señala los parámetros en que se pueda basar la decisión del Ministerio Público sobre el particular y al ser la medida cautelar de privación de la libertad de carácter excepcional, nos preguntamos ¿cómo puede fundar y motivar en el periodo de investigación la representación social la detención del imputado?

135. CPEUM, art. 16, párr. 8.

La problemática que se desprende, a excepción de los delitos que expresamente se señalan como de prisión preventiva oficiosa por el artículo 19 constitucional, es con la solicitud realizada por parte del Ministerio Público al juez de la causa para que al indiciado se le restrinja su libertad personal durante la investigación complementaria y el proceso. Esto, por una parte, es totalmente subjetivo y, por la otra, es contrario a los principios que la misma Constitución Política protege en favor del imputado en los artículos 20, apartado B, fracción I, relacionada al principio de presunción de inocencia, y 23 relacionado con el principio *non bis in idem*. Por ello, es necesario que desaparezca de la legislación secundaria la investigación complementaria.

Se insiste en que el Ministerio Público cuenta con todo el tiempo necesario para realizar un trabajo de excelencia y así consignar al órgano jurisdiccional correspondiente la carpeta de investigación integrada debidamente como base del ejercicio de la acción penal. Con base en lo anterior, la representación social podrá realizar la imputación correspondiente debidamente fundada y motivada, con lo cual el derecho a la presunción de inocencia del inculpado estará garantizado, en tanto que el imputado cuenta con 72 o 144 horas, según el plazo solicitado, para destruir la imputación en su contra realizada por el Ministerio Público. Esto comprueba que el representante social ya no puede seguir perfeccionando su investigación una vez consignada al juez de control, ya que al órgano técnico de la acusación, después de formular la imputación y dentro del plazo constitucional antes señalado, le queda prohibido presentar mayores pruebas de cargo. En tal virtud, el inculpado tiene la oportunidad de desahogar a su favor pruebas de descargo y, a su vez, el juez de la causa podrá determinar libremente si lo vincula o no a proceso.

Así, en el supuesto que el juez dicte el auto de vinculación a proceso, se comprueba que la consignación que realizó el Ministerio Público fue correcta y, por ende, no puede ampliarla. En caso contrario, si el juzgador considera que no están reunidos los extremos exigidos por el artículo 16 constitucional y deja en libertad al imputado, el

órgano técnico de la acusación, tiene el derecho a que se le regrese el asunto para perfeccionar la investigación correspondiente e intentar de nueva cuenta el ejercicio de la acción penal.

CAPÍTULO QUINTO

EL PRINCIPIO *ULTIMA RATIO* Y EL BIEN JURÍDICO PENAL

Principio *ultima ratio*

Para poder consolidar el derecho a la presunción de inocencia del inculpado, es necesario que los diferentes tipos penales cumplan con ciertos requisitos para tener vida como delitos; de lo contrario, el poder del Estado de reprimir ciertas conductas que no cumplan con los mismos en contra de los gobernados provoca un atentado al citado principio.

Con base en lo anterior, es necesario referirnos a la concepción de lo que se debe entender por un bien jurídico penal. Nuestros argumentos jurídicos se seguirán haciendo, como ya lo mencionamos, con base a una política anticriminal, integrando de manera dinámica y consciente los tres momentos cognitivos óntico, ontológico y epistémico, para poder acercarnos más a la comprensión, explicación e innovación del derecho procesal penal mexicano, de la ciencia jurídica y epistemología de la misma dentro de la *praxis* de la gobernabilidad social, democrática, garantista y consecuentemente justa, equitativa y jurídica, que se desea axiológicamente fundamentada.

De tal guisa, debemos de tomar en cuenta y reflexionar acerca del principio denominado la *ultima ratio* en derecho penal, para conocer

y precisar qué se debe entender como bien jurídico penal. Con base en este, la amenaza penal solamente se justifica cuando otras ramas del derecho no han sido efectivas para mantener el orden social.

Ergo, consideramos pertinente señalar que el Gobierno Federal debería de verificar puntualmente cuáles conductas actualmente deben ser sancionadas penalmente y cuales deben de excluirse para así proponer un elenco típico que justifique la intervención del derecho penal —bajo el principio de intervención mínima o *ultima ratio*— para todas las personas que se encuentren en territorio nacional incluyendo a los menores de edad. En otras palabras, es urgente la creación de un Código Penal nacional que contenga los tipos penales que han de ser tutelados bajo la amenaza penal y, a su vez, un Código Penal nacional que precise cuáles hechos van a considerarse como delito para sancionar a los menores de edad que los cometan, para que tome vida un sistema jurídico penal que realmente garantice "los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos"[136] a todos los niños y así dejar de aplicar en contra de estos últimos conductas tipificadas como delitos por analogía, lo cual, a más de ser absurdo, es inconstitucional.

En otras palabras, señalamos con puntualidad que, si se trata de una nimiedad, luego entonces, la misma no debe estar sujeta a los alcances que campean en el derecho penal. Consecuentemente, si la forma de violentar el bien jurídicamente tutelado es de tal gravedad que amerite tener el carácter de delito, ergo, el elenco típico penal no podrá estar sujeto a mecanismos alternos de solución de controversias en materia penal, precisamente por carecer las conductas protegidas bajo esa figura de la gravedad de mérito.

Debemos recordar que la función del Estado ante los problemas que suscita la prevención y la represión de la delincuencia se manifiesta por la adopción de previsiones genéricas de observancia general,

136. CPEUM, art. 18, párr. 4.

contenidas en las leyes escritas que conducen a regular la conducta de los hombres y evitar así la venganza privada. En el orden natural, la ley es una necesidad de movimiento o de reposo, de acción o de inacción de unos cuerpos respecto a los otros; siendo las leyes naturales permanentes o inmutables, nos encontramos sujetos a su influencia. Pero, al lado de las leyes físicas o biológicas que no se supeditan a la voluntad, existen otras leyes que sí están sujetas a la libre y espontánea voluntad, como lo son las leyes jurídicas que constituyen una ficción del ingenio humano y son llamadas a regir las relaciones de los hombres que viven en sociedad.

La ley jurídica tuvo aplicación desde el momento en que el hombre concibió la idea de reunirse con sus semejantes y de dictarse límites de conducta para regir sus actos. Entonces surgieron las normas impuestas para la conservación de la armonía de la vida social, normas que deben de aplicarse en forma coercitiva para que se cumplan, es decir, que no pueden violarse impunemente por los componentes del grupo sin hacerse acreedores a una sanción. El desarrollo de estas relaciones dio nacimiento a la necesidad de crear preceptos de general observancia, como reflejo de la moral del grupo. La moral es la costumbre y la costumbre una de las fuentes de los contenidos de la ley jurídica, que tiende a procurar por la estabilidad de las sociedades, por el mantenimiento del orden social y por la tutela de la persona y de los bienes de los hombres.

En el ángulo de las ciencias en las que se ha colocado el estudio de la política anticriminal, el derecho penal tiende a la defensa de la sociedad y a la lucha contra la delincuencia. Sus normas son límites de dichas conductas, de general observancia, cuyo cumplimiento no está sujeto a la voluntad de los particulares; las leyes adjetivas que constituyen el procedimiento establecen las reglas que han de seguirse en toda relación de orden procesal surgida por la violación del derecho penal, tienden a estructurar el proceso, a establecer sus formas y a fijar la actuación de quienes intervienen en su desarrollo. De esta manera, el derecho procesal penal no solo está llamado a proteger los

intereses de la sociedad, sino en los que se afecta la persona del inculpado, de la víctima u ofendido, mediante la plena protección de los derechos humanos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El proceso penal moderno representa un adelanto en la evolución del derecho, porque tiene por objeto la tutela de los intereses del individuo frente a los abusos del poder público. El derecho de sancionar —derecho subjetivo en potencia— que la Escuela Clásica reconocía originariamente a la sociedad constituye ahora lo que en la doctrina alemana se llama "exigencia punitiva" y la acción penal es el medio de hacerla realizable.

Quebrantada la norma penal, surge la relación con el Estado, que se encarga de la restauración del derecho violado en favor de la víctima u ofendido, de acreditar la responsabilidad plena del individuo al que se le imputa haber quebrantado un hecho determinado por la ley como delito, así como velar por los intereses de la sociedad en su conjunto.

La definición de las relaciones que se crean entre el poder público y el individuo a quien se le imputa el delito debe hacerse a través de un proceso regular con estricto cumplimiento de las normas procesales —el debido proceso—. Si la imposición de las penas y las medidas de seguridad se hiciese de manera arbitraria y desordenada, el derecho penal no cumpliría su misión de proteger y garantizar los intereses sociales como lo es la reinserción del sujeto activo del delito a la sociedad, entre otros.

La solución corriente es que el proceso penal representa una configuración artificial, destinada a proteger a los individuos contra el abuso del poder público, porque generalmente el uso ilimitado del poder se presta a abuso; de allí la necesidad de que la sanción se aplique mediante un proceso que concluya con una sentencia imparcial y justa, dictada por un juez, quien es el encargado de declarar el derecho y no la autoridad administrativa hoy denominada fiscalía.

En las relaciones derivadas de la violación de un derecho en que se afectan los intereses de la sociedad, el Estado no puede

legalmente ejercitarlos sin sujetarse a las formas procesales que ocurren ante los órganos jurisdiccionales competentes. La ley penal no se puede aplicar *a priori*; tampoco puede emplearse sin la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento, lo cual es un derecho humano protegido por el párrafo segundo del artículo 14 de nuestra Constitución General. Esto significa que:

> Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino únicamente mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.[137]

El derecho penal no se realiza solamente con la descripción de los delitos y la fijación de las sanciones o medidas de seguridad, sino que el proceso penal le sirve de instrumento para su definición y a nadie puede condenarse, sino mediante el juicio debido para, así, respetar el derecho de presunción de inocencia del justiciable.

La violación de las leyes sustantivas da origen a las siguientes combinaciones: a) relación del individuo con el individuo que es de la competencia del derecho privado (derecho civil, mercantil, etcétera); b) relación del individuo con el Estado, como representante de la sociedad que afecta al derecho público interno (derecho penal), y c) relación de sociedad a sociedad, de Estado a Estado, que afecta el derecho público externo, es decir un derecho cosmopolita basado en el antiguo *ius gentium*.

Desde que existe una norma legalmente sancionada por el poder estatal, existe un interés por parte de la sociedad. El interés es directo cuando se trata de un hecho que afecte al orden público, e indirecto cuando atañe solamente a las relaciones de individuo a individuo. Por lo general, no es concebible la reclamación de un derecho violado,

137. CPEUM, art. 14, párr. 2.

sin que se reconozca la intervención, sea directa o indirecta, al Estado. Es indudable que, en las relaciones jurídicas surgidas de individuo a individuo, también tiene interés la sociedad, pero es solo un interés secundario. Existen preceptos que rigen las relaciones entre los particulares y que solamente son aplicables cuando las partes lo desean; no por ello hemos de desconocer el interés que tiene la sociedad en que el proceso civil se desarrolle normalmente a través del debido proceso.

Empero, existen otras relaciones de carácter imperativo que surgen entre el individuo trasgresor de una ley de orden público y la sociedad representada por el Estado, que tiende al restablecimiento del derecho, en defensa de los intereses que representa y, secundariamente, a que se restituya a la víctima u ofendido en el goce de sus derechos y se le indemnice por los daños que ha sufrido. Si al Estado le incumbe esta alta misión para el mantenimiento de la tranquilidad social, debe ejercitarla sujetándose a las reglas procesales, hasta lograr que los tribunales reconozcan los derechos vulnerados como suprema garantía de tutela para la sociedad y de absoluto respeto para los intereses personales del inculpado. Si el Estado impusiera sanciones de una manera irregular, sin sujeción a las leyes del procedimiento, se consagraría el imperio irracional de la fuerza. Ergo, las leyes secundarias deben ser acordes al contenido de la Constitución y a los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano.

La imposición de las sanciones que corresponde a los tribunales penales es una consecuencia de la existencia de la prueba y de su valorización científica; es una elaboración lógica que no debe abandonarse al empirismo. Nuestra Ley Fundamental la establece de una manera exclusiva para los órganos jurisdiccionales que están destinados a decidir, usando de la potestad soberana que el Estado les delega al capacitarlos para declarar el derecho. En suma, resolver un delito a través de las autoridades administrativas —fiscalías—, sin previo juicio, vuelve proclive al servidor público —que tenga bajo su encargo la resolución del mismo— a cometer actos arbitrarios y de

corrupción, pues puede dejar a un lado su ética, abandonando sus valores morales para obtener ventajas personales y resolver a su antojo, sin previo juicio, lo que le venga en gana. En la definición de estas relaciones, necesitamos contar con: a) la existencia de un derecho que es violado; b) la investigación de los hechos por parte del Ministerio Público; c) la actuación de un órgano jurisdiccional competente encargado de hacer la declaración conforme a derecho, razón y justicia, y d) las normales procesales que obligatoriamente han de observarse en el curso del proceso, antes de obtener la declaración judicial.

El *ius puniendi* —el derecho de sancionar o imponer una pena— corresponde en forma exclusiva al Estado. Nadie desconoce que, en la comisión de delitos que trastornan el orden público, la sociedad es la principalmente afectada y que esta tiene derecho a prevenir y reprimir aquellos actos que son lesivos para su existencia y conservación.

Este derecho de imponer una sanción se le otorga al Estado, pues es quien debe proteger a la sociedad —que tiene derecho a defenderse— en su conjunto. Esto debe realizarse adoptando las medidas preventivas o represivas que sean conducentes, contra cualquier persona que ponga en peligro su tranquilidad, sea menor de edad o adulto, sano o insano mental, pero, como la sociedad así entendida es una entidad abstracta, las funciones de prevención, investigación, persecución y de represión de los delitos quedan en manos del Estado, el cual las realiza a través de sus órganos competentes.

Por ello, cabe recordar el carácter subsidiario del derecho penal, motivo por el que dicho ordenamiento ha de ajustarse a los principios que deben regir en un sistema de justicia penal propio de un estado social, democrático, constitucional, garantista de derecho —principios fundamentales que se derivan de la propia Ley Suprema y de los tratados internacionales suscritos por México—.

Así, los códigos penales deben someterse a una revisión integral, para satisfacer la necesidad de realizar una profunda reforma en ese campo. Los datos disponibles indican que la procuración y administración de justicia en materia penal se encuentran aquejadas por

varios y muy severos problemas. Una primera vía para resolverlos consiste en reformar el marco institucional aplicable a la materia penal, en las modificaciones sustanciales que deben de incluir dos principios sustantivos de derecho penal bien conocidos y plenamente aceptados por todos los especialistas en la materia; a saber: el de proporcionalidad entre delito y pena, y el de lesividad.

Con respecto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad Daniel Vázquez señala:

> También fueron desarrollados en el derecho europeo continental esencialmente en el derecho alemán. Proveniente del derecho penal —de la exigencia de proporcionalidad de la pena con el delito y con la importancia social del hecho y del bien jurídicamente protegido—, el principio de proporcionalidad comenzó a desarrollarse en Alemania tanto en esta área como en la administrativa durante el siglo XIX con el fin de controlar los poderes discrecionales de la administración y de la policía. Esencialmente, parecido a Estados Unidos, este principio tuvo como principal objetivo establecer los términos en que los derechos de las personas podían ser restringidos por una intervención estatal.[138]

El principio de proporcionalidad supone que se tomará en cuenta la magnitud de la lesión del bien jurídico afectado por una conducta delictiva al momento de determinar cuál sanción se le debe aplicar; para ello se deberá atender, entre otros elementos, al resto del sistema de sanciones, de tal forma que a una conducta que dañe un bien jurídico de menor importancia no se le aplique una sanción que supere la que se le aplica a una conducta que lesiona un bien jurídico de gran envergadura. Esto sucede con la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, que tiene la misma sanción para cualquier delito. La proporcionalidad exige también que el legislador elija la sanción más benigna posible de entre todas

138. Daniel Vázquez, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar* (México: UNAM, 2018), 23-24.

aquellas que tengan la misma eficacia para el objetivo que se propone alcanzar; es decir, lograr la reinserción a la sociedad del sujeto activo del delito, de tal modo que la privación al derecho de libertad de los habitantes del país sea el mínimo indispensable en contra del justiciable.

El principio de lesividad consiste en que se deben sancionar penalmente solo aquellas conductas que en verdad dañan bienes jurídicos relevantes, ya sean de titularidad individual o colectiva. Con ello, se subraya el carácter subsidiario del derecho penal como *ultima ratio*, como recurso extremo del Estado para sancionar a personas que realicen conductas antijurídicas de índole penal.

En atención a ello, esa reforma que se necesita debe precisar con nitidez los tipos penales, los presupuestos de la pena, las medidas de seguridad y los criterios político-anticriminales para la individualización judicial de las sanciones. Asimismo, resulta imperativo revisar el catálogo de delitos para determinar, por una parte, cuáles nuevas conductas habrán de penalizarse y cuáles se deben excluir de los códigos penales y leyes especiales en la materia, partiendo de la idea de que solo deben regularse aquellas conductas que revisten gravedad, al buscar una mayor racionalización de las sanciones, dejando a otras ramas del derecho lo que no justifique la intervención penal.

En suma, se considera necesario que en todas las entidades federativas se lleve a cabo una revisión exhaustiva del elenco típico de los delitos comprendidos tanto en los códigos penales como en las leyes punitivas especiales, para excluir de dichos ordenamientos todas aquellas conductas tipificadas actualmente como delitos y que no justifiquen su permanencia con base en el carácter subsidiario del derecho penal —*ultima ratio*— para así proponer un Código Penal único para menores y otro para adultos a nivel nacional.

En efecto, el carácter subsidiario del derecho penal tiene su apoyo en el principio de intervención mínima, el cual debe estar presente para vigorizar un derecho penal que sirva de garantía a la libertad y a la existencia o continuidad de un régimen de seguridad jurídica.

Es imprescindible tomar en consideración el principio de intervención mínima penal; es decir que debe ser admitida su intervención como protector de los bienes jurídicos del individuo, de la familia, de la colectividad y del Estado mismo, para mantener el orden jurídico, en caso de insuficiencia de otros medios de carácter no penal, habida cuenta que, las perturbaciones más leves del orden jurídico deben ser reguladas, se insiste, por otras ramas del derecho distintas a la penal.

Una posición contraria al principio de intervención mínima penal da lugar al llamado cinturón protector jurídico penal, también llamado terror penal, y sería evidente, como afirma Roxin que "nada favorece tanto la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad".[139]

Aproximadamente hace tres mil años, Lao Tzu señalaba que "el reino se gobierna con justicia, la guerra se lucha con sagacidad. Mientras más prohibiciones, más pobre será el pueblo, mientras más astucia más hechos extraños ocurrirán, mientras más leyes y decretos, más ladrones aparecerán".[140]

Dentro del contexto social que estamos viviendo, existe un marcado índice en el crecimiento de la delincuencia, que no solamente es exclusivo del quehacer del derecho penal, sino que se ve influenciado por recortes presupuestales, despidos injustificados, escasez de fuentes de trabajo, con más de la mitad de los mexicanos sumidos en la pobreza, por la opacidad, la falta de la cultura de rendición de cuentas y transparencia, escasas oportunidades educativas, viviendas indignas, malos servicios hospitalarios y comunicaciones. Confucio decía que "no encontraba diferencia entre una persona que mata con arma a otra, de aquella que lo mata con un palo, y tampoco encontraba diferencia alguna con aquel que mata de hambre a su pueblo".[141]

139. Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho penal*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, (Argentina: Editorial BdeF, 2017), 22.
140. Lao Tzu, *Tao Te King*, 68.
141. Leslie, *Confucio*, 88.

En el campo del derecho y bajo la nueva perspectiva de atender las problemáticas existentes a través del pensamiento complejo y la transdisciplinariedad, podemos hacer frente a fenómenos emergentes de una nueva racionalidad. Por lo tanto, debemos poner todo nuestro empeño y reflexión para combatir el gran problema que se vive con relación al aumento acelerado de la delincuencia organizada, innovar nuestro sistema de justicia penal, educar en los valores y desarrollar la cultura de la transparencia y la rendición de cuentas. Es necesario revisar exhaustivamente la base y práctica jurídica por medio de la cual se vulneran los derechos de las personas que forman parte de nuestra sociedad. Se debe perfeccionar nuestros procedimientos, normas y leyes, con la debida participación de la ciudadanía, en especial los servidores públicos encargados de procurar y administrar justicia, para que en un futuro no lejano se logre la reinserción a la sociedad de los individuos que delincan y no solamente se les imponga una sanción privativa de libertad, como panacea a la solución del problema. Por tanto, es necesario que se lleven a cabo cambios trascendentales que logren reintegrar a esos individuos que han perdido la rectitud social del deber ser, dentro del parámetro que busca nuestra sociedad para la correcta convivencia. Para esto, el Estado debe cumplir en todo momento con su obligación de lograr la reinserción del sujeto activo del delito a la sociedad.

En este punto cabe citar el secreto del éxito japonés, pues el cumplimiento del quehacer depende del dominio de la técnica básica de la disciplina que se trate, para después proponer los cambios o ajustes necesarios para su perfeccionamiento.

Desde la Teoría del Garantismo Social de Ferrajoli se cuestionan el fin y los límites del derecho penal con base en la pregunta ¿por qué sancionar? Se interroga sobre el deber jurídico de la pena y, en lo cognitivo, critica "el vicio metodológico detectable en muchas respuestas [...] consistente en su confusión". Referente al espacio jurídico penal, desde su posición, sostiene que "el modelo garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber

judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones".[142]

Con relación al garantismo, Ivonne Nohemí Díaz Madrigal señala que "el garantismo afirma la separación entre derecho y moral, entre delito y pecado, entre validez y justicia, construyendo los fundamentos desde su óptica para la función del derecho penal y la finalidad de la pena".[143]

En el centro de la teoría del garantismo encontramos el concepto de garantía. Ferrajoli la define como "cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo".[144] Puede entenderse como tal toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo y considerar como derecho subjetivo a toda expectativa jurídica positiva —de prestaciones— o negativa—de no lesiones—.[145]

Asimismo, se distingue entre garantías negativas y positivas. Se trata de negativas si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de abstención por parte de uno o más sujetos; la garantía obliga a abstenerse de realizar ciertas conductas. Por otro lado, son positivas si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de hacer e implica tomar acciones o desarrollar comportamientos activos por parte de los sujetos obligados.[146]

Otras categorías son las garantías primarias o sustanciales y las garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras corresponden a las conductas en forma de obligaciones de hacer o prohibiciones, señaladas por los derechos subjetivos garantizados. Las segundas son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos —a los que corresponde una sanción— o actos no válidos —a los que corresponde la

142. Ferrajoli, *Derecho y razón*, 72.

143. Ivonne Nohemí Díaz Madrigal, *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa* (México: UNAM, 2013), 16.

144. Ferrajoli, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, (México: CNDH, 2006), 29.

145. Ferrajoli, *Sobre los derechos*, 33.

146. Ferrajoli, 34.

anulación— que violen las garantías primarias. Las garantías secundarias son dependientes, requieren para su activación y entrada en funcionamiento de, por lo menos, una presunta violación a las garantías primarias. Por su parte, las garantías primarias son normativa y conceptualmente autónomas, por lo que pueden existir aun en ausencia de las garantías secundarias. Esta autonomía es fundamental para distinguir entre los derechos subjetivos y sus garantías.

Así, el garantismo en materia penal corresponde con la idea de un derecho penal mínimo con:

> Fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y procesales. Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la nulidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural.[147]

Por su parte, en relación al conocimiento científico del derecho penal y con aguda crítica José A. Sainz Cantero sostiene que:

> Tradicionalmente se viene usando la rúbrica 'Derecho penal' en una doble significación: como expresión del conjunto de normas que constituyen el ordenamiento punitivo y, como alusiva a la disciplina científica que tiene por objeto de estudio el conocimiento sistemático de ese ordenamiento. Este uso, aceptado unánimemente, debe ser sometido a revisión, sobre todo con fines didácticos, por prestarse a confusión particularmente para quienes se inician en el estudio del derecho penal.[148]

147. Díaz Madrigal, *La mediación*, 16-18.
148. José A. Sainz Cantero, *Lecciones de derecho penal* (Barcelona: Bosch, 1990), 59.

Con esto, establece su posición epistémica en pro de la distinción obligada entre derecho penal y ciencia del derecho penal, la primera como conjunto de normas jurídicas penales y la segunda como disciplina cognitiva.

Sainz Cantero reflexiona que "la especial energía de sus medios de reacción (sanción y medidas de seguridad) caracteriza al derecho penal en relación con otras ramas del ordenamiento jurídico".[149] Entendemos que esto es una identificación del espacio jurídico penal para él y, siguiendo la línea de razonamiento esbozada, no es la conducta social del hombre el objeto particular —mas sí el general— del derecho, sino aquella que está delimitada conforme a los fines, valores, teorías, metodologías y epistemologías que atañen al conocimiento jurídico. Para lo penal tenemos que hacer cortes históricos, teóricos, axiológicos y teleológicos conforme con los fines del derecho penal.

Por su parte, Muñoz Conde elabora su posición teórica a partir de la norma jurídica penal y la define como "toda regulación de las conductas humanas en relación con la convivencia".[150] Apoyándose en Jescheck, sostiene el carácter represivo de la norma penal, reconociendo que este tipo de derecho se ocupa del delito, la pena y las medidas de seguridad, y define tautológicamente al delito como "toda conducta que el legislador sanciona con una pena", a la vez que critica las concepciones filosóficas, morales y sociológicas del delito, pues "ayudan poco en esta materia al jurista",[151] mientras que "pena es el mal que el legislador impone por la comisión del delito".[152]

Cabe recordar que las medidas de seguridad surgieron por la intención moderna de corregir, rehabilitar o asegurar al delincuente. Siguiendo a Günter Jakobs, Muñoz Conde se manifiesta partidario de que la función de la norma penal es doble como protectora y motivadora de la conducta de las personas. También apoya la crítica de

149. Sainz Cantero, *Lecciones*, 60.
150. Francisco Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal* (Barcelona: Bosch, 1980), 11.
151. Muñoz Conde, *Introducción al derecho*, 28.
152. Muñoz Conde, 33.

lo que Roxin identifica como "la huida al derecho penal" o bien "evasión de la sociedad de sus tareas de configuración político sociales. El deber de la ciencia del derecho penal es también poner esto de relieve y delimitar, a través de la autocrítica, las posibilidades de eficacia".[153] En lo que respecta a los bienes jurídicos, sostiene que el derecho penal se debe limitar a sancionar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, por lo que está de acuerdo con M. Mayer en que, para que nuestro derecho proteja a un bien, debe contar con una triple cualidad: ha de ser merecedor de protección, necesitado de protección y capaz de protección.

De estas cualidades, la primera depende del valor que la sociedad le reconozca; la segunda, de acuerdo con el carácter subsidiario del derecho penal y el principio de intervención mínima que implica la ineficiencia de las barreras de los otros derechos, y la tercera —o la capacidad de protección— depende de la naturaleza y condiciones de los bienes jurídicos penalmente tutelados.

Por su parte Claus Roxin, al cuestionar la legitimación del *ius puniendi* y la justificación de la pena estatal —dos preguntas obligadas en nuestra ciencia—, afirma que "se requiere disponer de una concepción teórica acerca del poder punitivo del Estado".[154] También sostiene que:

> El moderno derecho penal no se vincula hoy ya a la inmoralidad de la conducta, sino al deterioro social, es decir, a su incompatibilidad con las reglas de una próspera vida en común. De ello se sigue, a la inversa, que una conducta inmoral ha de permanecer impune cuando no altera la pacífica convivencia [...] una conducta solo puede prohibirse con una pena cuando resulta del todo incompatible con los presupuestos de una vida en común pacífica, libre y materialmente asegurada.[155]

153. Muñoz Conde, *Introducción al derecho*, 57.
154. Claus Roxin, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal* (Barcelona: Ariel, 1989), 20.
155. Roxin, *Introducción al derecho*, 21.

Con lo expuesto, se intenta llegar no solo por el razonamiento al conocimiento jurídico, sino también por medio de la reflexión al conocimiento del conocimiento jurídico —y, en especial, lo metaconceptual como parte de este—, con el fin de superar la confusión entre el objeto jurídico y el conocimiento de esa realidad, así como de distinguir el conocimiento del conocimiento jurídico; o sea, la epistemología general y particular, aplicada a este espacio de las ciencias sociales, llamado de lo jurídico en general y de lo penal en lo particular.

Lo jurídico forma parte del mundo del ser social al tener como fin dirigir la conducta humana en sociedad y permitir la convivencia con las demás personas, sin olvidar que el derecho en su espacio no estudia al hombre, sino a la persona en sociedad, siendo ellas quienes tienen o pueden tener derechos particulares y obligaciones, creando, además, por necesidad histórica a un ente al que los juristas llaman persona colectiva, social o moral y que, desde otras ciencias, se identifican como organizaciones, empresas, instituciones, grupos de poder o compañías.

Buscamos distinguir desde lo óntico (descriptivo), ontológico (explicativo) y epistémico (reflexivo) para así dimensionar al ser jurídico orgánico desde la identificación de la memoria, su conocimiento en movimiento histórico desde la lógica, y el conocimiento de ese saber epistémico desde la reflexión, para trabajar en cada momento desde sus especificidades cognitivas.

Encontramos en Frondizi que "la conexión entre responsabilidad y libertad parece tan íntima que podría establecerse el principio de que, a mayor libertad, mayor responsabilidad".[156] Esto conduce a la relación entre la vida en sociedad o en la *polis* y la necesaria juridicidad de la misma expresada en el muy viejo concepto de Estado de derecho, que significa que nada ni nadie puede estar en principio por encima de las leyes ni de la calidad axiológica que estas contengan.

156. Risieri Frondizi, *Introducción a los problemas fundamentales del hombre* (México: FCE, 1992), 155.

Lo anterior hoy se maneja desde la frontera de los saberes jurídicos como el Estado constitucional, democrático, social y garantista que exige tener un tribunal constitucional con el respeto a los derechos humanos, a la dignidad del hombre y al principio de gobierno de la mayoría, con la participación de las minorías para la inclusión en el reparto de la riqueza nacional.

Consideramos que, si se logra llevar a cabo una discriminación de las figuras típicas que no cumplen con las características que deben campear en el campo del derecho penal, la justicia en esta materia seguramente avanzará a todas luces a ser pronta y expedita.

Bien jurídico penal

Para poder definir el concepto de *bien jurídico penal* es necesario conceptualizar primero lo que es un bien. Para tal efecto y a manera de reflexión, debemos de resaltar que el derecho penal regula el ejercicio del poder punitivo, pero no deben confundirse como un mismo concepto. Imaginemos que en una sociedad desaparezca el poder jurídico reflejado en sus códigos, jueces, fiscales, abogados y tribunales. De tal guisa, el derecho de sancionar por parte del Estado, lejos de desaparecer, provocaría un ejercicio sin límite alguno de dicho poder sancionador, lo que acabaría en una masacre en contra de los gobernados, como sucedió con los genocidios alemanes o chinos del siglo xx, que fueron cometidos por agencias del poder punitivo o por fuerzas armadas en función policial, sin contención jurídica. Cuando no los cometieron directamente, los incentivaron o participaron por clara omisión.

Cuando la contención del poder jurídico se debilita, da lugar a un uso excesivo del poder, el cual da paso libre a la aparición de grupos de poder que hasta ese momento estaban contenidos y que se desarrollan criminalmente en forma sistemática y conforme a patrones de gobiernos totalitarios, produciendo muertes masivas; por eso el genocidio siempre es un crimen de sistema.

Con base en lo anterior, debemos eliminar la expresión utilizada de defensa social —propia de un positivismo racista— y dar lugar a la esencia del derecho penal de tutelar y proteger bienes jurídicos mediante los tipos penales que cumplan la exigencia de la *ultima ratio* en materia penal; de lo contrario se afectaría a más bienes jurídicos que los que pretende proteger o tutelar.

Para Juan de Dios González Ibarra es necesario partir de la consideración de la realidad social y los bienes jurídicos como parte de la misma, como un proceso en el que los conceptos se articulan dinámicamente en categorías o conjuntos de constructos para explicar interdisciplinariamente los bienes jurídicos y la lucha que se establece por y entre ellos conforme una axiología determinada.[157]

El concepto de bien jurídico se introdujo históricamente para prohibir la punición de cualquier acción que no afecte un bien jurídico, es decir, para dar expresión dogmática al principio de ofensividad o de lesividad. Como es sabido, este principio es la manifestación penal de uno más amplio introducido por el Iluminismo para poner fin a las guerras de religión, al establecer una distinción tajante entre el pecado (moral individual) y el delito (derecho) a efectos de garantizar la autonomía moral de la persona o la libertad de conciencia, como también se le llama. Se trata de una idea originariamente limitante del poder estatal y, en particular, del poder punitivo. Desgraciadamente el bien jurídico afectado por el delito en concreto no puede ser tutelado, porque el poder punitivo siempre llega cuando la víctima ya ha sufrido la lesión. Por ende, debería entenderse por bien jurídico no el del sujeto pasivo del delito, sino un general y abstracto bien jurídico. No sería la vida del muerto, que ya no existe, sino la vida en general lo que pasa a ser un interés del Estado. De esta manera, las leyes nacionales e internacionales consagran los derechos humanos, que pueden sintetizarse en la fórmula: todo ser humano es persona y debe ser respetado y tratado como tal.

157. González Ibarra y Peña Rangel, "Bien, bien jurídico y bien jurídico penal", *Revista de la Facultad de Derecho de México* (1999): 73.

Concepto de bien

Comencemos por definir lo que es un bien [158]: entendámoslo como todo aquel ente, objeto o proceso que posee —y se le reconoce por el conocimiento— la propiedad de satisfacer necesidades humanas sean físicas o psicológicas. Así podemos citar como bienes genéricos a la naturaleza, el agua, la tierra, el aire, la vida humana, pero también aquellos ingenios o máquinas construidos por el hombre como el automóvil o la computadora y, asimismo, un edificio, casa, medicinas o herramientas.

Cada grupo de bienes existe con una presencia, ser o actualidad física, biológica, procesal, ideal o psicológicamente concreta; por tanto, los ideales —como la equidad o la justicia, o un sentimiento, como el placer, el dolor o la alegría— poseen materialidad tan real como si fuera un objeto físico, una piedra.

Además, partimos desde lo cognitivo al reconocer tres niveles, calidades o momentos del conocimiento: el óntico, que se refiere al ser y a su definición o identificación, empleando la capacidad humana de la memoria para su ejercicio; el ontológico, que tiene una calidad comprensiva y explicativa utilizando a la capacidad, virtud, posibilidad o cualidad de la razón humana para su realización, y, finalmente, el epistémico que se apoya en la capacidad de reflexión del hombre para poder realizarlo.

Este último espacio es el de la razón de la razón, de la teoría del conocimiento, filosofía de la ciencia o epistemología, término que nosotros preferimos porque consideramos que es más cercano a lo que se pretende definir, que es la capacidad de saber sobre el conocimiento o de este, para así poder construir ciencia y tecnología por la ruta del metaconocimiento de la ciencia de la ciencia, conocimiento, sociología o psicología social del conocimiento.

158. Véase el *Diccionario de Filosofía* de Ferrater Mora. Menciona "muchas veces el bien equivale a la bondad cuando con esta última palabra se expresa abstractamente toda cualidad buena o cuando se trata de indicar abstractamente que algo es como debe ser" también, que el bien se contrapone al mal. En nuestra ciencia jurídica desde Aristóteles el concepto de bien común forma parte de toda discusión axiológica.

Aquí, en lo epistémico, nos encontramos con el conocimiento que se autoreconoce conforme con Hegel,[159] aquel que va de regreso hacia la comprensión e innovación del derecho como objeto y del conocimiento de este, diferenciando el ser jurídico de la comprensión y explicación de ese ser; es un regreso o *reflexus* a la realidad jurídica o al deber ser jurídico enriquecido, ya con el saber del conocimiento primario que ahora, en este momento, se convierte de ser fin en objeto o materia cognitiva.

Sin dejar atrás al dogmatismo o formalismo, es muy difícil poder aportar a la ciencia jurídica mundial nuevos elementos que enriquezcan nuestro universo del ser y del deber ser. Para poder construir o deconstruir el derecho que necesitamos en este nuevo milenio, requerimos rebasar los límites disciplinarios que el derecho desde la óptica positivista nos impone. Incluso es forzoso salir de las fronteras del conocimiento de punta para poder crear innovaciones que favorezcan la persecución de los valores que la axiología jurídica estudia y que el derecho intenta alcanzar.

Podemos afirmar que, conforme con la lógica formal, el bien social sería el género y el bien jurídico, la especie; sin embargo, respetando a la lógica jurídica cargada de elementos axiológicos, esto no es así. Esto también se sostiene con el hecho de que distintas ciencias estudian diversos bienes, como la medicina estudia la vida humana y la salud —por el camino del estudio de las enfermedades y deficiencias que padecemos como seres que formamos parte del reino animal, con nuestras particularidades biopsicosociales—; la arquitectura como arte-ciencia, en atención a la morada que el hombre necesita conforme a indicadores de espacio, luz, ventilación; la biología a la vida animal, y la astronomía al universo, incluyendo nuestro mundo, existiendo

159. Georg Hegel, *Filosofía del Derecho* (México: Juan Pablos Editor, 1990), 24. El manejo magistral de este pensador en parte se explica por sus estudios y, por haber sido desde 1818 hasta su fallecimiento en 1831, profesor de la cátedra de *Filosofía del Derecho* en la Universidad de Berlín. En el prefacio termina con las bellísimas palabras acerca de que en la vejez apenas se presenta la sabiduría, así escribe *El búho* de Minerva, inicia su vuelo al caer el crepúsculo.

metodologías diferentes en el campo de las ciencias llamadas exactas y en las humanidades.

Existen familias de ciencias que tienen un objeto común, como las ciencias sociales que encuentran la materia prima u objeto material en la conducta, el trabajo y la acción humana con sentido, mientras que el objeto formal está determinado por los marcos teóricos y metodologías con las que pretenden dar forma al objeto seleccionado de estudio. A guisa de ejemplo, la conducta humana sería el mármol social al que cada conocimiento científico intentará dar forma de acuerdo con las acciones basadas en sus valores, principios, axiomas, postulados, conceptos, teorías y paradigmas.

Esos marcos teórico-metodológicos son los que orientarán las prácticas profesionales que se desarrollarán dentro de un conjunto de instituciones, grupos y organizaciones, en las cuales los expertos se mueven utilizando conocimientos, técnicas, instrumentos y herramientas.

Para recapitular, dentro de la realidad social, bien social es el género y bien jurídico es una especie, que existen en la realidad cultural producto del hombre, estudiada por las ciencias sociales. Diversos bienes pueden ser los económicos, psicológicos, organizacionales o administrativos y, dentro de las humanidades, los artísticos, que a su vez se pueden desagregar en musicales, literarios, pictóricos o escultóricos.

Bien jurídico

Este se convierte en el género legal y, en consecuencia, el penal, mercantil o laboral son especies dentro del mismo, que exigen cada uno las cualidades o calidades de su condición.

En lo general establecimos que un bien es aquello determinado en la realidad y a la que la razón humana le reconoce la capacidad de satisfacer necesidades, y también que es el ser, cosa, entidad o la parte de la totalidad al que el hombre le intuye o atribuye valor o valores. El bien jurídico en lo específico requiere satisfacer determinados requisitos

de existencia, lo que permite en lo cognitivo poder identificarlo, entenderlo y explicarlo como parte o componente del universo jurídico.

Con lo expuesto, podemos especificar que bien es un concepto genérico, cuya única determinación la otorga su carácter de satisfactor, lo valioso que contiene o proporciona, y en lo cognitivo, el reconocimiento que realiza el ser humano de ello.

Por diferencia, el bien jurídico está dentro del espacio general de la realidad producida por la actividad o conducta de las personas físicas y de las colectivas. Es estudiado desde las ciencias sociales, en particular en el campo del derecho, y cognitivamente de la ciencia jurídica; luego tiene y debe tener una naturaleza, esencia, forma, estructura, función, espacio y tiempo jurídicos. Así, el concepto jurídico de persona no se encuentra en el medio de las ciencias biomédicas —pues por definición es el ser sujeto de derechos y obligaciones— ya que existen en nuestra ciencia también personas morales o colectivas como la nación, las entidades federativas y los municipios, sociedades anónimas, cooperativas, sindicatos o universidades cuya creación es jurídica.

El bien jurídico requiere de espacio y tiempo que no corresponden a los que maneja la ciencia fisicomatemática; por diferencia, estos tiempos y espacios son sociales y, conforme lo sostuvimos anteriormente, implican el cambio en cuanto al tiempo y a un espacio determinado conforme la voluntad de las personas.

Bien jurídico penal

El bien jurídico penal es aquel que cae dentro del tiempo y espacio propio de esta clase particular de derecho de aquel espacio identificado por Eugenio Zaffaroni cuando señala que el "sistema penal es la parte del control social que resulta institucionalizado en forma punitiva y con discurso punitivo",[160] manifestando su preocupación

160. Zaffaroni, *Manual de Derecho penal* (México: Cárdenas Editor, 1997), 30.

de "hacer del saber penal un saber comprometido con los derechos humanos".[161]

Por otra parte, debemos mencionar lo que Zaffaroni identifica como el derecho penal humano, el cual debe servir para poder poner límites al poder punitivo del Estado, lo que se confirma con las cárceles rebasadas de sentenciados en Latinoamérica y, lo que es peor, con muchos casos sin sentencia, demostrando el fracaso del derecho penal y el criterio retributivo de los jueces.

En su obra más reciente, *Derecho penal humano y el poder financiero en el siglo XXI*,[162] publicada en varias casas editoriales de nuestro continente —como Ediciones Jurídicas Olejnik de Santiago de Chile en 2020, así como en otras localizadas en Bogotá y Managua—, la obra es producto de las conferencias dictadas en agosto de 2016 en la Universidad de San Carlos de Guatemala, en las cuales nos apoyaremos, y las citas que incorporemos serán en congruencia tomadas de ellas. Para Zaffaroni necesitamos dejar atrás al derecho penal liberal para dirigirnos al derecho penal humano que:

> Debe desenemizar, o sea, arrancar las máscaras de enemigo construidas con odio y debilidad subjetiva y, en su lugar, repartir máscaras de persona, construidas con solidaridad, como única manera de hacer factible que cada quien pueda colocarse en la perspectiva del otro, es decir, construir empatía.

Después de realizar un recorrido por la recepción del derecho penal procedente de Alemania, Francia, Italia y España, se señala la necesidad de construir nuestro propio derecho latinoamericano. Así, la crítica hacia Claus Roxin consiste en que, como es lógico, piensa conforme a la realidad germana, lo que es muy diferente a la nuestra; así sostiene que "es obvio que el derecho penal latinoamericano

161. Zaffaroni, *Manual de Derecho*, 39.
162. Eugenio Zaffaroni, *Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI* (Argentina: Hammurabi, 2017), 132.

es hoy principalmente tributario de la dogmática penal alemana".[163] También señala que:

> Aquí llamaremos derecho penal a la doctrina jurídico-penal, es decir, a la labor de los penalistas, que nada tiene que ver con el material de que los proveen los políticos —legisladores— ni con el ejercicio coactivo —poder punitivo— que ejercen las policías en sentido amplio.

Y más adelante menciona que "con un claro objetivo práctico: aspiran que los operadores jurídicos (jueces, fiscales y abogados) acojan sus interpretaciones y los jueces los conviertan en jurisprudencia".[164] Reconoce el carácter político dentro del derecho penal, en donde hoy domina el capitalismo financiero, lo cual es palpable en el CNPP, que está dirigido a la reparación del daño y no a sancionar al delincuente. Con la globalización que es producto de la revolución tecnológica, critica la desigualdad del reparto de la riqueza planetaria en donde se inventan constantemente nuevas necesidades suntuarias, señalando que el Premio Nobel de Economía 2001, Joseph Stiglitz (1943), crítico de las políticas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial sigue esa línea de pensamiento, al igual que Paul Krugman (1953), Premio Nobel de Economía 2008.

También menciona lo que considera que es una necropolítica genocida —concepto que hace referencia al uso del poder social y político para dictar cómo algunas personas pueden vivir y cómo algunas deben morir; también está relacionado con la llamada tanatopolítica que ha sido utilizada como su sinónimo— hacia los pobres y miserables del planeta y los daños a la naturaleza expresados por la encíclica Laudato si' (Alabado seas) del papa Francisco del 18 de junio de 2015, en la que recuerda los cantos de San Francisco de Asís relacionados con nuestra casa común que es este planeta: "Por la hermana nuestra

163. Zaffaroni, *Derecho penal humano*, 29.
164. Zaffaroni, 2.

tierra madre, la cual nos sustenta", en que nada del planeta nos es indiferente, que "somos nosotros mismos tierra" y, que a ella regresaremos con absoluta seguridad, que, al igual que otros papas, había expresado su preocupación por el deterioro de la naturaleza y por la amenaza de una guerra nuclear, las enormes desigualdades económicas y sociales, contra el consumismo, así como el apego a los biene materiales, olvidándose de lo espiritual.

Zaffaroni critica al capitalismo financiero que domina hoy, pues en lugar de producir riquezas solamente las consume, "las succiona", con el agravamiento de que, por ser global, rebasa a los Estados nacionales, al dominio privado incentivado solamente por el lucro de los medios masivos de comunicación y diversión, al genocidio de jóvenes incorporados al narcotráfico que se enfrentan entre sí por su pertenencia a diferentes carteles de droga, secuestros, extorsiones y demás delitos como el llamado "derecho de piso"; en fin, la lectura de este libro es indispensable para quienes estamos interesados en el derecho penal.

Al encontrarnos en Frondizi que "la conexión entre responsabilidad y libertad parece tan íntima que podría establecerse el principio que, a mayor libertad, mayor responsabilidad",[165] nos condujo a la segunda cuestión relativa: la relación entre la vida en sociedad o en la *polis* y la necesaria juridicidad de ser expresada en el muy viejo concepto rebasado de "Estado de derecho", que significa que nada ni nadie pueden estar en principio por encima de las leyes ni de la calidad axiológica que contengan; lo anterior se maneja desde la frontera de los saberes jurídicos, como el Estado constitucional, democrático, social y garantista, que exige tener un tribunal constitucional, respeto a los derechos humanos y a la dignidad del hombre, que respeta el principio de gobierno de la mayoría con la participación de las minorías y que sea incluyente en el reparto de la riqueza nacional.

165. Frondizi, *Introducción a los problemas*, 155.

Consideramos que, si se logra llevar a cabo una discriminación de las figuras típicas que no cumplen con las características del bien jurídico penal —que deben campear en el campo del derecho penal— la justicia en esta materia seguramente avanzará a todas luces a ser pronta y expedita.

Por su parte, desde la teoría del garantismo social, al cuestionarse el fin y los límites del derecho penal con base en la pregunta ¿por qué castigar?, Ferrajoli se interroga sobre el deber jurídico de la pena y, en lo cognitivo, critica "el vicio metodológico detectable en muchas respuestas [...] consistente en su confusión"[166] y, referente al espacio jurídico penal, desde su posición sostiene que "el modelo garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones".[167]

En el prólogo de este libro, Norberto Bobbio nos habla de que:

> El garantismo es un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos. Como modelo representa una meta que permanece tal, aunque no se alcance y no pueda ser alcanzada nunca del todo. Pero para constituir una meta el modelo debe ser definido en todos los aspectos. Solamente si está bien definido puede servir de criterio de valoración y de corrección del derecho existente.[168]

Por su parte, Ferrajoli menciona el protagonismo del derecho penal producto de la corrupción, afirmando que:

> Tras la fachada del Estado de derecho, se ha desarrollado un infraestado clandestino, con sus propios códigos y sus propios impuestos, organizado en centros de poder ocultos y a menudo en connivencia con los poderes mafiosos y, por consiguiente, en contradicción con todos

166. Ferrajoli, *Derecho y razón*, 322.
167. Ferrajoli, 22.
168. Ferrajoli, 15.

> los principios de la democracia: desde la legalidad al de publicidad y transparencia, del de representatividad a los de responsabilidad política y control popular del funcionamiento del poder.[169]

Por otro lado, desde la Universidad de Granada, referente al conocimiento científico del derecho penal, José A. Sainz Cantero sostiene críticamente que:

> Tradicionalmente se viene usando la rúbrica 'derecho penal' en una doble significación: como expresión del conjunto de normas que constituyen el ordenamiento punitivo y como alusiva a la disciplina científica que tiene por objeto de estudio el conocimiento sistemático de ese ordenamiento. Este uso, aceptado unánimemente, debe ser sometido a revisión, sobre todo con fines didácticos, por prestarse a confusión particularmente para quienes se inician en el estudio del derecho penal.[170]

Así establece su posición epistémica de la distinción obligada entre derecho penal y ciencia del derecho penal, la primera como conjunto de normas jurídicas penales y la segunda como disciplina cognitiva.

En otra parte menciona que el conjunto de normas "que integran el ordenamiento penal positivo constituyen el objeto de estudio de la ciencia del derecho penal [y] conviene no olvidar que el ordenamiento penal positivo regula fenómenos sociales y persigue fines determinados", conforme a esto tenemos al derecho penal positivo como el objeto material de estudio y podemos identificar desde lo cognitivo lo óntico, definitorio y descriptivo, lo ontológico jurídico penal como explicativo y lo epistémico como aquello que toma como objeto de saber al conocimiento del conocimiento jurídico penal; en este campo epistémico se mueve Hegel cuando afirma que la pena es la negación de la negación del derecho.

169. Ferrajoli, *Derecho y razón*, 9.
170. Sainz Cantero, *Lecciones*, 59.

Siguiendo lo antes mencionado, la conducta social del hombre en sociedad no es el objeto particular —mas sí el general— del derecho, sino aquella que está delimitada conforme a los fines, valores, teorías, metodologías y epistemologías que atañen al conocimiento jurídico; para lo penal tenemos que hacer cortes históricos, teóricos, axiológicos y teleológicos conforme los fines del derecho penal.

Con el racionalismo del Siglo de las Luces, realizan aportaciones Montesquieu —desde la posición de la ley penal con su función de defensa social— y Rousseau, quien desde el contractualismo señala que el individuo al ceder parte de su libertad gana el derecho a que la sociedad lo proteja.

Por su parte, Muñoz Conde, a partir de la norma jurídica penal, elabora su posición teórica,[171] definiéndola en lo general como "toda regulación de las conductas humanas en relación con la convivencia", y apoyándose en Jescheck sostiene el carácter represivo de la norma penal, reconociendo que este tipo de derecho se ocupa del delito, la pena y las medidas de seguridad. Asimismo, Muñoz Conde define tautológicamente al delito "como toda conducta que el legislador sanciona con una pena" criticando a las concepciones filosóficas, morales o sociológicas del delito pues "ayudan poco en esta materia al jurista",[172] mientras que "pena es el mal que el legislador impone por la comisión del delito";[173] por su parte, las medidas de seguridad surgieron por la intención moderna de corregir, rehabilitar, resocializar o asegurar al delincuente.

Siguiendo a Günther Jakobs, Muñoz Conde se manifiesta partidario de que la función de la norma penal es doble como protectora y motivadora de la conducta de las personas, apoya también la crítica de lo que Roxin identifica como "la huida al derecho penal" o "evasión de la sociedad de sus tareas de configuración político-sociales. El deber de la ciencia del derecho penal es también poner

171. Muñoz Conde, *Introducción al derecho*, 11.
172. Muñoz Conde, 28.
173. Muñoz Conde, 33.

esto de relieve y delimitar, a través de la autocrítica, las posibilidades de eficacia".[174]

Por su parte, Claus Roxin sostiene que:

> El moderno derecho penal no se vincula hoy ya a la inmoralidad de la conducta, sino a su dañosidad [*sic*] social, es decir, a su incompatibilidad con las reglas de una próspera vida en común. De ello se sigue, a la inversa, que una conducta inmoral ha de permanecer impune cuando no altera la pacífica convivencia... Una conducta solo puede prohibirse con una pena cuando resulta del todo incompatible con los presupuestos de una vida en común pacífica, libre y materialmente asegurada.[175]

Lo jurídico forma parte del mundo del ser social al tener como fin dirigir la conducta humana en sociedad, permitir la convivencia con las demás personas, sin olvidar que el derecho en su espacio no estudia al hombre, sino a la persona, siendo esta el ser que tiene o puede tener derechos particulares y obligaciones, creando, además, por necesidad histórica a ese ente al que los juristas llaman persona colectiva, social o moral que, desde otras ciencias, se identifican como organizaciones, empresas, instituciones, grupos de poder o compañías.

Consecuentemente, el jurista debe llevar a cabo, de manera oportuna y de acuerdo con el principio de intervención mínima, una adecuada descriminalización o criminalización de conductas, pues es indudable que el legislador tiene que analizar los cambios y adelantos que en todos los órdenes de la vida se generan con sus respectivas consecuencias, y así definir con exactitud lo que es un bien que debe ser protegido por el derecho penal.

Como se ha manifestado, sin dejar atrás al dogmatismo o formalismo, es muy difícil poder aportar a la ciencia jurídica nuevos elementos

174. Muñoz Conde, *Introducción al derecho*, 57.
175. Muñoz Conde, 21.

que enriquezcan nuestro universo del ser y del deber ser. Para poder construir o deconstruir el derecho penal que necesitamos en este nuevo milenio, requerimos rebasar los límites disciplinarios que el derecho desde la óptica positivista nos impone. Incluso es forzoso salir de las fronteras del conocimiento de punta, para poder crear innovaciones que favorezcan la protección de los valores que la axiología jurídica estudia y que el derecho intenta alcanzar, a través del estado del arte[176] y el pensamiento complejo, por medio de la transdisciplinariedad entre todos los operadores del nuevo sistema procesal penal y de todos aquellos profesionistas que transitan en el campo forense penal. Así como hacer valer los bucles del conocimiento para poder retomar lo que ha servido históricamente y volverlo a proponer, con nuevos elementos que sirvan para el fin último que se propone. Hace más de 2500 años, Heráclito —un filósofo griego presocrático nativo de Éfeso— decía que hay armonía en la desarmonía, y viceversa.

Toda libertad implica un indeterminismo, la libertad está enraizada en una materia volitiva concreta, de ahí su imposible determinación mecánica. Conforme con la división del conocimiento en grados que van desde las definiciones y nociones, conceptos y categorías, sostendremos de acuerdo con las categorías que en ellas radica el conocimiento epistemológico; este es el que reflexiona e intenta explicar no solo fenómenos, acciones humanas, datos o procesos, sino que al trascender a los conceptos pretende entender y explicar la esencia de la realidad y el conocimiento de la misma.

Mientras que en el primer nivel nos movemos en lo descriptivo de las realidades u óntico a través del uso de la memoria, el segundo nivel u ontológico es explicativo en términos de funcionamiento o estructuras. Entramos en el nivel de la razón y, por lo que respecta al nivel epistemológico, este busca explicar el ser-conocer integrados,

176. El estado del arte es el conjunto de saberes o el desarrollo que se ha conseguido en el área que se va a investigar. Su función entonces es la de reunir todas las fuentes de información que han versado sobre el tema a tratar, para así evitarle a un autor la repetición de juicios o investigaciones ya hechas o, en el peor de los casos, que se caiga en un error que ya ha sido superado por otros autores a lo largo del tiempo.

el sujeto-objeto en su relación transformadora y transformativa. Esto se rompió en el momento de la revolución científica galileana o mecanicista, en el que lo importante no es ya el conocer, sino el dominar, por medio de la aplicación de ese conocer para controlar la naturaleza por medio de ingenios o inventos que van desde el telescopio hasta, en la actualidad, las supercomputadoras. Así es ese ir y venir con relación al objeto de estudio: nos da la capacidad de poder avanzar y desarrollar nuestros conocimientos para lograr el fin último.

Dentro de las categorías básicas para estudiar el objeto del derecho, se intenta construirlo conforme a un marco categorial y no hipotético, ya que, dada la toma de posición epistemológica para abordar el problema de la gobernabilidad, se vería el modelo hipotético como un modelo que: a) fragmenta la realidad; b) implica predeterminación de contenido; c) separación entre forma y contenido, y d) sustancialización de resultado como algo ajeno, autónomo e independiente del proceso.

Que sea conforme a un marco categorial nos puede permitir la construcción de los distintos paradigmas históricos de bien jurídico y bien jurídico penal, distinguiendo las tres logicidades de la misma: a) el modo de apropiación que se ha tenido del mismo; b) el plano de articulación y la función que cumple y han cumplido el paradigma del derecho en lo general y el derecho penal en lo particular, y c) cómo este se puede potenciar para entender, explicar e intentar operar en la realidad concreta.

Para comprender los tres niveles antes planteados y llegar a una posición epistemológica hay que luchar por tener claro cuáles diferencias existen entre apropiarse cognoscitivamente de la realidad y reproducir sintéticamente solo esquemas de la misma.

Enunciar así el problema de los paradigmas del derecho significa, más que hacer un recorrido histórico de los mismos, intentar una problematización provocadora de su proceso de construcción y deconstrucción. Esta debe permitir abordar y desarrollar cuestionamientos que induzcan a la apertura del pensamiento a través

de la teorización o el tratamiento reflexivo de los bienes jurídicos, sobre todo en materia penal bajo la tutela del principio *ultima ratio* o intervención mínima, como una condición de posibilidad para la viabilidad de las propuestas concretas. Hoy en día, se analiza nuestro objeto de estudio con una perspectiva transdisciplinaria y dinámica, se evita el pensamiento lineal e impide a toda costa pensamientos cerrados, es decir, nuestras mentes se abren a la sapiencia.

La toma de conciencia que hemos adquirido con conocimientos sin precedentes sobre el mundo físico, biológico, psicológico y sociológico ha hecho reinar, cada vez más, a los métodos de verificación empírica y lógica. Mitos y tinieblas parecen ser rechazados por las luces de la razón. Sin embargo, el error, la ignorancia y la ceguera progresan, por todas partes, al mismo tiempo que nuestros conocimientos.

Ergo, el avance en la ciencia jurídica lo dará el ir y venir de las necesidades de cambio o ajustes; podemos ajustar los cambios necesarios a nuestras normas y leyes, actualizándose cada vez que se requiera. Recordemos las palabras de Heráclito en el sentido que "nadie puede bañarse dos veces en un mismo río porque, aunque aparentemente el río es el mismo, sus elementos, su cauce, el agua que corre por él han cambiado" y lograr el ideal de que el derecho se adecue a la justicia.[177]

La atribución valorativa de bienes jurídicos —en particular los penales— se limita a partir de la categorización respetando el principio de intervención mínima del derecho penal o *ultima ratio*. Para hablar de la construcción de nuestra ciencia jurídica penal queremos hacerlo desde su conocimiento y epistemología, así como desde el ser. Con esto deseamos referirnos a que no solo nos interesa como quehacer, sino como una integración entre la realidad, su comprensión y la acción que se emprende, como la reflexión sobre

177. La resiliencia es la capacidad de afrontar la adversidad. Desde la Neurociencia se considera que las personas más resilientes tienen mayor equilibrio emocional frente a las situaciones de estrés, soportando mejor la presión. Podría decirse que la resiliencia es la entereza más allá de la resistencia. La resiliencia, es dejar pasar la ola y que no te revuelque; encontrar la ventaja en la desventaja; encontrar lo bueno a lo malo; encontrar la gracia a la desgracia.

el conocimiento del conocimiento de lo jurídico penal que se realiza. De este modo, conforme a esto diferenciaremos entre lo político anticriminal como práctica institucional y lo teorético como ciencia o conocimiento, al igual que la epistemología jurídicopenal con sus objetivos generales y particulares de reflexión.

De acuerdo con lo mencionado, debemos seguir un camino metodológico que nos permita movernos dirigiéndonos cognoscitivamente desde las nociones y representaciones del sentido común hacia los conceptos, para llegar a las categorías y de ahí regresar a lo óntico, pero con una visión epistémica enriquecida por la ambición multicognitiva y metacognitiva de entender y explicarla en su totalidad la dinámica jurídico penal, en cualquiera de sus partes.

Retomando lo anterior, desde la categoría de la totalidad como punto de partida, reafirmamos que los conceptos de bien, bien jurídico y bien jurídico penal exigen para su comprensión, explicación, aplicación e innovación sus delimitaciones cualitativas y cumplir con exigencias históricas, ontológicas y epistémicas.

Raúl González-Salas menciona que:

> Los principios de legalidad, utilidad o eficacia de la intervención penal mínima —que comprende los caracteres fragmentarios, subsidiario y de *ultima ratio*—, seguridad jurídica, del *non bis in ídem*, del bien jurídico, de culpabilidad y de proporcionalidad, constituyen no solo los límites propios del *ius puniendi*, sino que —como se dijo— dan las características propias de todo Estado democrático de Derecho.

Al estudiar el desarrollo de la teoría del bien jurídico, el autor compara las de Karl Binding y Franz von Liszt, y afirma que:

> El primero señala que es bien jurídico todo interés que aparezca a los ojos del legislador y este quiera proteger mediante la ley, a su vez, el segundo, dice que independientemente de lo que el legislador reconozca, serán bienes jurídicos aquellos intereses que, como condiciones esenciales

> para la vida en sociedad, la comunidad quiere que sean elevados a la categoría misma de bien jurídico.[178]

El bien jurídico penal exige, pues, que forme parte de lo que se considera socialmente como la antijuridicidad, que afecta que cumpla con las características señaladas del derecho penal y que axiológicamente se distinga de lo que el interés del particular defiende por propia conveniencia.

Por nuestra parte, consideramos que, con base en una política anticriminal y el principio de la *ultima ratio*, en materia penal, los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal se deben limitar a sancionar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, esto de acuerdo con M. Mayer, como ya se mencionó anteriormente.

De tal guisa, en principio, el bien jurídico penal no tendría ninguna diferencia con cualquier otro bien; lo que lo diferencia es la forma en la cual se lesiona el bien jurídicamente tutelado. Por ejemplo, el daño en propiedad ajena cometido por el tránsito de vehículos no debe estar protegido por el derecho penal, por ser una conducta intrascendente, relacionada con el riesgo creado socialmente aceptado. Pero si a dicho daño se le suman ciertas características como el conducir en estado de ebriedad o bajo el influjo de sustancias tóxicas —drogas— o a exceso de velocidad, luego entonces, el daño ocasionado a los bienes de un tercero en esas condiciones sí justifica la tutela penal por aumentar desproporcionalmente el riesgo creado y aceptado socialmente. Se insiste, en otras palabras, que es la forma de lesionar el bien jurídico tutelado por la norma, para poder considerarlo como un bien jurídicamente tutelado por el derecho penal y consecuentemente su lesión o puesta en peligro, se considerará como un delito.

En suma, el bien jurídico penal será todo aquel bien que deberá ser protegido por el derecho penal, siempre y cuando la lesión o

178. Raúl González-Salas, *La teoría del bien jurídico en el derecho penal* (México: Pereznieto Editores, 1995), 15.

puesta en peligro del mismo sea de tal gravedad que justifique la protección por esa rama del derecho.

A más de lo anterior, el bien jurídicamente tutelado por el derecho penal debe estar bien definido en el tipo penal, es decir, debe ser de formulación cerrada y no abierta. Esto, en nuestro país, está protegido por el principio denominado precisión de tipo, previsto en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, porque, al aplicarse por analogía algún delito, en realidad se está aplicando una ley para un caso no regido por la misma, vulnerándose aquel principio. La función del principio de prohibición de la analogía consistirá, de cualquier modo, en reforzar el principio de legalidad, es decir que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Para poder garantizar que un bien jurídicamente tutelado por el derecho penal esté justificado, se deberá de echar mano de todo lo relativo a la teoría del delito; con ello, se logrará abordar a profundidad cualquier conducta señalada como delito tanto en los códigos penales como en cualquier ley especial. Estas últimas, como su nombre lo determina, poseen su marco legal previsto precisamente en las leyes especiales tanto a nivel local como federal para aprobar la permanencia del tipo penal después de un exhaustivo examen, o bien eliminarlo si no cumple con esos requisitos.

Lo anterior, en atención a que el derecho penal no solamente protege la reparación del daño como panacea para resolver el tema de la criminalidad —como respuesta del Estado al injusto penal—, sino que lo que da lugar a la aplicación de dicho derecho sustantivo penal es la actividad de la fuerza coercitiva de aquel. Esto es para garantizar la vida en sociedad, sancionando a la persona que se apartó del deber ser, al someterlo a una sanción ejemplar que servirá como medida preventiva para evitar que se repitan conductas como la sancionada. En suma, la reparación del daño no es el remedio del derecho penal en contra de la criminalidad, como desgraciadamente

considera hoy el CNPP. Apostar a dicha forma de solución del problema jurídico-penal es tanto como conminar a las procuradurías y tribunales jurisdiccionales a convertirse en agencias de cobro, sin importar, epistémicamente hablando, lo que realmente debe proteger el derecho penal. Lo que es peor, como lo hemos señalado, dejar la administración de justicia en manos de las fiscalías para que sin previo juicio arreglen los asuntos es abrir la puerta a la injusticia y a la corrupción, ya que el Estado cuenta con todas las herramientas necesarias para poder asegurar la reparación del daño proveniente de un delito, como el aseguramiento de cuentas bancarias o inmuebles, entre otras. De tal guisa, no encontramos ningún motivo que justifique perdonar al sujeto activo del delito a través de un criterio de oportunidad por la intervención de un fiscal omnipotente que sentencie en forma sumaria y sin previo juicio al justiciable, recuperando, en el mejor de los casos, el dinero mal habido por parte de aquel y, por supuesto, quedándose con lo que coloquialmente se denomina "botín de guerra".

Por ello, debemos tomar en consideración nuestra realidad social y los bienes jurídicos como parte de la misma, como un proceso en el que los conceptos se articulan dinámicamente en categorías o conjuntos de constructos para explicar interdisciplinariamente los bienes jurídicos y la lucha que se establece por y entre ellos, conforme con una axiología determinada.

Para tal fin, debemos partir de los avances que tanto a nivel nacional como internacional se han logrado con relación a la materia penal, por lo que resulta imprescindible hablar de los principios que deben regir hoy en día un Código Penal de corte liberal, social, democrático y garantista.

Cabe subrayar que el Estado de derecho surgió del liberalismo; por lo que se refiere a que su aspecto formal se haya supeditado al principio de la legalidad, que debe regir a todo acto de autoridad, cuando afecte o pueda afectar, a la esfera jurídica del gobernado: Por lo tanto, le queda prohibido en materia penal la aplicación de la ley por

analogía, la irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, la costumbre como fuente de ilícitos y sanciones, y la imprecisión o indeterminación legal de las regulaciones de las normas.

Por ello, hablar solamente de Estado de derecho no tiene ningún asidero jurídico, sino que aquel debe estar forjado por calificativos muy puntuales, es decir, hay que hablar de un Estado de derecho de corte social, democrático y garantista. Se estima que un Estado es de corte democrático cuando el poder, además de estar reglado, conformado o ajustado a derecho —Estado de derecho— sirve a cada persona como garante del desarrollo de sus potencialidades. Así pues, de singular importancia son los juicios que se han emitido con relación al concepto formal y material del principio del Estado de derecho. Recordemos las oportunas palabras de F. Muñoz Conde, sobre este particular, quien nos dice que:

> Desde el punto de vista formal, el principio del Estado de derecho impone en derecho penal la previa determinación legal de los delitos y sanciones aplicables y la prohibición de la retroactividad y de la analogía agravadoras o fundamentadoras de las penas. Y, desde el punto de vista material, el principio del Estado de derecho obliga a una configuración social y democrática del derecho penal, procurando la protección de los bienes más importantes para la convivencia, con los medios más adecuados y convenientes para ello, respetando siempre las ideas de proporcionalidad, igualdad y libertad.[179]

Cabe señalar que el principio de legalidad debe completarse con el principio de precisión de tipo; es decir, es una derivación de aquel, observándose que, si no existiese la precisión de tipo, entrañaría un peligro la aplicación del mismo o, dicho de otra manera, el principio de legalidad cumple con una palmaria tarea de protección a los individuos y el principio de precisión de tipo impide el nacimiento de

179. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho penal* (Barcelona: Bosch, 1981), 37-38.

los llamados tipos abiertos, que en su aplicación vulnera los derechos humanos o fundamentales.

Así, con mucha razón se señala que:

> Solamente mediante una ajustada determinación legal se impedirá que el Juez, apoyándose en la oscuridad, vaguedad o indeterminación de la ley, haga uso de la fuerza, colmada de lagunas, de la analogía. Por eso se ha dicho que para comprobar si en el plano penal se respetan o no las exigencias del Estado de derecho no es ya el formal reconocimiento y consagración del principio de legalidad, sino la verificación de si las concretas disposiciones legales responden, tanto al enunciar el presupuesto como la consecuencia penal, al postulado de una precisa determinación, pues poco importa que se proclame pragmáticamente el principio de legalidad, si luego no se determinan con precisión y certeza en las distintas disposiciones legales los presupuestos y las consecuencias.[180]

El denominado principio del bien jurídico es aquel que, solo cuando se lesionan los bienes protegidos por el derecho penal o se ponen en peligro, da lugar a que tenga vida el delito. Al respecto, José A. Sainz Cantero manifiesta que:

> El principio del bien jurídico impone la exigencia de que solo se otorgue la consideración de la infracción penal a aquellos que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico. Cuando esto no se produce, el derecho penal no debe aplicar la severidad de la pena, aunque pueda ser suficiente en algunos casos para imponer una medida de seguridad.

El principio de intervención mínima o de *ultima ratio* en materia penal debe estar presente para vigorizar un derecho penal que sirva de garantía a la libertad y a la existencia o continuidad de un régimen de seguridad jurídica. Es imprescindible tomar en consideración el

180. Sainz Cantero, *Lecciones*, 87.

principio de intervención mínima penal, es decir, debe ser admitida su intervención como protector de los bienes jurídicos del individuo, de la familia, de la colectividad y del Estado mismo, para mantener el orden jurídico, en caso de insuficiencia de otros medios de carácter no penal, habida cuenta que las perturbaciones más leves del orden jurídico deben ser reguladas por otras ramas del derecho distinta de la penal. Una posición contraria al principio de intervención mínima penal daría lugar al llamado: "Cinturón Protector Jurídico Penal" o "Terror Penal" y sería evidente, como afirma Roxin, que "nada favorece tanto la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad".[181]

Consecuentemente, el jurista debe, oportunamente y de acuerdo con este principio, llevar a cabo una adecuada descriminalización o criminalización de determinadas conductas, pues es indudable que el legislador tiene que analizar los cambios y adelantos que en todos los órdenes de la vida se generan con sus respectivas consecuencias.

Con relación al principio de culpabilidad, un gran sector doctrinal estima que el principio fundamental del derecho penal, "ninguna pena sin culpabilidad", es soporte de un Estado democrático de derecho, porque a nadie se le debe de imponer una pena, en tanto no esté plenamente demostrado que la conducta que ha realizado un individuo le sea reprochable. Efectivamente, bajo el amparo de dicho principio, solamente a través de un juicio previo, se le puede condenar o absolver al sujeto activo del delito.

El principio de culpabilidad es base y dogma en todo Estado democrático de derecho, constituye, de los elementos integrantes del delito, el que con mayor eficacia garantiza, al impedir sancionar a un individuo cuando su conducta no sea reprochable. Esta afirmación ya ha sido expuesta con la mayor elegancia, al decir que:

181. Roxin, *Introducción al derecho*, 22.

> La culpabilidad es la piedra de toque de todo derecho penal que se adjetive de libertad y democrático, pues la culpabilidad es, de todos los elementos del delito, de todos sus caracteres, el que mejor determina, resguarda y garantiza el derecho democrático, porque podríamos afirmar, de una manera terminante, que no puede haber delito ni responsabilidad, sin que haya un hombre culpable.[182]

El principio del hecho, al igual que los anteriores, es de suma importancia y, según este, hay dos principios que se colocan frente a frente en el derecho penal: uno en cuanto considera a la conducta o hecho cometido por el hombre, el otro estimulando a la persona en sí. En la primera posición se toma en cuenta la conducta o hecho olvidando quién lo realiza. Esta posición la explica de una manera precisa Rodríguez Mourullo, cuando dice que, de acuerdo con este principio del hecho, "se sanciona al hombre por lo que hace y no por lo que es".[183] La segunda posición desestima la realización del elemento material y considera única y exclusivamente la personalidad del delincuente, lo que es propio de los Estados totalitarios.

Es de una enorme importancia el tomar partido por uno o por otro de los principios enunciados, pues, como se ha sostenido:

> La distinción entre ambos tipos de derecho penal no es solo una cuestión sistemática, sino también fundamentalmente política. Solo un derecho penal basado en el hecho cometido puede ser controlado y limitado democráticamente. El derecho penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una ideología totalitaria, conduciendo, en última instancia, a la tesis "amigo-enemigo" tan cara a la ideología nazi.[184]

182. Luis Jiménez de Asúa, *Bases para una Restauración del derecho penal democrático* (México: Lerner, 1957), 47-48.
183. Rodríguez Mourullo, *Derecho penal* (Madrid: Reus, 1967), 51.
184. Muñoz Conde, *Introducción al derecho*, 84.

Por lo que respecta al principio de lesividad, este constituye el fundamento axiológico del primero de los tres elementos sustanciales o constitutivos de delito: la naturaleza lesiva del resultado, es decir, de los efectos que produce.

La absoluta necesidad de las leyes penales resulta condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos, según el principio recogido en el axioma *nulla necessitas sine iniuria* y en la consiguiente tesis *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*.

Tradicionalmente, los autores vieron en el daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas. Solo así las prohibiciones al igual que las penas pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes, en el marco de una concepción más general —el derecho penal— como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Naturalmente, ni el principio de lesividad ni el de necesidad pueden determinar con precisión la naturaleza y la cuantía del daño que hace necesaria, en cada caso, la prohibición jurídica en el ámbito penal, y aún más específicamente, la que toma forma de delito y no de simple contravención.

Pero el principio de lesividad impone a la ciencia y a la práctica jurídica precisamente la carga de demostrar cuales son los fines de la pena. La necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo.

Palabras como "lesión", "daño" y "bien jurídico" son claramente valorativas, por lo que decir que un determinado objeto o interés es un "bien jurídico" y que su lesión es un "daño" es tanto como formular un juicio de valor sobre él, así como decir que es un "bien penal" significa además manifestar un juicio de valor que avala la justificación de su tutela, recurriendo a un instrumento extremo, que es la sanción.

Un objeto debe ser considerado como un bien jurídico penal cuando esté bien justificada su tutela por esta rama del derecho y que, aún más, el valor que al mismo se asocia, debe ser superior al que se atribuye a los bienes ajenos a las penas.

Bajo este aspecto, la cuestión del bien jurídico lesionado por el delito no es distinta de la de los fines del derecho penal; se trata de la esencia misma del problema de su justificación, considerada no ya desde los costes de la pena, sino desde los beneficios, cuyo logro pretende.

Por ello, resulta aquí importante citar el postulado político fundamental del liberalismo penal, que excluye tanto la justificación meramente instrumentalista o utilitarista como la consensualista o democrática de las decisiones punitivas: "no se puede sacrificar la libertad de un hombre de quien no se haya verificado la responsabilidad penal, al interés o a la voluntad de todos".

Finalmente, debemos señalar que el bien jurídico penal debe completarse con los elementos del tipo penal que lo conforman; es decir, el tipo penal es el conjunto de elementos objetivos y subjetivos que describen las características del delito, que protege el bien jurídico penal.

En este sentido, los elementos normativos pueden ser de dos clases, a saber:

a) Jurídicos cuando el tipo penal describe específicamente palabras como: cheque, cosa ajena, inmueble, etcétera.
b) Culturales cuando el tipo penal hace alusión a consideraciones como: casta y honesta.

Además, algunos otros delitos pueden comprender elementos subjetivos específicos. Dentro de estos se consideran los fines, ánimos, tendencias, propósitos y las intenciones diversas del dolo.

También, en otras ocasiones, el tipo penal requiere una calidad específica en el sujeto activo o pasivo y se les denomina como "delitos específicos propios". Cuando el tipo penal no requiere calidad

específica en el sujeto activo o pasivo de la acción, estamos en presencia de los llamados "delitos impropios", los cuales pueden ser cometidos por cualquier persona o en contra de cualquier persona.

En ocasiones el tipo penal exige ciertos medios utilizados para su comisión, es decir, cuando el tipo refiere adjetivos calificativos, o bien se hace referencia a las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, y en algunos otros a referencias espaciales, temporales y de ocasión. A saber, las referencias espaciales son las que mencionan el lugar; las temporales son las que hacen alusión a un momento determinado; se consideran de modo todas aquellas circunstancias agravantes y atenuantes, y las de ocasión son referencias especiales para cometer el delito, el aprovechamiento de una ocasión extraordinaria.

También es importante señalar que el delito puede ser de los denominados formales o materiales. Son delitos formales o de simple conducta aquellos que se consuman con la realización de la conducta —portación de arma—; y delitos materiales o de resultado aquellos que al momento de su consumación producen un cambio en el mundo exterior —homicidio—.

Para concluir —como se ha venido sosteniendo—, para que tome vida una conducta con carácter de delito, debe de lesionar o poner en peligro injustamente el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

CAPÍTULO SEXTO

VIOLACIÓN AL DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

El procedimiento penal acusatorio en la República Mexicana

En este capítulo analizaremos desde un punto de vista axiológico cómo está configurado actualmente el procedimiento penal acusatorio, previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por lo tanto, ese juicio de valor lo haremos a través de críticas propositivas a nuestra Constitución, así como al CNPP, a la LNSIJPA y a la LGDNNA. Esto se concatenará con las disposiciones de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, Ley Nacional de Ejecución Penal, así como con los instrumentos y tratados internacionales que son ratificados por el Estado mexicano en materia de protección a los derechos humanos de los gobernados y, por supuesto, al interés superior del niño. Este se encuentra protegido por el párrafo noveno del artículo 4.° de nuestra Ley Fundamental, mismo que obliga a que:

> En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.[185]

Con base en lo anterior, verificaremos si las disposiciones de nuestro Estatuto Magno y las leyes citadas protegen el derecho a la presunción de inocencia del justiciable para, de esa manera, comprobar si son acordes al espíritu de un Estado de derecho democrático, social y garantista y, además, que sean acordes con las disposiciones internacionales. De tal guisa, haremos principal énfasis en el tema de la protección de "los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos"[186] y conferidos a los menores de edad.

La comisión de un ilícito de carácter penal trae aparejada en forma natural la intervención de las instituciones gubernamentales encargadas de la investigación del delito y la persecución del sujeto activo del mismo, su procesamiento y la sentencia correspondiente, en la cual se debe declarar culpable y responsable al imputado, o bien declararlo inocente.

Como es obvio suponer, la intervención del Ministerio Público en la investigación de un hecho tipificado como delito solamente está permitida cuando la *notitia criminis* legalmente toma vida a través de una denuncia para todos los delitos que se persiguen de oficio, o de una querella, para aquellos que se persiguen por queja de parte interesada. Esto respecto al hecho que la ley señale como delito y obren

185. CPEUM, art. 4, párr. 9.
186. CPEUM, art. 18, párr. 4.

datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, de conformidad a lo señalado en el párrafo tercero del artículo 16 de la Constitución Política.

La intervención del Ministerio Público está delimitada a conductas que estén previstas como delito, de conformidad al contenido de los párrafos primero, segundo, tercero y séptimo del artículo 21 de la misma Constitución General, el cual determina que "la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, que actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función".[187] Así, el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público, sin embargo, hoy en día, los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial en los casos en que la ley lo determine, señalando con exactitud, además, "que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial",[188] autorizando al Ministerio Público para considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

Etapas del procedimiento penal

En el artículo 211 del CNPP, se señalan con exactitud las etapas en las que se divide el procedimiento penal acusatorio. Estas son la investigación inicial —que comienza con la presentación de la denuncia, querella u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule imputación— y la investigación complementaria —que inicia con la audiencia de formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación—. Posteriormente, sigue la etapa intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y la de juicio,

187. CPEUM, art. 21.
188. CPEUM, art. 21.

que inicia con el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el tribunal de enjuiciamiento. Además, se señala en dicho artículo que la investigación no se interrumpe ni se suspende durante el tiempo en que se lleve a cabo la audiencia inicial hasta su conclusión o durante la víspera de la ejecución de una orden de aprehensión. El ejercicio de la acción inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia.[189] Con esto, el Ministerio Público no perderá la dirección de la investigación, y el proceso dará inicio con la audiencia inicial y terminará con la sentencia firme.[190]

Investigación inicial

Las obligaciones que le impone el CNPP al Ministerio Público se señalan en el artículo 131, y especifican que, en la investigación de los delitos, vigile que se cumpla estrictamente con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados. Obviamente tiene la obligación, entre otras, de recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral, por escrito o a través de medios digitales. Sin embargo, resalta lo arbitrario que resulta el hecho que se le autorice a recibir denuncias anónimas, lo cual está prohibido constitucionalmente, pues da lugar a pesquisas o, como coloquialmente se denomina, a la "cacerías de brujas".

De la misma forma, el Ministerio Público tiene la obligación constitucional de ejercer la conducción y el mando de la investigación de los delitos, por lo que deberá coordinar a las policías y a los peritos durante la misma; solicitar al órgano jurisdiccional la autorización de actos de investigación y demás actuaciones que sean necesarias dentro de la misma; ordenar la detención y la retención de los imputados

189. Lo cual contraviene a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 335 del CNPP, que a la letra señala que "una vez concluida la fase de investigación complementaria, si el Ministerio Público estima que la investigación aporta elementos para ejercer la acción penal contra el imputado, presentará la acusación".

190. CNPP, art. 211.

en los términos que establece el mismo CNPP; brindar las medidas de seguridad necesarias, a efecto de garantizar que las víctimas u ofendidos o testigos del delito puedan llevar a cabo la identificación del imputado sin riesgo para ellos; determinar el archivo temporal y el no ejercicio de la acción penal, así como ejercer la facultad de no investigar en lo casos autorizados, así como ejercitar la acción penal; decidir la aplicación de criterios de oportunidad, así como promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, en los casos previstos en el citado Código; solicitar las medidas cautelares aplicables al imputado en el proceso, en atención a las disposiciones conducentes, y promover su cumplimiento, actuar en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

El Ministerio Público está facultado para iniciar una investigación de un hecho que esté tipificado como delito, en términos de lo ordenado por el artículo 21 constitucional, siempre y cuando exista una denuncia o una querella, por medio de la cual se le haga de su conocimiento, en términos de lo señalado por los artículos 212, 213, 214, 221 y 222 del CNPP. Cuando el Ministerio Público tenga conocimiento, a través de la *notitia criminis* formal, de la existencia de un hecho que la ley señale como delito, dirigirá la investigación penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos autorizados en la misma. Además, deberá de reunir los indicios para el esclarecimiento de los hechos y, las prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño.

Cabe hacer hincapié en que toda persona a quien le conste que se ha cometido un hecho probablemente constitutivo de un delito está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y, en caso de urgencia, ante cualquier agente de la policía. Esto obliga a los servidores públicos a que, en ejercicio de sus funciones, tengan conocimiento de un hecho que la ley señale como delito y, de no hacerlo, serán

acreedores a las sanciones correspondientes. Se exceptúan desde luego de denunciar a quienes:

> Al momento de la comisión del delito detenten el carácter de tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario, conviviente del imputado, los parientes por consanguinidad o por afinidad en la línea recta ascendente o descendente hasta el cuarto grado y en la colateral por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive.[191]

La división que realiza el CNPP en la investigación del delito en las formas inicial y complementaria, señalada en el artículo 211 de dicho Código, como se ha sostenido, es a todas luces innecesaria e inconstitucional.

En efecto, la reforma constitucional de 2008, en teoría, era un primer paso para seguir ajustando el nuevo procedimiento penal a las exigencias del gobierno americano, para que nuestro proceso penal empatara con el de los EUA. Sin embargo, como se ha manifestado, no se siguieron realizando los cambios a modo; ergo, la idea de judicializar una investigación inicial no se llevó a cabo.

La realidad fue otra, el citado artículo 16 de nuestra Carta Magna no sufrió cambios trascendentales, sino que solamente fueron de maquillaje, ello debido a la oposición de nuestros representantes en el Congreso General, de disminuir los requisitos exigidos por el multicitado artículo 16 constitucional, para judicializar una investigación.

Con lo expuesto anteriormente, se advierte fehacientemente que el Ministerio Público o fiscal en el periodo de investigación inicial, como órgano técnico de la acusación, requiere necesariamente para consignar aquella tener por acreditados los elementos que señala el artículo 16 de la propia Constitución; es decir, que "obren datos en la investigación que establezcan que se ha cometido un hecho que

191. CNPP, art. 222, párr. 4.

la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión".[192]

De tal guisa, el Ministerio Público está obligado a acreditar los requisitos descritos en dicho numeral. Entonces, la única forma en que se puede acreditar que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito es que estén fehacientemente comprobados todos los elementos que constituyen el tipo penal en específico y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. Esto solamente se puede realizar a través de pruebas suficientes que acrediten todos y cada uno de los elementos del ilícito penal de que se trate, en estricto apego al principio de precisión de tipo previsto en el párrafo tercero del artículo 14 de nuestra Constitución general, que expone que:

> A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.[193]

En otras palabras, en estricto respeto a los derechos humanos del justiciable, a partir de la reforma constitucional de 2011 y con base en los principios de precisión de tipo, de defensa adecuada, de inocencia, debido proceso y *pro persona*, entre otros, no tiene cabida en el procedimiento penal acusatorio la división de la investigación en los términos señalados por el CNPP.

Actuar de una manera diferente trae aparejado una flagrante violación a los derechos humanos en contra del imputado y, por ende, violación al principio de presunción de inocencia, debido proceso y *pro persona* de conformidad con lo previsto por el artículo 1° de la Constitución Política, con base a la reforma de nuestra Constitución

192. CPEUM, art. 16, párr. 3.
193. CPEUM, art. 14, párr. 3.

General de 2011, en la cual se elevaron el reconocimiento de los derechos humanos a nivel constitucional y se abandonó el añejo concepto de garantías individuales.

Por lo que respecta a las policías, estas actuarán bajo la conducción y mando del Ministerio Público, por lo tanto, sus facultades son meramente investigadoras y subordinadas al Ministerio Público que es su titular, independientemente de que el CNPP le autorice a la policía a recibir denuncias.

La justicia alternativa y restaurativa

Con el objetivo de robustecer la obligación que tiene el Ministerio Público de comprobar todos los elementos del delito y la probable responsabilidad del imputado, antes de realizar la consignación correspondiente de su investigación al órgano jurisdiccional, el CNPP le autoriza a proponer medios alternos para la solución del conflicto en ciertos casos, lo cual permite admitir que el órgano técnico de la acusación tiene la seguridad de la existencia de un delito, de lo contrario, no podría proponer dicha vía. En otras palabras, al Ministerio Público solamente se le autoriza investigar conductas tipificadas como delitos, en términos de lo previsto por los artículos 14 y 21 constitucionales, por lo que le queda prohibido intervenir en asuntos que no sean de su competencia, resultando absurdo que, en el campo forense, algunos "especialistas" señalen que las fiscalías deben de investigar conductas con apariencia de delitos, lo cual únicamente refleja su ignorancia supina en la materia

En suma, la creación de los centros alternativos de justicia dependientes de las fiscalías generales de justicia penal, corroboran que la representación social, tiene todo el tiempo necesario, en la mayoría de los casos, para realizar a profundidad la investigación correspondiente, a excepción de los casos de flagrancia o caso urgente, cuya investigación, por su propia naturaleza, se encuentra robustecida, precisamente por la intervención oportuna de detener al probable responsable en el momento de la comisión del delito.

Cabe recordar que, a partir de la reforma constitucional de 2008, se reconocen los mecanismos alternativos de resolución de controversias (MARC) o formas alternativas de justicia, plasmados en el artículo 17 en sus párrafos tercero, quinto, sexto y séptimo. Esto aplica para cualquier rama del derecho, incluyendo la penal, y se relaciona estrechamente con el artículo 18, párrafos cuarto, quinto y sexto, tratándose de menores de edad. Asimismo, se destaca que, "siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales",[194] además de autorizar en las leyes respectivas los mecanismos alternativos de solución de controversias. Con esto, se acentúa que en materia penal se regulará su aplicación, se asegurará la reparación del daño y se establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Con relación al sistema integral de justicia para los adolescentes, las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de dicho sistema resaltando que

> El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda; también podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito.[195]

Específicamente, en materia penal, la justicia alternativa, está regulada tanto en el CNPP, como en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, y en materia de menores de edad se encuentra codificada en el Capítulo IV y Libro Segundo de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

194. CPEUM, art. 17, párr. 3.
195. CPEUM, art. 18, párr. 6.

Cabe hacer hincapié en que los medios alternativos de solución a los conflictos en materia penal fueron creados para resarcir el tejido social, sin embargo, lo cierto es que, dichos medios alternativos deben de campear en otras ramas del derecho, pero no en materia penal. Lo anterior tiene su fuente en la necesidad de tipificar ciertas conductas en materia penal, que cumplan con los requisitos necesarios para poder tener esa característica y cuya finalidad es la de evitar que en lo futuro conductas como esas se sigan produciendo; no solamente se trata de premiar al delincuente si repara el daño ocasionado, en atención a que las fiscalías generales de justicia penal y los órganos jurisdiccionales en dicha materia no son agencias de cobro. En la especie, aunque sea una persona en lo particular la que resulte afectada, el derecho penal es de orden público y su finalidad es proteger la convivencia pacífica en sociedad, a través del principio de la *ultima ratio*.

Recapitulando, los medios alternativos de solución a los conflictos en materia penal se pueden activar desde el inicio de la investigación y remitirlos, dependiendo la denominación que se les otorgue, al centro de justicia alternativa dependiente de la fiscalía general de justicia de los diferentes estados de la República mexicana o a nivel federal. Este último está constituido como una instancia especializada que genera soluciones a los conflictos en materia penal en los delitos que la ley lo permita, involucrando a las partes voluntaria y proactivamente en métodos alternos.

De la misma manera, a nivel estadual existen centros de justicia alternativa, que dependen de cada uno de los tribunales de justicia a nivel nacional. Estos cuentan con autonomía técnica y gestiva, y se instituyen para administrar y substanciar los métodos alternos de solución de controversias —particularmente la mediación— para la atención de los conflictos de índole jurídico, en especial, los de naturaleza penal y de justicia para adolescentes entre particulares.

De este modo, la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal determina que dicha Ley es orden público e interés social y de observancia general en todo el

territorio nacional. Asimismo, tienen por objeto establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal que conduzcan a las soluciones alternas previstas en la legislación procedimental penal aplicable, que sean competencia de los órdenes federal y local, con la finalidad de llegar a un acuerdo reparatorio celebrado entre los intervinientes que ponga fin a la controversia total o parcialmente, utilizando como mecanismos de dicha solución a la mediación, la conciliación y la junta restaurativa.

Por otro lado, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes regula los mecanismos alternativos, en el artículo 68, tanto a nivel ministerial como judicial. Sus facilitadores deben de estar certificados conforme con la Ley de Mecanismos Alternativos, y deben contar con la especialización respectiva en justicia para adolescentes. Su finalidad es la de:

> Regular los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de justicia penal para adolescentes, que puedan derivar en un acuerdo reparatorio o en un plan de reparación y propuesta de condiciones por cumplir para una suspensión condicional del proceso".[196] Por otro lado, "los acuerdos reparatorios procederán en los casos en que se atribuyen hechos previstos como delitos, en los que no procede la medida de sanción de internamiento.[197]

Con base en lo anterior, debemos puntualizar que, en la *praxis*, la justicia alternativa en materia penal y sobre todo en asuntos con personas en desarrollo ha dado lugar a corruptelas, por la discreción de dichos asuntos y principalmente por la falta de publicidad en las audiencias. Al respecto, el artículo 32 refiere que:

196. LNSIJPA, art. 82.
197. LNSIJPA, art. 95.

> Artículo 32. Publicidad. Todas las audiencias que se celebren durante el procedimiento y la ejecución de medidas se realizarán a puerta cerrada, salvo que la persona adolescente solicite al Órgano Jurisdiccional que sean públicas, previa consulta con su defensor. El Órgano Jurisdiccional debe asegurarse que el consentimiento otorgado por la persona adolescente, respecto a la publicidad de las audiencias, sea informado.[198]

Con esto, los asuntos en donde los mecanismos alternativos no son procedentes se hacen efectivos, con lo que se enmascara la realidad, pues aparentemente hay una disminución de asuntos relativos a menores de edad. Sin embargo, en la realidad, lo que sucede es que en las procuradurías o fiscalías tanto a nivel local como federal se "arreglan o se negocian" los asuntos a través de los medios alternativos, sin que en la especie pudieran proceder, provocando con ello que las investigaciones no se consignen; o bien, una vez consignadas, pasa lo mismo con dichos mecanismos a nivel del órgano jurisdiccional, en atención a que dichas salidas no están sujetas a revisión.

Además de las corruptelas, las disposiciones de los medios alternos con relación a la justicia penal para menores comprenden varias combinaciones de normas que, aplicando lo que más beneficia al sujeto activo del delito, se autorizan a resolver cualquier ilícito a través de los medios alternos. Esto se basa en que los acuerdos reparatorios proceden en beneficio de menores que pertenezcan al grupo etario I, es decir, en aquellos menores que se encuentren comprendidos en el rango de edad entre doce años cumplidos y menos de catorce años. En estos casos no existe medida de sanción de internamiento para dichos adolescentes, en términos de lo dispuesto por el artículo 145, párrafo primero de la de la LNSIJPA, la cual señala que "en ningún caso podrán imponerse medidas de sanción privativa de libertad a la

198. LNSIJPA, art. 32.

persona que al momento de la comisión de la conducta tuviere entre doce años cumplidos y menos de catorce años".[199]

Entonces, de conformidad con lo previsto por el artículo 95 de la Ley Nacional en cita, "los acuerdos reparatorios procederán en los casos en que se atribuyen hechos previstos como delitos, en los que no procede la medida de sanción de internamiento de conformidad con esta Ley",[200] es decir, en todo tipo de delitos. Esto es inaceptable, por tanto, se insiste en la creación de un Código Penal nacional para menores.

Justicia alternativa

Respecto a la justicia alternativa, Ivonne Nohemí Díaz Madrigal señala:

> Conforme a Lode Walgrave, la justicia se puede clasificar según el elemento que se atiende con prioridad, en: retributiva (el crimen); rehabilitadora (el delincuente), y restaurativa (la reparación del daño). En función de lo focalizado, también serán distintos los medios empleados, el modelo retributivo utiliza la imposición de castigo; el rehabilitador, el tratamiento, y podríamos afirmar que el restaurativo, el diálogo.[201]

Asimismo, la autora explica que los procesos restaurativos son aquellos en donde la víctima, el ofendido, el delincuente y, si procede, cualquier otra persona afectada por el delito participen en conjunto y de manera activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito. Esto, entonces, con la ayuda de un tercero imparcial que pueda propiciar el diálogo entre ellos. El objetivo es buscar la reparación del daño a favor de la víctima, la reinserción del sujeto activo del delito a la sociedad y también el servicio a la comunidad.

199. LNSIJPA, art. 145.
200. LNSIJPA, art. 95.
201. Díaz Madrigal, *La mediación*, 33.

Mediación

Para comentar acerca del tema de la mediación, lo primero que debemos hacer es recurrir a su concepto. Así, la mediación se puede definir como la acción o efecto de mediar. En ese sentido, a su vez, necesitamos saber qué se entiende por mediar.

Mediar tiene como uno de sus significados el de interponerse o interferir entre dos o más personas que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad, o bien tomar un término medio entre dos extremos, para lograr un acuerdo.

La mediación con alcances jurídicos comprende un método alternativo de resolver conflictos de índole legal, el cual tiene como finalidad intrínseca, arribar a la solución integral de un conflicto entre partes, que pueden ser dos o más personas, sean físicas o morales e inclusive entre Estados. La mediación adquiere características especiales según se trate de conflictos locales, internacionales, sociales, colectivos o individuales, evitando de este modo llegar a la instancia jurisdiccional.

También es un proceso voluntario en el que dos o más partes involucradas en un conflicto trabajan con un profesional imparcial, denominado mediador o facilitador, —generando libremente sus propias soluciones sin violencia o presión— para resolver sus diferencias y así llegar a un acuerdo que ponga fin al problema sometido a mediación. Es decir, consiste en la intervención de un tercero denominado mediador en un conflicto —con el fin de facilitar el acercamiento de las partes enfrentadas y promover un proceso de negociación que permita arribar a un acuerdo consensuado y aceptado por las partes que ponga fin al conflicto— quien debe ser un sujeto lo suficientemente experimentado en el tema relacionado al conflicto que se quiere solucionar; obviamente, en cuestiones de índole jurídica, debe ser un profesionista en la ciencia jurídica, quien debe estar certificado como mediador.

La mediación está estructurada por principios rectores que no son del todo absolutos, ya que la esencia misma de la mediación es

mantener un grado de adaptabilidad en la solución del conflicto a través de la flexibilidad. La mediación se distingue de otros sistemas alternativos de resolución de conflictos como la conciliación y el arbitraje porque no requiere de la participación de un juez o tribunal. El mediador debe cerciorarse de que las partes en conflicto comprendan el alcance del acuerdo, así como los derechos y obligaciones que de este se deriven; verificar que las partes participen de manera libre y voluntaria, exentos de coacciones o de cualquier otra influencia que vicie su voluntad; mantener la confidencialidad de la información a la que tenga acceso en el ejercicio de su función; vigilar que en los acuerdos propuestos no se afecten derechos de terceros, intereses de menores, incapaces, disposiciones de orden público o interés social y, en todo caso, excusarse de intervenir en asuntos en los que se vea afectada su imparcialidad.

En la reforma constitucional de 2008, se plasmaron en el párrafo quinto del artículo 17 de la Constitución los mecanismos alternativos de solución de controversias. Actualmente el Estado mexicano cuenta, como lo hemos señalado, con la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. Esta entró en vigor a partir del 29 de diciembre de 2014 y prevé la figura de la mediación dentro de los mecanismos alternativos, previstos en el artículo 3.°, fracción IX de dicha Ley, cuyos principios rectores están relacionados en su artículo 4.°, los mismos que rigen en toda mediación.

La mediación en materia penal, como en cualquier otra rama del derecho, tiene como finalidad, a más de resolver el conflicto entre las partes involucradas, evitar una sobrecarga a los tribunales, con lo cual se logra un doble beneficio: lograr el acuerdo entre las partes y evitar el gasto inútil que conlleva un proceso largo y tedioso. Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.° de la multicitada Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, se reconoce que los mecanismos alternativos podrán ser aplicados desde el inicio del procedimiento penal y hasta

antes de dictado el auto de apertura a juicio o antes de que se formulen las conclusiones.

Los principios que rigen la figura de la mediación son los de independencia, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, respeto a la ley, flexibilidad, simplicidad, honestidad y equidad. Así, la actividad del mediador bajo dichos principios garantiza a las partes que lo que se va a convenir para lograr un acuerdo que ponga fin al conflicto es precisamente dejar plasmada su libre voluntad.

Ahora bien, lo que sí puede hacer el mediador es exhortar a las partes a que el contenido del acuerdo que deseen plantear sea lo más equitativo posible; con ello, se respeta la voluntad de las partes, pero también el mediador cumple con su función social de evitar un abuso en contra de alguna de las partes.

El mediador debe aprovechar la voluntad de las partes de aceptar la figura de la mediación, ya que es obvio suponer que están interesados en ella; por lo tanto, no debe dejar pasar dicha oportunidad. Debe convencer a las partes de que la mediación es la última oportunidad que tienen de obtener una decisión negociada, de lo contrario, recurrir a un tercero con poder decisorio implica acatar la resolución pronunciada por un juez o árbitro, cuyas decisiones obligan a las partes, e implica que una de ellas sea ganadora y la otra perdedora, a diferencia de la mediación que busca obtener una solución válida para ambas partes; bajo esas premisas, la mediación no juzga. La finalidad no es determinar la responsabilidad del imputado, sino arreglar las diferencias entre los actores del delito, en forma constructiva.

En relación con la víctima, la mediación penal persigue tres objetivos:

1) Reparación o resarcimiento del daño.
2) Recuperación del sentimiento de seguridad, como forma de reparación simbólica.
3) Evitar una segunda victimización.

Los objetivos que tratan de la persona responsable son:

1) Evitar múltiples penas. Las restricciones a la libertad del responsable al declararlo culpable por el sistema legal muchas veces afectan más derechos que solo su libertad y poca atención se pone a su reinserción.
2) Evitar un resentimiento con el sistema y la sociedad que puede llevar a una reincidencia.
3) La evasión de la responsabilidad y poco o nada aprendizaje del deber de respeto a los bienes jurídicos protegidos.

En torno a la víctima, través de la mediación se procuran:

1) Asegurar su papel en el proceso (jurisdiccional o no).
2) Recuperar la confianza y seguridad vital.
3) Dejar a un lado el miedo y la incertidumbre ante futuras represalias.
4) Reparación o compensación del daño sufrido.

Por lo que respecta al tema de la mediación en delitos cometidos por menores de edad, además de las posibles corruptelas que se pueden generar, las disposiciones de los medios alternos relacionados con la justicia penal para menores comprenden varias combinaciones de normas que aplican lo que más beneficia al sujeto activo del delito y autorizan a resolver cualquier ilícito a través de los medios alternos. Esto se basa en que los acuerdos reparatorios proceden en beneficio de menores que pertenezcan al grupo etario I, pues en estos casos no existe medida de sanción de internamiento para dichos adolescentes, en términos de lo dispuesto por el artículo 145, párrafo primero de la de la LNSIJPA.

Luego entonces, de conformidad con lo previsto por el artículo 95 de la Ley Nacional en cita, "los acuerdos reparatorios procederán en los casos en que se atribuyan hechos previstos como delitos, en los

que no procede la medida de sanción de internamiento de conformidad con esta ley",[202] lo cual es inaceptable.

En suma, como corolario reiteramos nuestro punto de vista en el sentido que los códigos y leyes especiales penales respeten el principio de intervención mínima. Depurada la legislación penal, se deberá poner todo el empeño necesario dentro del periodo de investigación para lograr la conciliación entre la víctima u ofendido y el inculpado, a través de la justicia restaurativa, logrando con ello los acuerdos reparatorios, sin la necesidad de incoar un proceso penal, obviamente en asuntos en los cuales sí proceda.

Mientras tanto, hoy en día se deberá de poner todo el empeño necesario dentro del periodo de investigación para lograr la conciliación entre la víctima u ofendido y el imputado, a través de la justicia restaurativa, logrando con ello los acuerdos reparatorios, sin la necesidad de iniciar un proceso penal. Sin embargo, y como corolario de lo expresado, reiteramos nuestro punto de vista en el sentido que los códigos y leyes especiales penales deben de discriminar las conductas que no respeten el principio de intervención mínima; resultando innecesaria, en derecho penal, la figura de la justicia alternativa. Así, como lo hemos sostenido, la justicia penal no se negocia y, por lo tanto, todas aquellas conductas que no estén previstas como delito deberán de ser protegidas por otras ramas del derecho en las que la justicia alternativa tendrá un valor preponderante para solucionar los problemas de indemnización o reparación del daño, al existir en México los delitos de querella. Ergo, la víctima u ofendido pueden otorgar el mayor perdón que conforme a derecho corresponda al sujeto activo del delito, sin la necesidad de tener que recurrir a los medios alternativos de solución de los problemas, lo que en sí mismo permitirá un ahorro significativo en el gasto público.

202. LNSIJPA, art. 95.

Formas de terminación de la investigación

Dentro de las facultades con que cuenta el Ministerio Público en la etapa denominada investigación inicial, se encuentra la facultad de abstenerse de investigar los hechos de los que tuvo conocimiento cuando los mismos no fueren constitutivos de delito, o bien ordenar el archivo temporal de la investigación por falta de elementos para perfeccionar la misma, y de no ejercitar la acción penal cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la acción penal o la responsabilidad penal del imputado, en términos de los dispuesto en los artículos 253, 245 y 255 del CNPP.

Por consiguiente, e independientemente de que al Ministerio Público se le autoriza recurrir a la justicia alternativa, para solucionar el problema constitucionalmente también le está permitido privilegiar la solución del conflicto en forma práctica, sobre los formalismos procedimentales, en términos de lo ordenado por los artículos 17, párrafos tercero y quinto, y 21, párrafo séptimo de la Constitución.

Lo anterior implica no solamente motivar a las partes a llegar a un acuerdo satisfactorio en determinados delitos en los términos mencionados, sino que, so pretexto de los dispositivos constitucionales arriba señalados, el artículo 256 del CNPP le permite hacer un uso indiscriminado de facultades no propias de su función, para llevar a cabo los denominados criterios de oportunidad, lo cual no solamente es inconstitucional, sino que plasma una verdadera política criminal y no anticriminal.

Para tener una visión clara de las aberraciones plasmadas en el CNPP sobre el particular, es necesario transcribir el artículo correspondiente, a saber:

> Artículo 256. Casos en que operan los criterios de oportunidad.
>
> Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público podrá abstenerse de ejercer la acción penal

con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

I. Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad, cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia.
II. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares.
III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena.
IV. La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo que carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que podría imponerse por otro delito por el que esté siendo procesado con independencia del fuero.
V. Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio.
VI. Cuando, a razón de las causas o circunstancias que rodean la comisión de la conducta punible, resulte desproporcionada o irrazonable la persecución penal.
VII. Se deroga.

> No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público. Para el caso de delitos fiscales y financieros, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de la Procuraduría Fiscal de la Federación, únicamente podrá ser aplicado el supuesto de la fracción v, en el caso de que el imputado aporte información fidedigna que coadyuve para la investigación y persecución del beneficiario final del mismo delito, tomando en consideración que será este último quien estará obligado a reparar el daño.
>
> El Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código, así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente.
>
> La aplicación de los criterios de oportunidad podrá ordenarse en cualquier momento y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio.
>
> La aplicación de los criterios de oportunidad deberá ser autorizada por el Procurador o por el servidor público en quien se delegue esta facultad, en términos de la normatividad aplicable.[203]

Con base en lo anterior, debemos puntualizar que, en la *praxis*, la justicia alternativa en materia penal y sobre todo en asuntos con personas en desarrollo, ha dado lugar a corruptelas, por la discreción de dichos asuntos y, principalmente, por la falta de publicidad en las audiencias, con lo cual asuntos en donde los mecanismos alternativos no son procedentes se hacen efectivos y, como se ha sostenido, se enmascara la realidad, ya que aparentemente hay una disminución de asuntos relacionados con menores de edad. Sin embargo, lo que sucede es que, en las procuradurías o fiscalías, tanto a nivel local como federal se "arreglan" los asuntos a través de los medios alternativos,

203. CNPP, art. 256.

sin que en la especie pudieran proceder, provocando con ello que las investigaciones no se consignen, o bien, una vez consignadas, pasa lo mismo con dichos mecanismos a nivel del órgano jurisdiccional, en atención a que dichas salidas no están sujetas a revisión.

En efecto, lo dispuesto con antelación no justifica la finalidad del derecho penal, que es la de sancionar a quien haya cometido un delito; luego entonces, si el asunto puede resolverse de manera diferente, es decir, que sea otra rama del derecho la que se encargue del asunto y no el fiscal sin previo juicio solucione el problema.

Con base en lo anterior, la justicia toma vida en el sistema anglosajón como infalible, ya que su récord en los fallos se vuelve inmaculado, al no detectarse error judicial alguno. Sin embargo, no existe nada más arbitrario que el hecho de transigir con la justicia, ya que, en muchas ocasiones, independientemente que el inculpado sea o no el responsable del delito, se ve obligado a aceptar lo que no le corresponde, con la finalidad de evitar arriesgarse a sufrir una arbitrariedad mayor por parte de la autoridad administrativa —una condena severa—. Lo anterior no solamente es injusto, sino que contribuye a crear impunidad, toda vez que, en algunos casos, el verdadero responsable del delito no sufre los embates de la amenaza penal, ya que otra persona a su favor lo sustituyó.

Con el reconocimiento de los derechos humanos en la Constitución General de la República, las imputaciones realizadas por el órgano técnico de la acusación en contra del inculpado deben hacerse del conocimiento de este, desde el periodo de investigación inicial, así como durante todo el proceso, es decir, en cualquier otra etapa procesal, y no solamente buscar su confesión como panacea para resolver el asunto.

En efecto, la *praxis* forense viciada con relación a este punto es que tanto la representación social como el juez por lo general presionan o, en el mejor de los casos, sorprenden o tratan de sorprender al probable responsable, para obtener de este una confesión de los hechos, en lugar de cumplir con la obligación constitucional de darle a conocer

los términos de las imputaciones realizadas en su contra y respetar, por ende, los principios de no auto incriminación, de contradicción y con ello evitar la violación al debido proceso.

Además, debemos recordar los esfuerzos de abandonar a la confesión, que se llevaron a cabo en el campo procesal penal en México durante todo el siglo pasado, como la "reina de las pruebas", al tener, como originalmente se le otorgaba, un valor probatorio pleno. En el pasado, los policías y fiscales encontraron una forma "eficaz y ágil" de encontrar la confesión del inculpado a través de la tortura, comportamiento propio de un sistema de justicia penal inquisitorio, el cual tenía como meta obtener la confesión del acusado, utilizando cualquier medio para lograr su propósito, pues, con base en ello, se pronunciaba una sentencia condenatoria que otorgaba una efectividad al fallo. Esto se contrapone fehacientemente con el sistema acusatorio en donde prevalece el principio de presunción de inocencia, mientras no se demuestre la responsabilidad plena del inculpado y debido proceso.

En otras palabras, en el sistema acusatorio la carga de la prueba está a cargo del órgano técnico de la acusación, el cual obviamente no puede valerse de coacciones de ningún tipo para obtener la confesión ya que en México eso equivale al delito de tortura. En efecto, el gobierno mexicano optó por respetar cabalmente el principio de no auto incriminación, lo que lo posiciona en una postura completamente contraria o propia de los tribunales de la Santa Inquisición, en donde al acusado se le recibían sucesivamente tres declaraciones ordinarias desde su ingreso a la prisión y en todas ellas se les exhortaba a que dijera la verdad, advirtiéndole que, cuanto mejor es la confesión, tanto más suave es la penitencia.

Recordemos que en el sistema de justicia penal anglosajón el fiscal llega a un arreglo con el inculpado para obtener de este una confesión, coaccionando moralmente al probable responsable, al ofertarle una pena atenuada o de poca monta con relación al delito que se le

imputa, en caso de obtener su "confesión" y, si no acepta, lo amenaza —coacción moral— con todo el peso de la ley sobre su persona.

Tal postura en nuestro sistema jurídico puede, en un momento determinado, no solamente ser un problema de índole procesal, sino que, en la especie, puede también ser constitutiva del delito de tortura previsto en el artículo 24 fracción I de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ya que puntualmente señala que:

> Comete el delito de tortura el Servidor Público que, con el fin de obtener información o una confesión, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medio de coacción, como medida preventiva, o por razones basadas en discriminación, o con cualquier otro fin, cause dolor o sufrimiento físico o psíquico a una persona.

Como se desprende del contenido del artículo trascrito, el delito previsto en dicha fracción es de los denominados alternativamente formados, por lo tanto, basta y sobra que la conducta del activo se adecue a uno o más de los supuestos para tipificar el delito de tortura. Además de lo anterior a nivel internacional, los ilícitos de tortura tienen la misma redacción, lo que compromete aún más la conducta del servidor público que actúe en los términos que se prevén en dichos tipos penales.

Así, el hecho de que el CNPP le permita a la autoridad administrativa de procuración de justicia, a través de los criterios de oportunidad, que se haga cargo de "juzgar" al probable responsable en una etapa temprana del procedimiento penal violenta a todas luces la facultad exclusiva de la autoridad judicial que le ha sido otorgada constitucionalmente. En otras palabras, no puede existir un procedimiento penal que proteja el principio de debido proceso, sin el reconocimiento del principio de la autonomía de las funciones procesales, es decir, no se puede prescindir de la intervención del juez, del agente del Ministerio Público, del inculpado, de su defensa y la protección de los

derechos de la víctima u ofendido; sobre todo, la intervención del juez es inexcusable para la aplicación de la ley penal y declarar el derecho. Lo anterior está consagrado en el artículo 21 de nuestra Carta Fundamental, al establecer que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

A partir de lo anterior, resulta absurdo premiar al sujeto activo del delito con dichos criterios, especialmente en la hipótesis transcrita de la fracción V del artículo 256 del Código Nacional en cita. En otras palabras, se premia al imputado por realizar cualquier delito, ya que a aquel, si no lo descubren, por obvias razones su conducta no trae aparejada consecuencia legal alguna en su contra; pero, si la investigación es acertada, basta para premiarlo que, en forma vil y cobarde, traiciona a sus compinches para que sean perseguidos por parte de la autoridad y se comprometa a reparar el daño.

Además, teleológicamente se le está obligando al imputado a declarar en su contra, es decir, hay una coacción cuando menos de índole moral al hacerle ver el fiscal que, de no aportar datos en contra de terceras personas, él saldrá perjudicado.

A últimas fechas hemos tenido conocimiento que, como en nuestro país, a verdaderos delincuentes se les deja en libertad cuando el titular de la fiscalía correspondiente hace valer a su favor algún criterio de oportunidad, no importando la gravedad del delito cometido, convirtiéndose dicho fiscal en un juez de facto que, sin previo juicio, absuelve al activo del delito. Esto es inaceptable y traerá aparejado el incremento de la comisión de más delitos por parte del exonerado así como de otros a los que les sirve de ejemplo. Además, se insiste en que las investigaciones realizadas al puro estilo de nuestros vecinos del norte se basan en suposiciones o especulaciones, sin comprobar fehacientemente el tipo penal investigado, dirigiendo su investigación al probable responsable, bajo la premisa infalible de una teoría[204] a través de hipótesis de conspiraciones, que no tienen sustento jurídico

204. La palabra 'teoría' proviene del griego *θεωρία* y se refiere a un pensamiento especulativo, que va en contra del derecho humano de presunción de inocencia.

alguno, sin la presión moral que ejercen en contra del justiciable para que acepte su responsabilidad, la cual vuelve intachable su famosa teoría del caso si acepta, pero, si no lo hace, se viene abajo porque no es una investigación científica, sino puras suposiciones.

Visualicemos el siguiente ejemplo: un sujeto comete el delito de peculado obteniendo una jugosa cantidad de dinero por varios millones de pesos. Si no se lleva a cabo una investigación exitosa, el responsable de dicho delito disfrutará de sus ganancias ilícitas libremente. Pero, por el contrario, si después de varios años de investigación se convierte en imputado, entonces basta con devolver el dinero obtenido y hacer señalamientos en contra de terceras personas, para obtener su libertad absoluta y, así, disfrutar del rendimiento del dinero libremente hasta que es ubicado. En otras palabras, esa forma por demás arbitraria de hacer "justicia", consecuentemente promueve la proliferación de delitos sin sanción, a más de provocar, por obvias razones, un aumento en actos de corrupción en las diferentes fiscalías, pues inconstitucionalmente es la autoridad administrativa la que juzga y absuelve al sujeto activo del delito, sin previo juicio, violentando el artículo 21 constitucional.

Más aún, la fuente de dicha aberración jurídica oscila en reparar el daño, no importa cuál delito ni la gravedad del mismo. Ergo, pensemos en el mismo ejemplo, pero en grado tentativa; así no hay distracción del dinero, precisamente por ser tentativa y, luego entonces, el sujeto activo del delito puede, sin empacho alguno, volver a intentar otro ilícito, sin tener nada que reparar, porque no hubo disposición del dinero.

Consideramos que, si el sujeto activo del delito se arrepiente del ilícito cometido, confiesa "libremente" y colabora con la autoridad administrativa, luego entonces, al mismo se le podría reducir la sanción previo juicio, pero no premiarlo en la forma anticipada como actualmente se prevé.

Ante esto, reflexionemos acerca de la sanción penal, que según los especialistas sirve por una parte en forma retributiva y por la otra

como prevención general para evitar la comisión de nuevos delitos. La justicia retributiva o retribucionismo es una teoría de la justicia —y más en concreto una teoría de la pena— que sostiene que la retribución proporcional es una respuesta moralmente aceptable a la falta o crimen, independientemente de que esta medida produzca o no beneficios o perjuicios tangibles. Luego entonces, si al premiar al delincuente en la forma prevista por el CNPP, exonerándolo sin previo juicio y torturándolo moralmente para que realice señalamientos cobardes en contra de sus cómplices se logra su reinserción, bastaría que en todos los delitos se aplique dicha fórmula y así se acabaría con la delincuencia.

Con lo expuesto, se advierte fehacientemente que el Ministerio Público o fiscal como órgano técnico de la acusación durante el periodo de investigación inicial requiere para consignar aquella tener por comprobados fehacientemente todos los requisitos señalados por el artículo 16 de la Constitución. En otras palabras, la representación social tiene la obligación de acreditar los extremos descritos en dicho numeral.

Por lo tanto, la única forma en que se puede acreditar que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito es que estén debidamente comprobados todos y cada uno de los elementos que constituyen el delito y respetar el principio de precisión de tipo. Esto es que la conducta del sujeto activo encuadre perfectamente a todos y cada uno de los elementos del tipo penal de que se trate y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, lo cual solamente se puede realizar a través de pruebas, recolectadas por el Ministerio Público, que tienen todo el valor que se les debe otorgar por ser actos de autoridad en funciones, de conformidad con nuestro sistema jurídico, y no darle credibilidad a una pretensión infundada del CNPP, de desconocer el valor de las mismas en una etapa temprana del procedimiento penal.

Reflexionemos acerca de que, si dichas actuaciones no tienen valor, la pregunta obligada es ¿cómo podrá acreditar el Ministerio

Público, en el periodo de investigación inicial, los elementos anteriores? Pensemos en el delito de homicidio: ¿cómo se puede acreditar que una persona fue privada de su vida si no hay pruebas que así lo determinen —necropsia—? En otras palabras, se necesita estar debidamente comprobado el hecho de que una persona fue privada de la vida para poder arremeter en contra del probable sujeto activo del delito de homicidio y la única forma de acreditar el mismo es a través de pruebas, no de suposiciones, teorías o especulaciones, de lo contrario, se insiste, los principios de precisión de tipo y, por ende, de debido proceso y *pro persona* se encontrarían aniquilados con la disposición inconstitucional de una ley secundaria como lo es el CNPP.

Actuar de una manera diferente trae aparejado una flagrante violación a los derechos humanos en contra del imputado y, por ende, violación, como se ha mencionado, entre otros, a los principios de presunción de inocencia, debido proceso, de seguridad jurídica, de legalidad y *pro persona* de conformidad con lo previsto por el artículo 1.° de la Constitución Política, con base en la reforma a nuestra Constitución General de 2011. En esta, se elevaron, como ya se mencionó, el reconocimiento de los derechos humanos a nivel constitucional y se abandonó el añejo concepto de garantías individuales.

Asimismo, el juez de control se va a enfrentar con la misma problemática que la representación social al momento de decretar el auto de vinculación a proceso o de libertad del imputado dentro del plazo constitucional, ya que aquel es la base del procedimiento penal acusatorio. Lo anterior lo corrobora el contenido del párrafo primero del artículo 19 constitucional, ya que impone la obligación al órgano jurisdiccional que, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, tiene la obligación de justificar su detención con:

> Un auto de vinculación a proceso en el que se expresarán el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley

señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.[205]

Consecuentemente y a través de una interpretación a *contrario sensu*, si no se comprueba el delito y la probable responsabilidad del imputado, por obvias razones se debe decretar su libertad.

Por lo que respecta a las personas en desarrollo, el problema de la reparación del daño como consecuencia del delito se agudiza, en atención a que, como es bien sabido, los menores de edad carecen de capacidad de ejercicio, por lo tanto, la pregunta obligada es: ¿cómo lograr que un menor de edad, que carece de bienes y que constitucionalmente está prohibido que trabaje, pueda responder a dicha obligación si la responsabilidad penal no trasciende del sujeto activo del delito?

En suma, la separación absoluta del derecho privado, es decir, de la justicia indemnizante para satisfacer la reclamación de un derecho pretendido por un particular nada tiene que ver con el interés aflictivo del derecho penal, en contra del sujeto activo del delito, aun cuando también satisface, en cierto modo, el sentimiento del ofendido.

En el mundo de los hechos existen casos en que, por la propia naturaleza del bien jurídicamente protegido, no se puede reparar el mismo, como lo es en el caso de homicidio. En este, además, puede existir una peligrosidad social que revela el sujeto activo del delito, imponiéndose entonces en la conminación del juicio una sanción ejemplar y pública, que sirva de freno a ese tipo de conducta para las demás personas, independientemente de indemnizar o no a los deudos.

Por ello, resulta ineludible reflexionar acerca de la importancia que reviste en materia penal el interés social sobre el particular. De tal suerte que, si lo que se trata es de reparar el daño a la víctima u ofendido, lo prudente es llevar a cabo procedimientos más ágiles

205. CPEUM, art. 19.

en materia civil que cubran esa necesidad y no promover juicios penales para tales efectos, pues de lo contrario las procuradurías o fiscalías y los juzgados penales se convierten en verdaderas agencias de cobro. En otras palabras, bajo el principio de la *ultima ratio* del derecho penal, la ilicitud de una conducta no necesariamente debe ser del orden penal, sino por el contrario debe tratar de solventar dicho ilícito, a través de otras ramas del derecho. Esto, en materia de menores de edad, inclusive es más conveniente para la víctima u ofendido, pues en el supuesto que una persona en desarrollo cometa un ilícito de carácter civil, los padres o tutores de aquella tienen que responder del daño ocasionado. Lo anterior en atención a que, en materia civil, la responsabilidad civil sí trasciende a terceras personas.

La fórmula de reparación del daño puede mejorar al hacer al Estado el solidario responsable del sujeto activo del delito. En efecto, si existen delitos, es porque en gran parte el Estado no ha cumplido en extremo sus obligaciones de dar educación, proteger la salud física y mental de sus gobernados, crear fuentes de trabajo y llevar a cabo acciones preventivas en materia penal, entre otras, lo que culmina en forma lógica con el abandono del deber ser. Aunado a esto, si la actuación de los servidores públicos encargados de procurar o administrar justicia no es satisfactoria, el Estado debe responder por esa falta. Refuerza nuestro punto de vista el contenido del artículo 11 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, al señalar que "la Indemnización por Responsabilidad Patrimonial del Estado derivada de la actividad administrativa irregular deberá pagarse al reclamante de acuerdo con las modalidades que establece esta Ley".[206] En efecto, la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la actividad administrativa irregular, tiene su fuente en que en todo proceso se deben proteger los valores de igualdad y equidad entre las partes, teniendo la obligación el Estado de hacer guardar dichos valores y, por ende, responder a la víctima u

206.Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, cap. 2, art. 11.

ofendido del daño ocasionado por la comisión de un delito, por ser el proceso penal de orden público, y al imputado, por no respetar el debido proceso.

Para tener una visión más clara de lo trascrito, nos apoyaremos en los siguientes ejemplos:

A) En un accidente de tránsito, un taxista provoca un daño en propiedad ajena a otro vehículo particular en forma culposa y algunas lesiones leves a sus ocupantes. El chofer del taxi no cuenta con seguro de automóviles y el daño y las lesiones provocadas resultan ser sumamente elevadas, por ende, es imposible cubrir o reparar el daño ocasionado por parte del trabajador del volante. Esto origina que el taxista sea considerado como probable autor del delito de daño en propiedad ajena culposo.

   Así las cosas, a pesar de existir la posibilidad de hacer efectivos los criterios de oportunidad, previstos en el párrafo séptimo del artículo 21 constitucional, el Ministerio Público se ve en la necesidad de consignar la investigación, porque el sujeto activo del delito —el taxista— no pudo reparar el daño ocasionado.

   De igual manera, durante el desarrollo del proceso acusatorio, el citado trabajador del volante no puede hacer frente a su obligación de reparar el daño y cubrir el pago del gasto por las lesiones provocadas por el accidente, por ende, es condenado conforme a las disposiciones que el Código Penal correspondiente señala para ese tipo de delitos.

B) Siguiendo con otro ejemplo parecido al anterior, tenemos que el dueño de un vehículo particular de lujo tiene mucha prisa por llegar a una cita, el tránsito es muy lento y no puede pasar. En esos momentos decide abrirse paso con su camioneta y en forma dolosa proyecta su vehículo contra un taxi, al cual le produce un daño considerable.

Más adelante, el propietario de esa camioneta es detenido por flagrancia y presentado a la agencia del Ministerio Público. En esas oficinas, habla por teléfono a sus abogados y a la compañía de seguros que protege a su automóvil, mismos que de inmediato se presentan para solucionar el problema.

Los abogados del sujeto activo del delito, a través de la figura de la "mediación", condicionan el pago de la reparación del daño al taxista, en el sentido que debe otorgar el mayor perdón que conforme a derecho corresponda en favor de su cliente, para proceder a reparar el daño ocasionado.

En consecuencia, el taxista otorga el perdón referido, recibe el pago de la reparación del daño y se da por concluido el asunto, toda vez que el delito de daño en propiedad ajena culposo o doloso es de querella y por ende procede el perdón.

c) El ejemplo anterior nos sirve para visualizar otra hipótesis todavía más comprometedora:

Son los mismos hechos referidos en el apartado anterior, solamente que, al darse a la fuga el dueño de la camioneta particular, arrolla a un transeúnte provocándole la muerte en forma culposa.

El asunto por su propia naturaleza se complica, los criterios de oportunidad los hace valer el Ministerio Público investigador y el asunto no es consignado al órgano jurisdiccional. Así, el sujeto activo del delito negocia la reparación del daño, tanto del taxista como de la indemnización a los deudos de la víctima de homicidio y logra una "sentencia" ventajosa, decretada por la autoridad administrativa, en contraversión del párrafo tercero del artículo 21 constitucional, por su posición social, que especifica que "la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función. El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los

> casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial. La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial".[207] ¿Esto sería justo?

Cabe reconocer también que, si bien es cierto que es obligación del Ministerio Público la de velar porque se le repare el daño ocasionado a la víctima u ofendido, en términos de lo dispuesto por el artículo 20 constitucional —que menciona:

> IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.[208]

También es verdad que, por ser el proceso penal de orden público, el sujeto activo del delito debe responder por la comisión del delito, repare o no, como ya se mencionó, el daño ocasionado a la víctima u ofendido.

Consideramos prudente que toda solución alternativa para resolver un asunto de naturaleza penal, independientemente de la conformidad de las partes, una vez aprobada la solución en automático deberá de ser revisada por el superior jerárquico del servidor público que haya conocido de la negociación. Con ello creemos que se puede solucionar el problema de corrupción comentado, pues, en la especie, solamente se podrán resolver los asuntos que realmente

207. CPEUM, art. 21.
208. CPEUM, art. 21, ap. C, fr. IV.

se encuentren dentro de los parámetros de la justicia alternativa y no todos los asuntos, como en ocasiones actualmente sucede.

La idea de una solución alternativa de conflictos de carácter penal es motivar una solución privada del mismo, para que tome vida la justicia restaurativa, ya sea a través de la negociación, la mediación, la conciliación o cualquier otra figura relacionada con aquel tipo de solución de los conflictos. Con ello se logrará alivianar el aparato judicial, ya que esa forma de solución es por medio de un procedimiento distinto, en donde participan la víctima u ofendido, el victimario y en su caso la comunidad, para resarcir a la misma el tejido social dañado. Sin embargo, se insiste que sean otras ramas del derecho a las que se le encomienden de esos asuntos y solamente dejar que el derecho penal se encargue de conductas que realmente pongan en peligro la convivencia social, bajo el principio de intervención mínima o *ultima ratio*, lo cual, por obvias razones, también va a descongestionar los tribunales penales.

Es bien sabido que en el proceso penal acusatorio se busca evitar la judicialización de los asuntos; sin embargo, también es menester recordar que en la República mexicana siempre ha existido la figura jurídica de la querella como fuente de la *notitia criminis*, motivo por el cual, en México, dicha fórmula específica ha servido para poder lograr entre las partes un arreglo dentro de un procedimiento penal, desde lo que fue la averiguación previa —hoy investigación inicial— o durante el proceso, sin la necesidad de suspender el mismo y así dar por terminado cualquier asunto que, en la especie, se encuentre comprendido dentro de los delitos perseguibles por queja de la parte ofendida y, por ende, brindarle la oportunidad a la víctima u ofendido de otorgar el perdón y así dar por terminado el asunto.

Investigación complementaria

Con base en lo expresado anteriormente, resulta absurdo hoy en día que en el CNPP se contemple una investigación complementaria por parte de la representación social, después de que esta haya ejercitado la acción penal. En efecto, en cualquier materia, el actor de una acción se ve constreñido a respetar los términos de su demanda, una vez que haya presentado la misma ante el órgano jurisdiccional correspondiente. En otras palabras, queda fijada la *litis* y, consiguientemente, el actor ya no puede ampliar los términos de su demanda cuando se notificó formalmente la acción intentada a la contraparte.

Por consiguiente, en materia penal, es contradictorio que al Ministerio Público se le autorice en el Código adjetivo en cita ampliar o perfeccionar los términos de su imputación a través de una investigación complementaria. Lo anterior en atención a que, en primer lugar, la integración de una carpeta de investigación no está supeditada, en términos generales, a términos fatales; es decir, la representación social cuenta con el tiempo suficiente para llevar a cabo una investigación cabal y de calidad, por medio de la cual deberá comprobar fehacientemente la existencia del delito de que se trate y la probable responsabilidad del sujeto activo del delito, como base del ejercicio de la acción penal.

En esa etapa denominada por el CNPP, como investigación inicial, el Ministerio Público, como cualquier otra autoridad, cuenta con todos los recursos del Estado para realizar su función en forma completa. De este modo lograr integrar debidamente la indagatoria correspondiente con toda eficacia y eficiencia, ya sea para consignar la carpeta de investigación ante el órgano de control correspondiente, o bien para decretar una reserva o archivo definitivo de la investigación, si no comprueba los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional, teniendo la obligación de ceñir su actuación a los extremos del artículo 21 de la Constitución General de la República, con relación al principio de división de poderes.

En suma, permitir que el Ministerio Público amplíe o perfeccione una investigación después de haber consignado la correspondiente carpeta de investigación contamina el actuar tanto de la representación social como del órgano jurisdiccional que conozca del asunto consignado, lo anterior en atención a que, como quedó comprobado con antelación, el Ministerio Público, una vez que consignó su indagatoria, deja de tener el carácter de autoridad y se convierte en parte.

Bajo esa tesitura, es incuestionable que el Ministerio Público pueda perfeccionar su imputación en una etapa posterior al dictado del auto de vinculación a proceso, pues es precisamente en este cuando se fija la *litis*, de conformidad a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 19 constitucional, con los elementos comprobados que el juez de control correspondiente tomó en cuenta para dictar el citado auto de vinculación, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 316 y 318 del CNPP. Es decir, que se haya formulado la imputación, que se le haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar y que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Además, el juez de la causa debe verificar que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito, teniendo la obligación de dictar el correspondiente auto de vinculación a proceso por el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación, por lo que, consiguientemente, el proceso se seguirá forzosamente por el o los delitos señalados en el auto de vinculación a proceso.

Por ello resulta absurdo, por una parte, que se pueda ampliar una investigación después de dictado el auto de vinculación, en atención a que el Ministerio Público ya no es autoridad, sino parte y, lo que es peor, se cuenta con la anuencia de un juez de control para tal efecto, lo cual no tiene sustento jurídico. Por otra parte, los derechos humanos protegidos a favor del imputado se ven vulnerados, como son el derecho a un debido proceso, a una defensa adecuada, al principio

de precisión de tipo, el de legalidad, al principio de división de poderes, *pro persona*, entre otros. La pregunta obligada es: ¿cómo puede tener el sujeto activo del delito una defensa adecuada desde el inicio de la investigación si en el auto de vinculación a proceso le cambian la clasificación del delito y, además, se le permite al Ministerio Público, con posterioridad ampliar la investigación en su contra?, en contraversión de lo ordenado por el artículo 20 apartado A fracción X y apartado B fracciones I, II, III y VII.

Como ya se precisó en el Capítulo Primero del presente trabajo, México estuvo influenciado hasta principios del siglo pasado por los Tribunales de la Inquisición. Sin embargo, fue hasta la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 en donde se puso fin a tan arbitrarias posturas, con base en el principio de división de poderes previsto en el artículo 21 de dicha Constitución, el cual hoy en día se encuentra robustecido por el reconocimiento de los derechos humanos constitucionalmente.

Ergo, la representación social como autoridad, en el ejercicio de la facultad exclusiva de investigar delitos, tiene atribuciones investigadoras plenas que le permiten allegarse de pruebas de todo tipo, siempre que no sean contrarias a la ley o a la moral. Al respecto, el artículo 320 cita:

> Valor de las actuaciones. Los antecedentes de la investigación y elementos de convicción aportados y desahogados, en su caso, en la audiencia de vinculación a proceso, que sirvan como base para el dictado del auto de vinculación a proceso y de las medidas cautelares, carecen de valor probatorio para fundar la sentencia, salvo las excepciones expresas previstas por este Código.[209]

Sus actos son de autoridad en el periodo de la denominada investigación inicial y tienen por objeto la pretensión jurídica que contiene el derecho de acción penal que ejerce si comprueba que los hechos

209. CNPP, art. 320.

denunciados son delictuosos, o bien puede abstenerse de su ejercicio, ya sea decretando la reserva de la investigación, cuando pudieran aparecer con posterioridad datos para su consignación o el archivo definitivo de la misma, cuando determine que no es de ejercitarse la acción penal precisamente por no reunirse los requisitos señalados en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Las actuaciones que se practiquen en esta etapa procesal jurídicamente tienen validez en sí mismas por ser realizadas por una autoridad administrativa constitucional y legalmente establecida para tal efecto, independientemente de que hoy en día la representación social carezca de fe pública. Además, la actividad desarrollada por toda autoridad en funciones goza de la facultad de certificar sus actuaciones.

La iniciación de la investigación y la práctica de las diligencias dentro de la misma no deben afectar derechos de los gobernados, sin que funden y motiven debidamente sus resoluciones; con base en ello, el Ministerio Público solamente puede investigar delitos. El ejercicio es, por lo tanto, válido y lícito de atribuciones encomendadas conforme a la Constitución.

Por otra parte, le está prohibido al Ministerio Público en la investigación de los delitos el ordenar llevar a cabo detenciones de los imputados, excepción hecha en aquellos casos previstos por el artículo 16 constitucional, o sea, cuando se trate de la comisión flagrante de delito o en casos urgentes cuando se trate de delito grave, así calificado por la ley.

La indagatoria que da lugar a una carpeta de investigación —también denominada por algunos autores como el periodo de preparación de la acción penal— se inicia en el momento en que la autoridad investigadora, Ministerio Público, tiene el conocimiento formal de la comisión de un hecho delictuoso, *notitia criminis*, a través de la denuncia o querella y termina con la consignación, o bien con la reserva o el no ejercicio de la acción penal.

La Constitución de 1917 vino a establecer innovaciones en la esfera de competencias de los poderes públicos. En materia penal

y tratándose del ejercicio de la acción penal, excluye al Poder Judicial en su ejercicio y le asigna a este la facultad exclusiva de administrar justicia dentro del proceso penal y, por ende, solamente dentro de su jurisdicción conforme a la división de poderes antes aludida.

El artículo 21 de la Carta Magna establece y ordena que el Ministerio Público es el titular exclusivo del ejercicio de la acción penal; si esta autoridad no la ejercita, no hay base constitucional que dé validez al proceso y los actos de autoridad dictados en él son inconstitucionales por emanar de autoridad sin competencia para iniciar el procedimiento penal, agotar sus etapas procesales y dictar sentencias. Esta es una excepción hecha según lo dispuesto en el párrafo segundo, *in fine*, del mencionado artículo, mismo que señala que la ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial; esto último hay que tomarlo con mucha reserva. Pensemos en un delito de flagrancia, por ejemplo, un daño en propiedad ajena doloso, el cual permite ejercer directamente la acción penal ante el órgano jurisdiccional correspondiente (¿pero cuál?). ¿Cómo va a presentar la víctima al probable responsable ante el juez de control? Además, la pregunta obligada también es en el sentido que, si es facultad exclusiva de la representación social la investigación de los delitos, ¿no estaría el particular cometiendo una usurpación de funciones?

En consecuencia, el artículo 102 apartado A fracción VI párrafo primero constitucional reglamenta las facultades que posee el Ministerio Público, como titular de la acción penal. Aunque nuestra Ley Fundamental se refiere en este precepto al Ministerio Público de la federación, la aplicación del mismo se hace extensiva también en forma general a la representación social del fuero común, al señalar con puntualidad que corresponde al Ministerio Público de la federación la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal. Por lo mismo, solicitará las medidas cautelares contra los imputados; buscará y presentará las pruebas que acrediten la participación de estos en hechos que las leyes señalen como delito;

procurará que los juicios federales en materia penal se sigan con toda regularidad para que la impartición de justicia sea pronta y expedita; pedirá la aplicación de las penas, e intervendrá en todos los asuntos que la ley determine.

Investigación complementaria y el juez de control

Como se ha insistido, la fase denominada como investigación complementaria no solamente pone en evidencia la ausencia de facultades para que la representación social la lleve a cabo, sino que, peor aun, la autoridad jurisdiccional contamina hoy en día su función, al permitir arbitrariamente dicha figura, a pesar de estar vigente en el CNPP. Lo anterior en atención a las obligaciones que tiene cualquier juez de control honesto de hacer valer la inaplicabilidad de la norma en favor del imputado, por lo inconstitucional que resulta.

En efecto, cuando se sentaron las bases de la reforma constitucional de 2008, fueron de conformidad con las exigencias del gobierno americano, para empatar su procedimiento penal con el nuestro; sin embargo, como ha quedado comprobado a lo largo del desarrollo del presente trabajo, no se lograron hacer los cambios a modo y, lejos de adecuarse a tan singular proceso, la reforma constitucional de 2011 echó abajo cualquier esperanza de lograr dicha equiparación, al reconocer constitucionalmente los derechos humanos y la obligación de protegerlos por toda autoridad, tomando vida el principio de debido proceso.

De tal guisa, la falta de compromiso de nuestros legisladores y la ignorancia supina de su actuar produjeron la expedición del CNPP, completamente desfasado de la reforma constitucional de 2011, lo que deja inoperante actualmente la figura de un juez de control, para colaborar con el Ministerio Público en el perfeccionamiento de una investigación y dejar la parte decisiva del asunto en manos de un juez de juicio.

Problemática actual del juez de control y juez de juicio

El procedimiento penal acusatorio prevé la figura del juez de control y la de juez de juicio para evitar que este último se encuentre predispuesto a tomar alguna decisión indebida, por estar contaminado del desarrollo del procedimiento. Así lo prevé la Constitución General, en su artículo 20 apartado A fracción IV al señalar que el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente.

Sin embargo, reiteramos nuestro punto de vista en el sentido que, al no haberse realizado los cambios necesarios al artículo 16 constitucional para judicializar una investigación y aunado a la reforma constitucional de 2011, resulta innecesario que conozcan varios jueces del mismo procedimiento por etapas e, inclusive, no solamente es innecesario, sino que la fórmula prevista en el CNPP trae aparejado que se tomen decisiones al vapor. La figura del juez de control planteada era, como se ha sostenido, para que el Ministerio Público elevara su investigación y la judicializara, y seguir investigando ante los ojos de un juez de control, quien no debería de conocer del asunto que se ponía a su disposición; de tal suerte que la representación social hiciera del conocimiento del juzgador la pretensión correspondiente y dicho juez, oyendo a las partes, decidiría si aceptaba o no que se siguiera integrando la investigación correspondiente.

Esa manera de llevar a cabo investigaciones bajo sospecha o presunciones en los EUA no es compatible, como también se ha comprobado en el desarrollo del presente trabajo, con el sistema jurídico mexicano. En tal virtud, como ya se señaló, hubo la oposición de nuestros representantes en el Congreso General de reducir los requisitos señalados por el artículo 16 constitucional. En otras palabras, hoy en día sigue vigente para consignar una investigación que el Ministerio Público compruebe ante el órgano jurisdiccional correspondiente todos los elementos del delito y la probable responsabilidad del imputado, en estricta protección, a los principios de presunción de inocencia,

precisión de tipo, entre otros. Disposiciones normativas estas, cuya teleología está orientada a garantizar el acceso a una defensa adecuada y que, interpretadas a la luz del principio *pro reo*, tienen por propósito salvaguardar el derecho humano al debido proceso, en relación con el cual, además, procede realizar la interpretación que más le favorezca, bajo la protección del principio *pro persona*. Consecuentemente, si el Ministerio Público realiza en forma cabal la integración de su investigación, por obvias razones no requiere de una investigación complementaria; de lo contrario, vulneraría flagrantemente el derecho humano de presunción de inocencia en contra del justiciable y el acto de autoridad no estaría ni fundado ni motivado.

Por consiguiente, hoy en día se le obliga al juez de control que decida sobre la imputación que hace valer el Ministerio Público en contra del sujeto activo del delito, sin conocer, supuestamente, la carpeta de investigación correspondiente, bajo la premisa de que no se debe contaminar por lo que haya arrojado la investigación inicial. Lo cual es absolutamente mentira, porque el órgano técnico de la acusación, al consignar la carpeta de investigación al órgano jurisdiccional correspondiente, comparece ante el juzgador y le solicita al mismo que le obsequie la orden de aprehensión o comparecencia, sin respetar el principio de contradicción previsto en el artículo 20 constitucional, el cual señala que "ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra".[210] Precisamente con base en lo anterior, llamamos la atención de lo arbitrario que resulta realizar esa solicitud por parte del Ministerio Público en la forma en que acostumbra realizarla, pues, con ello, se acrecienta la corrupción, en atención a que se aumentan significativamente los asuntos enviados a lo que se conoce en el campo forense como "jueces de consigna", los cuales, sin ningún recato, obsequian la orden de aprehensión o comparecencia solicitada por el órgano técnico de la acusación, a pesar de que en muchas de las veces no se

210. CPEUM, art. 20, ap. A, fr. VI.

ha citado a comparecer al imputado ante el Ministerio Público investigador, para hacer de su conocimiento los hechos que se investigan y pueda contradecir la imputación que obra en su contra. En otras palabras, se violenta el derecho a una defensa adecuada y no se respeta la liturgia procesal, al tomar las comparecencias de las supuestas víctimas y ofendidos, sin que sean protestados formalmente, ya que estos, como cualquier otro testigo, tienen la obligación de conducirse con verdad, previa la protesta de así hacerlo y de que se le prevengan de las penas en que incurren los que declaran falsamente.

De la misma manera, consideramos que estamos en el terreno de lo absurdo, ya que para tomar una decisión axiológica y hacer un juicio de valor y para poder obsequiar una orden de aprehensión o comparecencia por parte del juez de control se requiere precisamente conocer a profundidad el asunto que se va a resolver y no tomar una decisión a ciegas. Imaginemos que un cirujano requiere hacer una intervención quirúrgica en el corazón de un paciente, pero le está prohibido revisar los análisis clínicos, las radiografías y los signos vitales para que no se contamine.

En suma, hoy en día, dicha división entre juez de control y juez de juicio no tiene sustento. Lo único rescatable es que la figura de un juez de control sirva exclusivamente para autorizar ciertas actuaciones que debe desarrollar el Ministerio Público en su investigación, para evitar transgresiones a los derechos humanos del imputado, como serían, por ejemplo, el cateo o la intervención telefónica, entre otras, tal y como lo dispone el artículo 252 del citado CNPP, al señalar que todos los actos de investigación que impliquen afectación a derechos establecidos en la Constitución requerirán de la autorización de un órgano jurisdiccional. Es decir:

> La exhumación de cadáveres; las órdenes de cateo; la intervención de comunicaciones privadas y correspondencia; la toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida —excepto la víctima u ofendido— se niegue a

> proporcionar la misma; el reconocimiento o examen físico de una persona cuando aquella se niegue a ser examinada, y las demás que señalen las leyes aplicables.[211]

Así, si durante la etapa de investigación "inicial" el Ministerio Público no logra que las partes en conflicto se reconcilien a través de la vía alternativa o en los casos que opere los criterios de oportunidad y se logre la solución del conflicto por los hechos investigados; es decir, si no existe la negociación en dicha etapa de investigación y la misma es consignada al órgano jurisdiccional, consideramos que, después de llevarse a cabo la imputación en contra del sujeto activo del delito y, en su caso, dictado el auto de vinculación a proceso, se podría abrir en forma oficiosa por parte del juez de control una etapa conciliatoria en aquellos delitos donde se permita recurrir a la justicia alternativa. En tal virtud, dicha etapa podría consistir en una o varias audiencias conciliatorias en donde, a través de la negociación, se logren los acuerdos reparatorios en todos aquellos delitos que permitan ese tipo de solución a los conflictos.

Con base en lo anterior, no encontramos justificación alguna para que, durante el proceso penal acusatorio, el juez de control suspenda el mismo, aunque se lo autorice el artículo 188 del CNPP, pues cualquier procedimiento es de orden público y por ende no debe suspenderse a voluntad de las partes.

Si bien es cierto que el espíritu de la conciliación es evitar que se sancione al sujeto activo del delito por haber llegado a un acuerdo con la víctima u ofendido en aquellos casos que procede la justicia alternativa, consideramos que el hecho de señalarse que el procedimiento penal se suspenda hasta por treinta días es una fórmula desafortunada. Lo anterior toda vez que el derecho penal sea una rama del derecho público interno, cuyas disposiciones tienden a mantener el orden sociopolítico de una comunidad, a través de las penas y

211. CNPP, art. 252.

medidas de seguridad en contra de aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídicamente tutelado por aquel. Por lo tanto, el derecho procesal penal en México es de orden público y, por ende, no puede suspenderse, pues este regula el orden penal general del Estado y las relaciones con sus gobernados, así como con los demás Estados. Se diferencia del derecho privado, como es sabido, porque este tutela las relaciones entre los individuos que integran la sociedad. Es decir, la ejecución de un delito trae aparejada necesariamente la intervención del Estado, quien es el encargado de velar por el bienestar social. De esa manera, la comisión de un delito da origen a una relación de carácter público entre el Estado y el sujeto activo del delito, velando por proteger los intereses de la víctima u ofendido. Dicha relación se establece a través de un procedimiento público, lo que se convierte en una garantía de seguridad jurídica otorgada en México por los artículos 13 y 14 de la Constitución, que exponen:

> Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales.[212] A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme al pie de la letra o la interpretación jurídica de la ley y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho.[213]

212. CPEUM, art. 13.
213. CPEUM, art. 14.

Luego entonces, si lo que se trata es de brindar alguna oportunidad para que el imputado y el sujeto pasivo del delito lleguen a un arreglo satisfactorio, sin la necesidad de la actividad represiva del Estado, consideramos que, en lugar de hablar de suspensión del procedimiento, la fórmula podría mejorarse en los siguientes términos:

> En los casos en que la víctima u ofendido lleguen a un acuerdo con el imputado, se abrirá una etapa conciliatoria para tal efecto, misma que tendrá verificativo en un máximo de treinta días siguientes a la solicitud de las partes de abrir esta etapa conciliatoria. Concluida dicha audiencia y en el supuesto que queden pendientes algunos puntos que resolver, el juez de control citará a una nueva diligencia dentro del mismo plazo de treinta días siguientes a la primera audiencia, para corroborar que se está cumpliendo con los acuerdos. En el supuesto que se requiera de mayor tiempo para el total cumplimiento de las obligaciones contraídas, el mismo juez podrá señalar tantas audiencias como sean necesarias para concluir con los compromisos establecidos en forma sucesiva por un tiempo prudente, el cual no deberá de exceder los plazos señalados en la fracción VIII del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En esas condiciones, si el sujeto activo del delito cumple satisfactoriamente, basta y sobra que la víctima u ofendido otorguen el perdón para poner fin al proceso.

También somos del criterio que, independientemente de que se haya consignado la investigación correspondiente ante el órgano jurisdiccional, dictado el auto de vinculación a proceso al imputado y que el juez de control invite a las partes a solucionar el conflicto por alguna salida alterna dentro del mismo procedimiento, eso no implica que la víctima u ofendido y el imputado tengan que sujetarse a los extremos de lo señalado por el juez de la causa. Esto toda vez que en la especie existan los centros de justicia alternativa, por lo que en cualquier momento las partes pueden recurrir a dicha instancia, sin el visto bueno del juez de control y solucionar su conflicto. Lo anterior,

tiene su fuente en que los centros de justicia alternativa (CJA), a más de depender de los tribunales de justicia estaduales, cuentan con autonomía técnica y de gestión y se instituyen para administrar y substanciar los métodos alternos de solución de controversias, particularmente la mediación, para la atención de los conflictos de naturaleza penal y de justicia para adolescentes, entre particulares, así como para su desarrollo.

Por su parte, el CNPP en su Libro Segundo Título I regula las Soluciones Alternas y Formas de Terminación Anticipada del Proceso, señalando que en los asuntos sujetos a procedimiento abreviado se aplicarán las disposiciones establecidas en ese título y que las soluciones alternas del procedimiento son los acuerdos reparatorios. Estos procederán únicamente en los delitos que se persiguen por querella, por requisito equivalente de parte ofendida o que admiten el perdón de la víctima o el ofendido, delitos culposos, y en delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas, mismos que:

> Procederán desde la presentación de la denuncia o querella hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio. En caso de que se haya dictado el auto de vinculación a proceso y hasta antes de que se haya dictado el auto de apertura a juicio, el juez de control, a petición de las partes, podrá suspender el proceso penal hasta por treinta días para que las partes puedan concretar el acuerdo con el apoyo de la autoridad competente especializada en la materia".214

Salvador Valencia Carmona, con relación a los criterios de oportunidad, señala lo siguiente:

> a) Criterios de oportunidad, que se aplican a hechos ilícitos de menor jerarquía y que no afectan el interés público; b) juicio abreviado, cuando el imputado admite el hecho ilícito que se le atribuye, sea solicitado por el

214. CNPP, art. 188.

> Ministerio Público en la audiencia donde se dicta el auto de vinculación a proceso y no haya oposición fundada de la víctima u ofendido; c) acuerdos reparatorios, que consisten en un pacto o arreglo entre el imputado y la víctima, que se aplican sobre todo en los delitos culposos o de contenido patrimonial; d) suspensión del proceso a prueba, en el cual el juez fija el plazo y las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso y aprueba el plan de reparación del daño propuesto por el imputado, si transcurre el plazo sin que la suspensión haya sido revocada, se extingue la acción penal y el tribunal dicta el correspondiente sobreseimiento.[215]

Con base en la transcripción anterior consideramos que la suspensión del proceso se debe de eliminar del sistema penal acusatorio y, en su lugar, se concluya el proceso, para que en el supuesto que el imputado sea declarado responsable y culpable del delito, en todo caso, se le suspenda la ejecución de la pena, siempre y cuando cumpla con los compromisos establecidos para restaurar el daño ocasionado a la víctima u ofendido. Lo anterior, en atención a que, como se ha sostenido, el procedimiento penal es de orden público y no se puede suspender.

En tal virtud, el juez de ejecución podrá dejar de aplicar la sanción impuesta al sujeto activo del delito, cuando este cumpla con sus compromisos cabalmente y, con ello, se logrará que tome vida la justicia restitutiva, respetando en todo momento el principio de presunción de inocencia y debido proceso; es decir, sancionar al imputado hasta que sea vencido previo juicio. Por lo tanto, suspender la aplicación de la pena motiva a que el sujeto activo del delito cumpla con sus compromisos y, con ello, se le otorgue un perdón o indulto procesal, como base de una política anticriminal acorde a los extremos de una justicia alternativa y restaurativa.

Con relación a los menores de edad, consideramos que, en el supuesto de que el condenado no cuente con recursos necesarios

215. Salvador Valencia Carmona, "Constitución y nuevo proceso penal", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia* 13 (2009): 39-62.

para cubrir la reparación del daño a la víctima u ofendido, con relación a personas en desarrollo, el Estado debe ser corresponsable de esa obligación y por ende hacer frente al pago correspondiente. En ese caso, el tribunal que imponga la sanción podrá sustituir la reparación del daño por trabajo en favor de la comunidad como pago al Estado por parte del menor condenado, para así lograr una verdadera impartición de justicia.

En efecto, esa responsabilidad solidaria del Estado tiene como fuente la obligación de este de otorgar y garantizar tanto la educación gratuita a todas las personas en desarrollo como la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, así como la obligación de proteger la salud y velar por el derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa, de conformidad a lo ordenado por los artículos 3.° y 4.° de la Constitución Política. De estos, el 3.° dispone que toda persona tiene derecho a recibir educación gratuita por parte del Estado y comprende desde la educación preescolar, primaria y secundaria, las cuales son obligatorias, así como también la media superior y la superior conforme con la Ley General de Educación Superior del 20 de abril de 2021. Además:

> 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.[216]

Por lo que respecta al artículo 4.°, este dispone que el varón y la mujer sean iguales ante la ley y, por lo tanto, toda persona tiene derecho a que el Estado le garantice la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, así como que se proteja el derecho a la salud y a disfrutar de vivienda digna y decorosa. Se hace énfasis en que:

216. CPEUM, art. 3, fr. 2, secc. c.

> En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior del niño, garantizando de manera plena sus derechos, obligando a los ascendientes, tutores y custodios de los menores a preservar y exigir el cumplimiento de esos derechos y principios, facilitando a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.[217]

Lo dispuesto con antelación encuentra sustento actualmente —inclusive para el caso de sustitución de la medida de sanción de internamiento de los menores de edad— de conformidad con lo dispuesto por el artículo 216 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, al señalar:

> La sustitución de la medida de sanción de internamiento por la medida de prestación de servicios a favor de la comunidad que procederá, a juicio del órgano jurisdiccional, cuando la segunda se considere más conveniente para la reinserción y la reintegración social y familiar de la persona adolescente".[218]

Respecto a lo manifestado, es menester precisar, en primer lugar, qué debemos entender por daño; en tal virtud, este es el menoscabo o deterioro de una cosa. Así, podemos decir que, siempre que un ilícito sea de naturaleza civil o penal y se cause un daño o perjuicio, procede su reparación. Es decir, el resarcimiento del mismo puede ser material cuando ocurre el menoscabo pecuniario al patrimonio de un tercero o moral cuando "la afectación que sufre una persona es hacia sus sentimientos, afectos creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás".[219] Aunque las pérdidas materiales y económicas son más fáciles de calcular, no pueden

217. CPEUM, art. 4, párr. 9.
218. LNSIJPA, art. 216.
219. Código Civil Federal, art. 1916.

olvidarse los daños morales, pues los menoscabos psicológicos y sociales son más graves y producen efectos más profundos y duraderos en las víctimas.

Respecto a la reparación del daño con motivo de un delito, en México se le da el carácter de sanción penal que se impone al delincuente como pena pública y que comprende básicamente "la restitución de la cosa obtenida por el delito o, si esto no fuere posible, el pago del precio de la misma"[220] y la indemnización del daño material y moral causado a la víctima y su familia.

Además de lo anterior, cabe precisar que, a partir del año de 1931, en la legislación mexicana se otorgó a la reparación del daño el carácter de pena pública. Asimismo, no se diferenció la sanción civil de la penal ni mucho menos se advirtió entre una y otra, lo que redunda en que no solo son de naturaleza distinta, sino más bien complementarias, ya que incluso se estableció la reparación del daño *latu sensu*. En efecto, es bien sabido que, en materia penal, la responsabilidad que se genera con la comisión de un delito no trasciende a terceras personas; en cambio, cuando se trata de reparación del daño civil, sí puede exigirse a los terceros civilmente responsables. Consecuentemente, tenemos entonces que, por una parte, la reparación del daño es considerada una pena pública y, por otra, cuando es exigible a terceros, se trata de una responsabilidad civil.

De allí que la reparación del daño es un derecho subjetivo de la víctima u ofendido del delito, para ser resarcido de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados como consecuencia del ilícito penal. Esto constituye una sanción impuesta al delincuente que lo obliga, en el mejor de los casos, a restablecer la situación anterior al delito y al pago de los daños y perjuicios causados.

Con la propuesta de mérito, queda garantizado el principio de debido proceso y de presunción de inocencia previstos y amparados respectivamente por el apartado A fracción IX y apartado B fracción I

220. Código Penal Federal, art. 30, fr. I.

del artículo 20 constitucional. Así, el principio del debido proceso evita tanto las venganzas personales como la represión por parte del Estado, en la solución de los conflictos provocados por un delito, cuyas características no lesionen gravemente el tejido social.

Para la doctora Marcela González Duarte, el debido proceso es:

> El derecho que tienen todas las personas de que el procedimiento y el proceso penal se substancien, por los órganos y autoridades competentes del Estado, conforme y completamente a las garantías vigentes que, en favor de sus derechos humanos y las garantías de carácter judicial, establezcan al tiempo en que se lleve a cabo el proceso, tanto la legislación nacional, como la establecida en los Tratados Internacionales en los que México es parte.[221]

Por su parte, el doctor Mario I. Álvarez Ledesma señala que el derecho al debido proceso y a un recurso efectivo suelen ser referidos por los tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado mexicano como "Garantías judiciales" y constituyen dos caras de una misma moneda, las cuales de no satisfacerse a cabalidad en un Estado de derecho implican, por acción u omisión, violaciones a los derechos humanos en este ámbito. Estas dos facetas de las Garantías judiciales —a saber, el derecho al debido proceso y el derecho a un recurso efectivo— comportan, por una parte, la obligación de todo Estado para que su legislador establezca recursos judiciales y procedimientos administrativos para la defensa de los derechos de cualquier género, amparados por el régimen jurídico en cuestión ante la autoridad misma o ante terceros y, por la otra, la obligación para que los foros y autoridades competentes deban satisfacer ciertas condiciones jurídicas de orden formal y material, así como cumplir con ciertos principios procesales en el ejercicio de sus funciones, ajustándose para tales efectos a lo prescrito por la

221. González Duarte, *Construcción de un sistema de garantías, para el ejercicio eficaz de derechos fundamentales, en materia de proceso penal mexicano* (Tesis doctoral, UAEM, 2016), 244.

Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado mexicano.

Pues bien, tanto el derecho a un recurso judicial efectivo como el derecho a un debido proceso, el cual ampara un juicio justo, poseen un carácter protector muy amplio que resguarda a la persona en todo asunto jurídico que le concierne y no solamente a los propios de la materia penal, como suele erróneamente limitarse, en su interpretación y aplicación, el manto protector de esas garantías judiciales. Esta forma de entender y aplicar tales garantías en favor de los gobernados, haciendo efectivo el principio *pro persona*, es conteste con la realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su OC-8/87, la cual versa respecto del alcance de la aludida expresión "garantías judiciales", misma que acompaña en su enunciación el referido y citado artículo 8° de la Convención Americana. En efecto, dice la opinión consultiva de marras, en su parte conducente, que la Corte Interamericana observa que pronunciarse sobre las Garantías judiciales implica referirse a los medios procesales.[222]

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido al debido proceso como el conjunto de requisitos que deben observar las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.[223]

Por consiguiente, tanto la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes como la Ley Nacional de Ejecución Penal contienen un Título específico acerca de la justicia restaurativa. Así, ambas leyes en lo medular señalan que:

222. Mario I. Álvarez Ledesma, *Sobre el debido proceso en Introducción al Derecho* (México: Editorial McGraw-Hill, 2019).

223. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C, Núm. 72; Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C Núm. 74, consultado en Fernando Silva García, *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios Esenciales* (México: S/Ed, 2011), 108-109.

> En la ejecución de las medidas de sanción podrán realizarse procesos restaurativos, en los que la víctima u ofendido, el sentenciado condenado y, en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, participen de forma individual o conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas de los hechos que la ley señala como delitos. Esto con el objeto de identificar las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como de coadyuvar en la reintegración del sentenciado —que también puede ser la persona adolescente a quien se le haya dictado una medida de sanción— a la comunidad y así lograr la recomposición del tejido social".[224]

En otras palabras, en la ejecución de las medidas de sanción podrán realizarse procesos restaurativos, que serán procedentes para todos los delitos y podrán ser aplicados a partir de que quede firme la sentencia que imponga una medida de sanción, bajo los principios de voluntariedad de las partes, flexibilidad, responsabilidad, confidencialidad, neutralidad, honestidad y reintegración.

En suma, lo que busca la justicia restaurativa, tanto para menores de edad como para adultos que hayan sido condenados por algún delito, es resarcir el tejido social y evitar mayores confrontaciones.

Suspensión condicional del proceso

En el desarrollo del presente trabajo, se ha hecho énfasis en el sentido de que el procedimiento penal no se puede suspender, aunque lo autorice el CNPP. En efecto, pertenecemos a un sistema jurídico en donde no se pueden aceptar figuras que alteren el mismo y menos por disposición de un código adjetivo que refleja en su contenido una ignorancia supina en cuanto a los alcances de lo que es el orden público, motivo por el cual es procedente que cualquier juzgador

224. Marco Jurídico Internacional, art. 192.

honesto no haga valer tan arbitraria postura, con base en la inaplicación de la norma, que, a la sazón, está obligado a hacer valer.

La suspensión condicional del proceso está reglamentada en el CNPP; esta debe contener:

> Un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que, en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal.[225]

Así mismo, "la suspensión condicional del proceso, a solicitud del imputado o del Ministerio Público con acuerdo de aquel",[226] procederá una vez dictado el auto de vinculación a proceso, la cual "podrá solicitarse en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura de juicio y no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los tribunales respectivos. El juez de control fijará el plazo de suspensión condicional del proceso" [227], que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años y determinará imponer al imputado una o varias de las condiciones que deberá cumplir.

Además de lo arbitrario que resulta el suspender un procedimiento en cualquier rama del derecho, de lo previsto en el CNPP, se desprende que para que suceda dicha suspensión al sujeto activo del delito se le imponen una serie de medidas que le condicionan su libertad, violentando flagrantemente sus derechos humanos protegidos por los artículos 16 párrafo tercero y 20 apartado A fracción VIII y apartado B fracción I, ambos de la Constitución Política, en atención a que el artículo 16 de dicha Ley Fundamental impone la obligación al juzgador de tener por acreditada la probable responsabilidad del imputado y no la plena responsabilidad. Por lo que concierne a las fracciones mencionadas del artículo 20, antes señalado, estas obligan al juez a

225. CNPP, art. 191
226. CNPP, art. 192.
227. CPPCH, art. 202.

condenar al procesado cuando tenga la convicción de su culpabilidad y, si no es así, el principio de precisión de inocencia se vulnera. En otras palabras, se le está condenando al probable responsable anticipadamente sin haber sido oído y vencido en juicio.

Valor de las actuaciones

La fórmula plasmada por el CNPP de dividir la investigación en la forma establecida también tuvo como fuente el hecho que, en el procedimiento penal acusatorio, no existe la prueba tasada; es decir, para la apreciación de la prueba no puede dársele un valor preestablecido. Sin embargo, el citado Código adjetivo penal, creó un sistema de prueba tasada en forma negativa, al señalar en el párrafo cuarto de su artículo 259, que "para efectos del dictado de la sentencia definitiva, solo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, salvo las excepciones previstas en este Código",[228] lo cual también es inaceptable, en atención a que las actuaciones realizadas tanto por la policía como por el Ministerio Público, sí tienen un peso específico, en cuanto a su valor legal.

En materia de prueba el nuevo sistema de enjuiciamiento penal introduce modificaciones sustanciales para la valoración de la misma. Lo más relevante es que la prueba debe desahogarse necesariamente en el periodo del desarrollo de la audiencia de debate de juicio oral de forma contradictoria, de conformidad con lo señalado por el artículo 358 del CNPP —que expone: "Oportunidad para la recepción de la prueba. La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá desahogarse durante la audiencia de debate de juicio, salvo las excepciones expresamente previstas en este código"[229]—, bajo la premisa de que la prueba no habla por sí sola.

228. CNPP, art. 259.
229. CNPP, art. 358.

En otras palabras, se abandona el sistema de prueba legal o tasada y en su lugar se establece el sistema de libre valoración de la prueba. Ello implica que los jueces, al dictar sus fallos, lo lleven a cabo de manera detallada con relación a las pruebas que le sirvieron de base para su convicción, valoradas por aquellos según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia.

El sistema de libre valoración de la prueba otorga al juzgador la facultad de decidir a cuál de todos los medios de prueba le va a conceder mayor valor, sin que la ley le pueda limitar o sujetar su razonamiento a través de normas de valoración preestablecidas.

Ahora bien, de acuerdo con el principio de libre valoración de la prueba, esta no puede estar tasada de forma alguna, por lo que resulta contradictorio que tanto en la reforma constitucional de 2008 como en el CNPP se excluya la posibilidad del tribunal que conforma la etapa de juicio oral de darle un determinado valor a algún dato de prueba, medio de prueba y pruebas que se hayan desahogado durante el desarrollo del procedimiento, en una audiencia previa a la de juicio oral, señalando que carecen de valor probatorio para fundar la sentencia, salvo las excepciones expresas previstas por la ley.

En efecto, si los jueces en el nuevo sistema procesal penal gozan de absoluta libertad para decidir a cuál de todos los datos de prueba, medio de prueba y pruebas les van a conceder mayor valor, luego entonces no se les puede imponer calificativas negativas a aquellas que se hubiesen desahogado en una audiencia previa a la de juicio oral —o inclusive durante la etapa de investigación— pues ello implica tasar la prueba en forma negativa, privando al juzgador de su potestad de decidir libremente sobre el particular.

Para robustecer lo anterior, debemos de tomar en cuenta la estructura de la administración pública mexicana, misma que se refiere al estudio de los órganos encargados de realizar la función administrativa del Estado. La gestión de esta elevada misión está constituida por la organización, funcionamiento y distribución de competencias

entre los órganos del Estado, a quienes se encomienda la realización de los fines con los medios que dispone.

Esta organización jurídica requiere de personas físicas que asuman la calidad de servidores públicos y quienes aportan su actividad intelectual o física para atender los propósitos estatales mediante determinadas prestaciones. La función pública se forma, en tal virtud, con el conjunto de deberes, derechos y situaciones que se originan entre el Estado y sus servidores.

Ahora bien, toda actividad estatal requiere de un personal administrativo eficiente e idóneo para la atención de los servicios públicos y demás actividades; la administración pública se realiza desde luego y esencialmente por personas. Es necesario determinar, entonces, el régimen jurídico en el que están colocados los agentes públicos que preparan, deciden y ejecutan las resoluciones por medio de la cual se realiza la función administrativa del Estado.

El Estado como persona moral se integra con la totalidad del orden jurídico, no solamente con la rama del derecho penal, el cual, a su vez, se encuentra fraccionado en una diversidad de órganos para realizar sus fines en las porciones de competencia que ha creído conveniente crear.

Dos elementos concurren a constituir el órgano, uno objetivo y otro subjetivo. El primero es dado por el cargo a quien está confiada la realización de uno o más de los varios deberes del Estado y que está dotado de los poderes y medios necesarios para tal realización, por lo que se presenta como una manifestación de los poderes del Estado y se concreta en un conjunto de funciones, de poderes y de medios; el segundo está constituido por la persona o por las personas físicas encargadas del puesto público, por medio de las cuales el Estado quiere y consigue sus propios fines. Así, los cargos, empleos públicos o instituciones y personas físicas o servidores públicos, contribuyen conjuntamente a formar órganos y es solo mediante su existencia y cooperación que le es asegurada al Estado una indispensable continuidad de acción, al cumplir con sus objetivos previamente

determinados en la ley y reglamento que en cada área de la administración pública rige su actuar.

El régimen normativo de la función pública está constituido por el conjunto de leyes y reglamentos o disposiciones de carácter general que regulan la condición jurídica del personal administrativo y sustantivo, sus derechos, obligaciones y situación frente al servicio público. Solo a través de estos, el servidor público puede llevar a cabo su función.

Sin embargo, es necesario distinguir el órgano de su titular. El primero es una creación legal, una esfera abstracta de competencia, que se mantiene en vigor hasta que una nueva disposición del mismo carácter cambia los supuestos de la competencia. El titular es una persona física, un ser humano; su voluntad es la que pone en movimiento el orden jurídico y realiza los fines que una comunidad se ha puesto. La administración pública se desenvuelve con la acción continua permanente y eficaz de personas que ocupan las diversas categorías, cuya actuación es válida.

La acción para estos elevados propósitos sociales obliga a la creación de un estricto régimen de derecho público que asegure las exigencias de los servicios públicos, al mismo tiempo que regula y protege a los servidores del Estado.

El servidor público se caracteriza por expresar y participar en la formación y ejecución de la voluntad estatal, decidiendo y llevando a cabo sus determinaciones por su carácter representativo al participar en los actos públicos y por ejecutar las disposiciones legales especiales de su investidura. En tal virtud, el concepto de servidor público alude a:

1. Una designación legal.
2. El carácter de permanencia en el servicio.
3. El ejercicio de la función pública que le da poderes propios.
4. Su carácter representativo.

El servidor público, en este tenor, puede conceptuarse como aquella persona que participa de manera legal y normal tanto en la gestión de los servicios públicos como en las demás actividades de la administración pública. El servidor público es un agente investido de una calidad especial, para desempeñar un empleo comprendido en el cuadro de un servicio público, para un fin específico, explorado por un organismo público y ubicado respecto a la administración en una situación estatutaria de reglamentación.

El derecho administrativo moderno descansa en la teoría del origen legal de la competencia de los servidores públicos. La justificación en cada actuación del poder público es la ley, que es la creadora de toda la estructura administrativa y fija los caracteres y los límites de la totalidad de los órganos públicos y de la prestación del servicio encomendado, al existir la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y también las estaduales.

Para concluir nuestra reflexión sobre el particular, pensemos en el siguiente ejemplo: a una persona se le imputa arbitrariamente disponer de ciertos bienes, de conformidad con lo señalado en un testamento otorgado ante la fe pública de un notario, comprobando con dicho documento que, según la voluntad del *de cujus*, dicho imputado está autorizado para disponer libremente de los bienes. En tal virtud, si carece de valor dicho testamento, la pregunta obligada es: ¿cómo se logrará que el autor de la sucesión testamentaria comparezca ante el juez de juicio, para corroborar su libre voluntad plasmada en el testamento referido? O bien, si hay una persona que comprueba con su acta de nacimiento, expedida por el registro civil correspondiente, que es menor de edad ¿se le puede procesar como adulto?

Datos de prueba, medios de prueba y pruebas

Es importante referirnos a la clasificación que el CNPP realiza para definir lo relacionado a las pruebas en el proceso penal acusatorio, lo cual está contenido en su artículo 261, con relación al hecho que debe ser probado, haciendo la distinción entre datos de prueba, medios de prueba y pruebas. En esa tesitura, dispone que:

> El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado".

Señala, además, que "los medios o elementos de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos" y concluye que:

> Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho que, ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.[230]

De tal guisa, la distinción señalada en el artículo mencionado, lejos de beneficiar la *praxis* en el campo forense, trae aparejada una serie de problemas por las inconsistencias que provoca, en atención a lo que semánticamente significan datos de prueba, medios de prueba y pruebas; sin embargo, dicha distinción resulta ser baladí. Pensemos en una carpeta de investigación que contenga algún

230. CNPP, art. 261, párr. 1-3.

documento o declaración de un testigo que comprometa al sujeto activo del delito. Sin embargo, dichas probanzas no fueron ingresadas a la carpeta de investigación cumpliendo con todos los requisitos procesales. Así, ante el juez de control, el imputado solicita una copia debidamente certificada de dicha carpeta para acreditar dentro del plazo constitucional lo arbitrario que resultan dichas pruebas y, con ello, comprobar su inocencia.

En tal virtud, ese documento denominado carpeta de investigación debidamente certificada es una prueba con valor probatorio pleno, aunque el CNPP trate de devaluar la misma, en atención a que pertenecemos a un sistema jurídico y no solamente a normas contenidas en un código adjetivo penal. Consecuentemente, esa es una prueba contundente, a pesar del contenido de la fracción III del artículo 20 apartado A constitucional que señala que, para los efectos de la sentencia, solo se considerarán como pruebas aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia del juicio, agregando que la ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada que por su naturaleza requiera desahogo previo.

Recordemos que las reformas constitucionales que dieron origen al procedimiento penal de tipo acusatorio fueron realizadas en el 2008 y, con posterioridad, en el 2011, se reformó de nuevo nuestra Carta Magna y se plasmó en dicha reforma el reconocimiento de los derechos humanos. Ergo, al existir la obligación constitucional para todas las autoridades "en el ámbito de sus competencias de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad",[231] por obvias razones, no solamente dicha obligación recae en la representación social y en los órganos jurisdiccionales, sino también en nuestros legisladores. Por este motivo, el derecho humano relacionado con la presunción de inocencia debe de ser punta de lanza en el procedimiento penal. A más de lo anterior,

231. CPEUM, art. 1, párr. 3.

con los avances en nuestro sistema jurídico mexicano de incluir los principios de control de convencionalidad —cuya esencia radica en distinguir entre la invalidez de las normas y, en casos concretos, la inaplicabilidad de estas y el bloque de constitucionalidad— las normas aun de índole constitucional que no estén acordes a dichos conceptos son inaplicables.

En efecto, pensemos en el delito de homicidio, para acreditar este el dictamen forense debe de comprobar que la persona que perdió la vida lo sufrió a consecuencia de las lesiones provocadas por un tercero. De lo contrario, no podrá ser procesado el imputado, porque precisamente no existen pruebas en su contra. Esto se encuentra corroborado por lo dispuesto en el artículo 130 del CNPP, que señala que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. En el mismo sentido, el párrafo tercero del artículo 16 constitucional obliga al Ministerio Público, para poder consignar una investigación, a tener acreditado que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y "que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión".[232] Estas exigencias también están presentes en las decisiones que tome la autoridad judicial para justificar

> Un auto de vinculación a proceso en el que se expresarán el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.[233]

O bien, si no se encuentra comprobado lo anterior, necesariamente se debe liberar al probable responsable.

232. CPEUM, art. 16, párr. 3.
233. CPEUM, 19.

Para corroborar nuestro punto de vista, partamos de la etimología de la palabra prueba, la cual tiene su origen del latín *prŏba*, forma sustantiva de *probāre* que quiere decir probar. Se refiere a la acción y resultado de probar o probarse, como argumento, justificación, razón, explicación o cualquier medio en que se pretende demostrar y hacer patente la veracidad o falsedad de algo.

Lo descrito con antelación se comprueba con lo dispuesto por el artículo 119 de la Ley de Amparo, que admite toda clase de pruebas durante la tramitación del mismo. Recordemos que toda persona que se encuentre involucrada en un problema de índole penal como sujeto activo de un delito puede recurrir al juicio de amparo en contra de las actuaciones de la representación social. Esto sin importar si es en la etapa denominada investigación inicial —ya sea en contra de las decisiones tomadas por el propio Ministerio Público como autoridad o bien en contra del juez de la causa, que haya dictado una orden de aprehensión o comparecencia en contra del imputado, así como en contra de la vinculación a proceso en la investigación complementaria— o en la etapa intermedia si el juez de control no se acepta alguna prueba o en contra de la sentencia definitiva. Ergo, durante todo el procedimiento penal se pueden ofrecer pruebas, independientemente de que existan algunas normas que contravengan el derecho que tiene el inculpado de realizar su defensa adecuada, como lo señalan las fracciones IV y VIII del artículo 20 apartado B constitucional, que prevén que el imputado tiene derecho a que se le reciban las pruebas pertinentes para su defensa, para tener acceso a una defensa adecuada, aunado al principio *pro reo*, es decir, proteger los derechos humanos que le garantiza la Constitución, siempre bajo el principio *pro persona*. Esto es el que más le favorezca e, inclusive, la citada Ley de Amparo en sus artículos 119, 199 y 202 señala respectivamente y en forma expresa que serán admisibles toda clase de pruebas y que ciertas probanzas hacen prueba plena, como lo son la confesión y los documentos públicos, contradiciendo lo señalado por el CNPP.

Ergo, dichas disposiciones comprueban nuestro punto de vista sobre el particular, en atención a que la multicitada Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución —que fue reformada en 2013, después de la reforma constitucional de 2008 y donde se sentaron las bases del procedimiento penal acusatorio— mantiene, como debe ser, el valor preponderante de ciertas pruebas.

En suma, el contenido de la fracción III del artículo 20 apartado A constitucional debió ajustarse a las reformas acaecidas a nuestra Constitución General en el 2011 y dejar la valoración de las pruebas en forma libre al juez de la causa en cualquier etapa del proceso. Por este motivo, consideramos innecesario aceptar la diferenciación que realiza el CNPP entre datos de prueba, medios de prueba y pruebas, ya que hoy en día está vigente a favor del encausado el principio de presunción de inocencia. Por lo tanto, el Ministerio Público tiene la obligación de integrar debidamente su investigación a través de pruebas contundentes que demuestren la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputado, para consignar su carpeta de investigación y solicitar el correspondiente auto de vinculación a proceso. En otras palabras, la representación social no debe estar esperanzada, para comprobar un delito, en conseguir un dato de prueba como medio de convicción, con posterioridad a su consignación, pues, si carece de dicho dato, su obligación es seguir investigando hasta obtenerlo. Es decir, debe de investigar para detener y no detener para investigar, en atención a la responsabilidad de su actuar, prevista con puntualidad en la propia Constitución General en el artículo 20 apartado A fracción I, en el sentido "que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos y proteger al inocente".[234] Por lo tanto, no solamente debe de arremeter en contra del sujeto activo del delito, sino que también debe investigar la veracidad de las imputaciones en su contra; esto es contar con toda la información necesaria que le permita durante su investigación reconstruir los hechos,

234. CPEUM, art. 20, ap. A, fr. I.

respetando las formalidades procedimentales, y garantizar en todo tiempo el debido proceso.

Por esta razón, debemos referirnos al régimen de derecho, el cual se perfecciona en virtud del acto administrativo, revestido con su fuerza obligatoria. Este se ubica dentro de las relaciones a regular entre el Estado y sus gobernados; el acto administrativo, que no es ni una sentencia ni un auto de gestión, debe estudiarse en su naturaleza particular.

El acto administrativo es un acto de autoridad que emana de la administración y que se determina frente a los gobernados. Hay autoridades especiales, competentes solamente para ciertos actos o para los actos que correspondan a una determinada rama de la administración, para cumplir con una finalidad específica. Pero las leyes orgánicas establecen también autoridades generales, autoridades de la administración genérica del Estado, autoridades de la policía del país que tienen competencia para conducir todos los actos administrativos del grado de la jerarquía que ellas ocupan, no reservados a otra autoridad.

Al respecto, la doctora Patricia Lucila González Rodríguez resalta que, en el caso de todas las policías y con fundamento en el artículo 21 de la Constitución:

> En cumplimiento de la citada disposición constitucional, la policía de investigación en esta corresponsabilidad, tendrá que adaptarse a la conducción jurídica del Ministerio Público en la investigación de los delitos. Las instituciones policiales y los denominados cuerpos de seguridad pública darán aviso inmediato a la autoridad, que tiene el monopolio de la acción penal, del conocimiento que tengan de la comisión de un delito".[235]

En el mismo sentido, pero refiriéndose a la responsabilidad de menores de edad, Ruth Villanueva Castilleja señala que:

235. Patricia L. González Rodríguez, *La policía Investigadora en el sistema acusatorio mexicano* (México: UNAM, 2013), 32.

> En torno al papel del Ministerio Público, respecto a la reforma que señala: "La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función", es importante destacar que dicha modificación obedeció a la forma de enjuiciamiento de corte acusatorio, que se sumó al conjunto de reformas señaladas, la cual, sistematizándola, permite perfilar que todo el sistema de justicia penal y el diverso especializado en justicia para adolescente se dirima bajo las reglas de un sistema acusatorio.
>
> En ello se incluye la función del Ministerio Público, pero como se trata de un sistema se requirió una especialización a todos los operadores del mismo.
>
> De ahí se observa que tanto magistrados como jueces, Ministerio Público, defensores, policías, personal técnico y aun personal de custodia deben tener conocimiento acerca del trato diferenciado que se le debe brindar a un menor de edad en relación con un adulto, cuando enfrenten a las instituciones de represión del delito.[236]

Cabe hacer la aclaración que los artículos 132 fracciones I y II y 223 del CNPP inconstitucionalmente obligan a la policía a recibir denuncias sobre hechos que puedan ser constitutivos de delito y, lo que es peor, denuncias anónimas, en atención a que, de conformidad al artículo 21 constitucional, "la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, quienes actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esa función".[237] Sin embargo, el Código adjetivo en cita prevé que la policía tiene entre otras obligaciones la de recibir las denuncias y "denuncias" anónimas sobre hechos que puedan ser constitutivos de delito e informar al Ministerio Público por cualquier medio y de forma inmediata de las diligencias practicadas, lo cual da origen a actos de corrupción y pesquisas ilícitas.

236. Villanueva Castilleja, *Los menores de edad*, 47.
237. CPEUM, art. 21.

Ergo, es incuestionable que el contenido de dichos artículos, a más de ser inconstitucionales son inaplicables, en atención, por un lado, a la inaplicabilidad de la norma y, por otro, al respeto al debido proceso.

En otras palabras, como lo refiere la doctora Patricia Lucila González Rodríguez:

> La eficiencia de las instituciones policiales radica en operar con un sistema de organización y administración que contemple herramientas o instrumentos de cómo llevar a cabo diversas actividades que deriven de la función de investigación del delito. Entre estas herramientas de trabajo se encuentran los protocolos de investigación policial y las actas de policía que concentran información relacionada con los órganos de prueba o elementos probatorios derivados de las evidencias físicas o biológicas. Este sistema dará certeza al contenido de los actos procesales que lleve a cabo cada policía; permitirá la integración sistemática y permanente de un esquema de inteligencia policial; evitará que se presenten casos de impunidad que ahora son recurrentes y será probable que por fin disminuyan los espacios de corrupción.[238]

Con lo preceptuado en nuestra Constitución, podemos establecer en teoría, como ya se señaló en el Capítulo Tercero del presente trabajo, el destierro total en nuestro sistema de justicia penal, de instituciones jurídicas como la pesquisa particular, la pesquisa general, la denuncia anónima y la declaración secreta.

Ergo, consideramos que no tiene sustento jurídico el tratar de desconocer en forma anticipada las actuaciones que se lleven a cabo ante autoridades que están ejerciendo su función en un momento determinado en forma cabal, por lo que es necesario dejar en total libertad al juzgador para que valore libremente las pruebas que se hayan desahogado durante el desarrollo del procedimiento, en una audiencia previa a la de juicio oral. Es decir, que valore libremente el acervo

238. González Rodríguez, *La policía Investigadora*, 93.

probatorio y de esa manera evitar tasar, como ya se señaló, la prueba en el proceso penal acusatorio en sentido negativo.

El nuevo sistema de justicia procesal penal en México, si bien está basado en la desconfianza de las partes —y por ello precisamente se requiere que las pruebas se repitan en el periodo de juicio oral para que exista la posibilidad de contradicción al no haber confianzas preestablecidas— eso no debe dar lugar a que se desconozcan en forma anticipada las actuaciones que se lleven a cabo ante autoridades que están ejerciendo su función en un momento determinado. Lo que existe es la presencia de dos lógicas en pugna, a saber: de la desconfianza y del sentido común.

La primera se basa en que nadie tiene que creer que lo que alguna de las partes presenta tiene valor. Es decir, no vale solamente porque alguna de las partes señala ciertas manifestaciones relacionadas con el suceso. Cabe recordar que es hasta el periodo de juicio oral en el que el tribunal que va a juzgar supuestamente tiene contacto con el caso y para ser imparcial no puede conceder credibilidades preconcebidas a ninguna de las partes. Por lo tanto, la lógica de la desconfianza es la exigencia de que los objetos y documentos deban ser acreditados, lo que tomará vida a través de otras pruebas, como son los testimonios, en donde se acredita por medio de la declaración de uno o varios testigos o peritos que efectivamente el objeto o documento tiene relación con aquello que se pretende acreditar. Es decir, los objetos y documentos son ingresados por personas, mismas que están sujetas a comparecer ante el órgano jurisdiccional para recibir su testimonio.

En suma, en el nuevo sistema procesal penal, la prueba es una cuestión de credibilidad y no de admisibilidad. Sin embargo, lo lógico es que las pruebas deben ser admitidas conforme a las reglas de dicho sistema y de conformidad a lo relevante que resulte la misma.

Por consiguiente, el juez de control se enfrentará con la misma problemática que la representación social al momento de decretar el auto de libertad o de vinculación a proceso del imputado dentro del plazo constitucional, ya que aquel es la base del proceso penal

acusatorio. Lo anterior lo corrobora el contenido del párrafo primero del artículo 19 constitucional al señalar que:

> Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresarán el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.[239]

Consideramos, entonces, que la fórmula podría mejorar en forma positiva de la siguiente manera:

> Tanto el Ministerio Público como el juez bajo la libre apreciación de la prueba le darán el valor que consideren pertinente, según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, siempre y cuando hayan sido incorporadas al procedimiento conforme a las reglas establecidas en el Código Nacional de Procedimientos Penales, o bien cuando la contraparte teniendo la oportunidad de contradecirla, la haya aceptado expresa o tácitamente, al no pronunciarse en contra de la misma.

En efecto, la fórmula propuesta es acorde al sistema jurídico al que pertenecemos, toda vez que los actos de toda autoridad en funciones son válidos, como se menciona en el apartado relativo al periodo de investigación del presente estudio, de conformidad con lo ordenado por el artículo 121 de la Constitución, que les da entera fe y crédito a dichos actos de autoridad. Por lo tanto, no se pueden dejar sin valor las actuaciones realizadas tanto por las policías como por el

239. CPEUM, art. 19.

Ministerio Público en la etapa de investigación y menos aún las llevadas a cabo ante un juez.

Visualicemos el siguiente ejemplo: ¿cómo podemos comprobar en el periodo de juicio oral que un inculpado estaba bajo los efectos del alcohol o las drogas cuando conducía un vehículo de motor y produjo la muerte de varias personas en el momento que sucedieron los hechos, siendo que lo detuvieron en flagrancia y el examen forense dio positivo? Es decir, ¿cómo se podría volver a realizar dicha prueba dentro del juicio oral?

Ahora bien, si en un asunto en particular se considera pertinente ingresar una prueba material, por ejemplo, un cuchillo, este va a ser relevante cuando el Ministerio Público lo relacione y lo presente en la audiencia de juicio oral como el mismo que entregó la víctima, la cual fue lesionada con aquel.

Ese señalamiento fáctico precisamente será motivo de prueba, ya que señalar que ese fue el arma con que se lesionó es igual que señalar que el imputado es el responsable porque así lo señala el fiscal. En otras palabras, no existe ninguna razón para creer que esa fue el arma, solamente porque así lo afirma la representación social. En tal virtud, es necesario que el fiscal ingrese el cuchillo como prueba, relacionándolo a través del testimonio de la víctima o con relación a las actuaciones de la investigación, para que pueda ser motivo del debate y por ende del razonamiento judicial.

Lo anterior debe complementarse con la lógica del sentido común. En virtud de esta lógica, hay documentos u objetos cuya naturaleza y relación con los hechos son tan evidentes que las exigencias de acreditación deben de disminuir o desaparecer.

Siguiendo nuestro ejemplo, si la existencia del cuchillo es tan obvia, en todo caso, la carga de la identidad del objeto material "cuchillo" se traslada la carga de la discusión hacia la parte que desea controvertir su autenticidad. En este sentido, las máximas de la experiencia y del sentido común tienen plena vigencia en el sistema de libre valoración de la prueba. En tal virtud, no tiene por qué devaluarse la

actividad desarrollada por la policía, los peritos o el Ministerio Público en el periodo de investigación, sino, por el contrario, en todo caso será la contraparte a quien le corresponda desacreditar los extremos de dicha probanza:

> La acreditación de la prueba material se traduce concretamente en la necesidad de que alguien —un testigo en sentido amplio— esté en condiciones de declarar acerca de la procedencia del objeto y su fidelidad. Así, por ejemplo, el policía que concurrió a la escena del crimen podrá reconocer el cuchillo como aquel recogido por él al concurrir al lugar.[240]

En razón de lo antes expuesto, podemos determinar que el cuchillo relacionado con nuestro ejemplo es una prueba real y no una prueba simplemente demostrativa. En efecto, si de actuaciones se desprende que con ese cuchillo se lesionó a la víctima, ya que fue entregado por esta, fue enviado a servicios periciales a través de la cadena de custodia correspondiente y coincide con la conclusión de los peritos que determinaron que con la misma se produjeron las lesiones, por lo tanto, es evidente que esa arma es la misma con que se lesionó al sujeto pasivo del delito.

Sin embargo, podríamos estar en presencia de un supuesto en donde no se hubiese encontrado el arma con que se lesionó a la víctima y en esta hipótesis también se podría ingresar como medio de prueba un cuchillo de las mismas características que concuerden con las lesiones que presenta la víctima y esta sería una prueba demostrativa que, sin formar parte de los hechos, ilustrara o aclarara al juzgador; es decir, se puede utilizar a falta de objeto real o material como prueba. Esto tampoco da lugar a devaluar la actuación del órgano técnico de la acusación, sino que, en todo caso, sería motivo para que el tribunal de juicio valorara la prueba con toda libertad, sin

240. Andrés Baytelman A. y Mauricio Dulce J., *Litigación Penal Juicio oral y prueba* (México: FCE, 2005), 289.

contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

Con base en lo expresado se comprueba la falta de compromiso de nuestros representantes en el Congreso General, pues con su proceder lesiona el procedimiento penal acusatorio. Esa falta de compromiso de legislar debidamente, a su vez, trajo como consecuencia inmediata la aparición de grupúsculos que, desconociendo la materia sustantiva del derecho penal, se proclamaron como expertos en la parte adjetiva, haciendo alarde de su ignorancia.

Señalamos con anterioridad que existe hoy en día una hipermasificación del desconocimiento en materia penal. Recordemos el concepto de hombre-masa consignado en el libro *La rebelión de las masas* (1929) y que fue una de las contribuciones más relevantes de José Ortega y Gasset a la historia de la filosofía occidental en los años treinta del siglo pasado. Esta describe al hombre de su tiempo, conformista al que la vida le parece fácil, que se siente en control de la realidad que le rodea y que no se somete o siente sometido a nada ni a nadie. Es un individuo egoísta y mimado, un ser cuya máxima preocupación es él mismo. También es el hombre del siglo XXI, preocupado por las tendencias y las apariencias, poco profundo. Esa masa alocada no ve más allá de sí misma, no respeta, no sigue. La masa se impone.

Ese hombre masa que describe Ortega y Gasset cuando menos se reconocía como una persona que se marginaba del espacio común, que no estaba conectada con la realidad, es decir, desconocía los avances sociales, desconocía que detrás de todo su bienestar han habido generaciones de gente brillante, esfuerzos colectivos que le han posibilitado su bienestar y por eso se consideraba un hombre mediocre-hombre masa o idiota[241]. Lamentablemente hoy en día, con

241. El término 'idiota' se designa a una persona engreída sin fundamento para ello y con poca inteligencia que incómoda con sus palabras o acciones. La palabra idiota es de origen griego *ἰδιώτης* o *idiōtēs* que significa "privado, uno mismo". Así, *idiota* es un adjetivo en sentido peyorativo o despectivo, ya que hace referencia a una persona con escasa inteligencia, que no comprende lo que se explica o sucede a su alrededor, aunque sea evidente lo que ocurre en torno a él, se toma como un tonto, imbécil o ignorante.

relación a la mayoría de las personas que se dicen expertos en el nuevo sistema procesal penal, se han convertido en una generación de desencuentro completo al sistema de justicia que orgullosamente pertenecemos, por eso los calificamos como hipermasificados, pues, además de no reconocer todos los avances en nuestra ciencia jurídica, de todos los esfuerzos de gente pensante que a nivel nacional e internacional han logrado que haya una verdadera ciencia jurídica penal, por encima de todo ello, se sienten orgullosos de su ignorancia, haciendo alarde de conceptos y procesos que no corresponden al sistema jurídico al que pertenecemos. Por esto, su comportamiento pone en alto riesgo el colapso de la forma de encauzar a las personas que deben ser sometidas a un proceso penal, en el cual se garanticen todos los derechos humanos del justiciable, sea menor o adulto. En otras palabras, se debe ajustar el actual procedimiento penal acusatorio a los cambios constitucionales acaecidos en 2011, respetando en cualquier estadio procesal el debido proceso, el principio de presunción de inocencia, una defensa adecuada, el principio de precisión de tipo, el principio de división de poderes, de legalidad, el *pro persona*, el *pro reo*, entre otros.

Prueba y procedimiento abreviado

Patricia Lucila González Rodríguez, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, señala:

> El medio adecuado para la aplicación de la ley penal al caso concreto es la utilización del proceso penal. La palabra "Proceso", como lo refiere Carnelutti, expresa la idea de un desarrollo gradual en el tiempo. Este indudablemente tiene como finalidad que previa aplicación de un juicio que obedezca al principio *nulla poena sine juicio* y respetando el principio de inocencia y el debido proceso, la autoridad logre gradualmente llegar al esclarecimiento del hecho que la ley califica como

delito y, en consecuencia, aplique las sanciones que correspondan al autor o partícipe.[242]

Con base en lo anterior, destacaremos otro problema que trae aparejada la división realizada por el CNPP, con relación al tema del procedimiento abreviado. En este procedimiento, contradictoriamente al proceso ordinario, se les otorga valor probatorio pleno a las actuaciones realizadas por la representación social en la investigación respectiva, lo cual, a más de ser un contrasentido, violenta flagrantemente el contenido de la fracción III del artículo 20 apartado A constitucional. Además, en dicho procedimiento se autoriza al juez de control, concluido el debate, en la audiencia respectiva, a que emita su fallo-sentencia. En otras palabras, el juez de control se convierte en juez de juicio, lo cual es también contradictorio a lo señalado en la fracción IV del citado artículo 20 apartado A de nuestra Carta Magna y, por lo tanto, inaceptable.

Juez de ejecución

El juez de ejecución es una figura novedosa que se prevé en el procedimiento penal acusatorio. Esta se encuentra regulada tanto en la Ley Nacional de Ejecución Penal como en la LNSIJPA, cuya finalidad es verificar que se dé el debido cumplimiento a la sentencia impuesta al sujeto activo del delito.

Así, la Ley Nacional de Ejecución Penal en lo medular señala que su objeto es establecer las normas que deben observarse durante el internamiento por prisión preventiva, al ejecutar las penas y las medidas de seguridad que se imponen como resolución judicial, así como indicar que el juez de ejecución es la autoridad judicial especializada

242. González Rodríguez, *La policía Investigadora*, 28.

del fuero federal o local, competente para resolver las controversias en materia de ejecución penal.

Por su parte, la LNSIJPA en el mismo sentido señala que la etapa de ejecución de las medidas de sanción y de internamiento preventivo comprende todas las acciones destinadas a asegurar su cumplimiento. Así,

> El juez de ejecución es la autoridad judicial responsable del control y supervisión de la legalidad de la aplicación y ejecución de las medidas de sanción y de internamiento preventivo; debe resolver los incidentes que se presenten durante la ejecución de las medidas de sanción y de internamiento preventivo, y garantizar el cumplimiento de los objetivos fijados por esta Ley.[243]

243. LNSIJPA, art. 117.

REFLEXIONES FINALES

Con base en el contenido del presente trabajo, consideramos ineludible hacer los ajustes y cambios indispensables al sistema procesal penal acusatorio en nuestro país, regulado desde 2008 en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y concordar el mismo a la reforma constitucional de 2011, para que de la misma forma se lleven a cabo los cambios necesarios tanto en el CNPP como en la LNSIJPA y en la LGDNNA, con la finalidad de lograr una verdadera prevención, procuración y administración de justicia penal.

En tal virtud, de acuerdo con las argumentaciones jurídicas realizadas al procedimiento penal acusatorio, ínsitas en el desarrollo de los diferentes capítulos del presente trabajo y como corolario a nuestra investigación, consideramos hacer las siguientes propuestas:

PRIMERA. El nuevo sistema de justicia procesal penal está basado en principios que garantizan la libertad absoluta al juzgador para que determine en cuáles casos puede ordenar la medida cautelar privativa de la libertad, mejor conocida como prisión preventiva, y no sujetarse a la voluntad del legislador, para que se aplique la misma en forma oficiosa, así la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 27 de enero de 2023 ordenó al gobierno mexicano reformar junto con el arraigo dichas figuras. De tal guisa, solamente se podrá imponer la

prisión preventiva cuando el órgano técnico de acusación así lo justifique y, obviamente, debe de ser en forma excepcional.

Con base en lo anterior, si se tomó la decisión de irrumpir dicho principio procesal y evitar la llamada "puerta giratoria", entonces se debe reformar el CNPP, para evitar confusiones con relación a la medida cautelar privativa de libertad de prisión preventiva y evitar a toda costa la aplicación de conceptos por analogía o silogismos, ya que debe precisarse con exactitud en la ley secundaria cuáles son los delitos graves que refiere nuestra Constitución y en cuáles supuestos dicha medida cautelar puede justificarse para privar de la libertad al activo del delito, tanto para los delitos del fuero común, como federal.

En otras palabras, como se señaló, la ignorancia supina de algunas autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia con relación al nuevo sistema de justicia procesal penal ha provocado, por una parte, que la medida cautelar de privación de la libertad durante el proceso dependa exclusivamente de la lista de delitos señalados constitucionalmente, como de prisión preventiva oficiosa y lo señalado por el propio CNPP. Esto es inaceptable, ya que es procedente cuando el Ministerio Público justifique ante el juez de la causa que para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad no son suficientes otras medidas cautelares. Así, teóricamente, el imputado puede estar sujeto a la citada medida cautelar siempre y cuando el órgano técnico de la acusación la justifique. Esta no depende de que en la especie se trate de delito grave, pues dicha figura dejó de tener vigencia en el CNPP y solamente aplica, como ha quedado demostrado, para casos urgentes y no como base de la medida cautelar privativa de la libertad en cita y, asimismo, no depende de la sanción del delito cometido.

La consideración que antecede es corroborada por lo dispuesto en la fracción II párrafo primero del artículo 166 de la Ley de Amparo que señala en lo conducente que:

> Si se trata de delitos de prisión preventiva oficiosa a que se refiere el artículo 19 constitucional, la suspensión solo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del órgano jurisdiccional de amparo en el lugar que este señale, únicamente en lo que se refiera a su libertad, quedando a disposición de la autoridad a la que corresponda conocer el procedimiento penal para los efectos de su continuación.

Ergo, si se trata de privar de la libertad al imputado, en la comisión de ciertos delitos, el CNPP debe reformarse y señalar puntualmente que la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva es aplicable también a los delitos del fuero común. Esto es ya que hoy en día dicho Código adjetivo penal solamente señala que será aplicable a los delitos del fuero federal; consecuentemente, la suspensión en el amparo indirecto procede abiertamente en todos aquellos casos en que se investiguen delitos del fuero común y que el Ministerio Público no justifique la aplicación de la medida cautelar privativa de la libertad, toda vez que, como quedó comprobado en el desarrollo del presente ensayo, los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa son los señalados en el párrafo sexto del artículo 167 del CNPP. Estos se relacionan únicamente con delitos federales contenidos en el Código Penal Federal, así como en las leyes generales de Salud, Secuestro, Trata de Personas, delitos Electorales y Desaparición Forzada de Personas y Desaparición cometida por Particulares, así como en las leyes federales para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos, Armas de Fuego y Explosivos y Contra la Delincuencia Organizada. Por ello, establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa de conformidad con lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución, además de algunos previstos en el Código Fiscal de la Federación, previstos en el párrafo quinto del artículo 167 antes citado.

La concesión del amparo es más proteccionista a favor del imputado; la sentencia que conceda el amparo surtirá efectos inmediatos, en términos de lo dispuesto por el artículo 77 de la Ley de Amparo que

ordena poner en libertad al inculpado cuando se reclame una orden de aprehensión o autos que establezcan providencias precautorias o impongan medidas cautelares restrictivas de la libertad con motivo de delitos que la ley no considere como graves o respecto de los cuales no proceda la prisión preventiva oficiosa conforme a la legislación procedimental aplicable.

SEGUNDA. Con relación a considerar que el imputado sea procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, a todas luces es violatorio del artículo 23 constitucional al solicitar la medida cautelar privativa de la libertad, por transgredir flagrantemente el principio *non bis in ídem*. Independientemente de que ambos supuestos estén contenidos a nivel constitucional, tanto en el artículo 19 segundo párrafo, como en el artículo 23 primera parte, pues obviamente implica una antinomia, la cual para corregirse requerirá de una reforma al texto constitucional o la creación de un criterio jurisprudencial que indique que prevalece el sancionar a una persona por lo que hace y no por lo que es.

Nuestro punto de vista se enfoca en que debe prevalecer el principio *non bis in ídem*, concatenado con los principios de presunción de inocencia, *pro reo* y *pro persona*, en atención a que el párrafo segundo del artículo 19 constitucional sanciona a la persona por lo que es y no por su conducta, es decir, no por lo que hace; circunstancia jurídica que no es acorde con un Estado de derecho, constitucional, democrático y garantista como el nuestro, sino que es propia de un Estado totalitario. Esta posición deviene contraria a lo que en materia penal se denomina principio de hecho, según el cual hay dos principios que se colocan frente a frente en el derecho penal. Uno de estos en cuanto considera a la conducta o hecho cometido por el hombre. El otro, estimando a la persona en sí. En la primera posición se toma en cuenta la conducta o hecho, olvidando quién lo realiza. Esta posición la explica de una manera precisa Rodríguez Mourullo, cuando dice que de acuerdo con este principio del hecho "se sanciona

al hombre por lo que hace y no por lo que es".[244] La segunda posición desestima la realización del elemento material, considera única y exclusivamente la personalidad del delincuente, propia de los Estados totalitarios. Es de una enorme importancia el tomar partido por uno u otro de los principios enunciados, pues la distinción entre ambos tipos de derecho penal no es solo una cuestión sistemática, sino fundamentalmente política. Solo un derecho penal basado en el hecho cometido puede ser controlado y limitado democráticamente. El derecho penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una ideología totalitaria, conduciendo, en última instancia, a la tesis "amigo-enemigo" tan cara a la ideología nazi.[245]

TERCERA. Así mismo, con relación a la aplicación de la medida cautelar privativa de la libertad, tratándose de menores de edad, en los términos que quedó redactado el CNPP y basados en el interés superior del niño, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la LNSIJPA —que expone "el interés superior de la niñez debe entenderse como derecho, principio y norma de procedimiento dirigido a asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos"[246]— y con los tratados internacionales en la materia, consideramos que no es procedente, pues dicho Código Nacional restringe la aplicación de dicha medida cautelar a ciertas circunstancias, que en el caso de los menores de edad no aplica, a saber:

1. La calificación de los delitos como graves requiere como requisito indispensable que la sanción privativa de libertad del delito de que se trate rebase la media aritmética de cinco años, en términos de lo dispuesto por el artículo 150 del CNPP.

244. Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Derecho y pena en la jurisprudencia constitucional* (Madrid: Civitas, 2002), 51.
245. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Tratado de Derecho penal. Parte General* (España: Tirant Lo Blanch, 2010), 187.
246. LNSIJPA, art. 12.

Dicha exigencia, independientemente del grupo etario al que pertenezca el menor imputado, no la excede.

2. Por disposición expresa del artículo 122 de la LNSIJPA "no se aplicarán a las personas adolescentes los supuestos de prisión preventiva oficiosa establecidos en el artículo 19 de la Constitución".[247]
3. Recordemos que el Estado mexicano está obligado a cumplir con los tratados internacionales que estén ratificados por el Senado de la República. De tal guisa, es necesario reformar el contenido del párrafo noveno del artículo 4° de la Constitución, para cambiar la denominación "de la niñez" por "niño" y así ajustar su contenido a lo señalado tanto en la Convención Sobre los Derechos del Niño Adoptada y Abierta a la Firma y Ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, a las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), para ser acordes con el contenido de la reforma constitucional de 2011, para que respectivamente queden de la siguiente manera:

   Artículo 4.°. La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Esto protegerá la organización y el desarrollo de la familia. En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior del niño, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la protección de los derechos del niño.

247. LNSIJPA, art. 122.

4. De la misma manera, se deberán de realizar los cambios necesarios en los artículos correspondientes, tanto en el CNPP como en la LNSIJPA y en la LGDNNA, ya que, además de existir la obligación de respetar el contenido de los tratados internacionales sobre el particular, la connotación del vocablo niñez se refiere única y exclusivamente al primer periodo de la vida de la persona, comprendido entre el nacimiento y el principio de la adolescencia, motivo por el cual dicho concepto no es acertado, en atención a que la protección del interés superior del niño comprende desde su nacimiento hasta los dieciocho años de edad.

CUARTA. Para garantizar una defensa adecuada y seguridad jurídica hay que proteger los principios de presunción de inocencia, *pro persona*, *pro reo* y debido proceso a favor del imputado, resultando imprescindible reformar los artículos constitucionales que en adelante se señalan con puntualidad, para que los mismos estén acordes con el contenido de la reforma constitucional de 2011. Lo anterior, a pesar de que todo juez honesto y con capacidad debe de evitar la aplicación de una norma que contravenga el contenido de los tratados internacionales, con base en el control de convencionalidad. Esto no es una cuestión discrecional, sino que es una obligación que se encuentra dispersa en todos los operadores jurídicos del país, como una forma de cumplir el deber de velar por la vigencia y observancia de las disposiciones que en materia de derechos humanos integran el sistema interamericano. La inaplicabilidad de las leyes, es decir, la expulsión de una norma del sistema jurídico mexicano, cuando contravenga el contenido de los tratados internacionales, debe en todo tiempo estar presente. Ergo, cualquier órgano jurisdiccional que esté en manos de un servidor público capaz, bajo los principios de concurrencias de normas incompatibles entre sí y el de sucesión de normas, aun tratándose del contenido de artículos constitucionales, tiene la obligación de excluir aquella que atente en contra de los derechos humanos

del justiciable. Sin embargo, consideramos que, para mayor protección del inculpado, se deben realizar los cambios que se proponen, mismos que se sugiere son resaltados en cursivas y en color negro para ubicarlos con facilidad dentro del texto del artículo correspondiente, por lo que proponemos los siguientes cambios:

1. Reformar los párrafos tercero y cuarto y eliminar el párrafo octavo del artículo 16 constitucional, para derogar la figura del arraigo, quedando de la siguiente manera:

   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. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

   No podrá librarse orden de comparecencia o de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito. La orden de aprehensión solamente procederá cuando el delito esté sancionado con pena privativa de libertad; en ambos supuestos, es necesario que esté debidamente comprobado que se ha cometido ese hecho tipificado como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

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

2. Eliminar del párrafo quinto del artículo 17 lo relacionado con la justicia alternativa en materia penal, por ser una figura innecesaria, al existir en nuestro sistema jurídico los delitos

de querella. Como se ha sostenido, nuestro sistema jurídico cuenta con la figura jurídica de la querella, la cual permite otorgar el perdón correspondiente a la víctima u ofendido a favor del sujeto activo del delito, independientemente de que el Ministerio Público o el juez de la causa estén o no de acuerdo. Consiguientemente, es absurdo contar con la existencia de una justicia alternativa en materia penal si el asunto en particular solamente se puede resolver si la víctima u ofendido están de acuerdo en acudir a la misma, por lo tanto, basta y sobra que otorguen el perdón en favor del sujeto activo del delito y se termina el problema.

3. Ahora bien, si lo que interesa al nuevo sistema procesal penal es la reparación del daño, luego entonces, como también quedó determinado en el cuerpo del presente trabajo, estamos de acuerdo con la justicia alternativa, la cual sí debe de campear en el campo forense, pero en otras ramas del derecho diferentes a la penal, y no convertir a las fiscalías o a los órganos jurisdiccionales en materia penal en agencias de cobro, pues ello implica una violación al derecho humano protegido por el párrafo noveno del citado artículo 17 constitucional, que puntualmente señala que "nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil".[248]

En otras palabras, sancionar una conducta prevista como delito no solamente implica la intención por parte del Estado de que se repare el daño causado a la víctima u ofendido, sino que lo más importante es que la pena correspondiente impuesta al activo del delito sirva como prevención, para evitar en lo futuro que se comentan otras conductas de la misma naturaleza y lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad para que no vuelva a delinquir. Cabe resaltar que inclusive en materia penal la responsabilidad del inculpado es personal

248. CPEUM, art. 17, párr 9.

y no trasciende a terceras personas. Ergo, con base en los alcances de una responsabilidad objetiva civil, es más benéfico para el sujeto pasivo del ilícito que se resuelva su problema en este último campo y lograr la anhelada reparación del daño, ya que, en esta área del derecho sí trasciende o puede trascender la reparación del daño a terceras personas y ello contribuirá a hacer más asequible la reparación del daño esperada, especialmente con menores de edad.

4. Con base en lo anterior, se insiste, se deben despenalizar las conductas que no tengan las características de delito, bajo el principio de intervención mínima penal o *ultima ratio*. Así estará garantizado que el derecho penal se ocupe de conductas que lesionen gravemente el bien jurídicamente tutelado y a la sociedad en su conjunto, por lo que se sugiere que quede su redacción de la siguiente manera:

   Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.

5. De igual manera, se propone reformar los párrafos cuarto y quinto y eliminar del párrafo sexto del artículo 18 constitucional lo relativo a las formas alternativas de justicia para los menores de edad, dando por reproducidas en este apartado las argumentaciones sobre el particular antes señaladas, para evitar inútiles repeticiones y resaltar que, en materia civil, la responsabilidad de los menores trasciende a los padres. Además, se debe ajustar su contenido a lo señalado en la Convención Sobre los Derechos del Niño, quedando de la siguiente forma:

   Artículo 18. Solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del

que se destinará para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

La federación y las entidades federativas establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los menores de edad, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos y protegidos bajo el principio del interés superior del niño. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito solo podrán ser sujetos de asistencia social.

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

El proceso penal en materia de justicia para menores de edad será acusatorio y oral, en el que se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Estas deberán ser proporcionales al hecho realizado y tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del niño, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema —y por el tiempo más breve que proceda— y podrá aplicarse únicamente a niños mayores de catorce años de edad, por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito.

6. Modificar sustancialmente el párrafo segundo del artículo 19 constitucional para lograr la seguridad jurídica a toda persona que se le impute la comisión de un delito y se enfrente a la justicia, con precisión de lo que le puede suceder en cuanto a su libertad personal durante el desarrollo del procedimiento penal. De la misma manera, se deberán reformar los artículos correspondientes de la LNSIJPA y del CNPP y, especialmente, en forma inmediata se deberá de abrogar el contenido de las fracciones I y III del artículo 150 de dicho Código adjetivo penal. Este, según su fracción I, califica como delito grave solamente para casos urgentes a todo delito que rebase la media aritmética de cinco años de prisión, concatenado con la fracción III del mismo; es decir que, 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. En otras palabras y para mayor claridad, no es posible aceptar de manera alguna que cualquier delito se convierta en grave por razón de la hora de comisión, pues al ser consignado el activo del delito ante el órgano jurisdiccional correspondiente esa gravedad desaparece y, por lo tanto, si en la especie el delito imputado no trae aparejada como medida cautelar la prisión preventiva oficiosa, el inculpado debe quedar en libertad.
7. Con base en lo anterior, consideramos pertinente también eliminar del párrafo segundo del artículo 19 constitucional lo relacionado con la facultad que tiene actualmente la representación social de solicitar la prisión preventiva para garantizar la comparecencia del imputado durante el desarrollo de la investigación complementaria. Esto ya que, como se precisó en el desarrollo del presente trabajo, también ha de excluirse del CNPP la posibilidad de que el Ministerio Público lleve a cabo una investigación complementaria, ya que dicha figura, a todas luces, violenta flagrantemente el principio de división de poderes consagrado por el artículo 21 constitucional. De tal

guisa, también deberán derogarse del CNPP todos los artículos que se refieran a la investigación complementaria por la violación flagrante a los derechos humanos del justiciable.

8. Además, también se deberá eliminar del párrafo antes mencionado lo relacionado con la procedencia de la medida cautelar privativa de la libertad, cuando se toma en consideración para solicitar la misma que "el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso" para aplicar la prisión preventiva, pues tales circunstancias violentan el principio *non bis in idem* en contra del probable responsable al sancionarlo dos veces por el mismo delito, bajo la ideología nazi de sancionar a la persona por lo que es y no por lo que hace; motivo por el cual se propone que quede de la siguiente manera:

> Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresarán el delito que se impute al probable responsable, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que comprueben que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.
>
> El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando compruebe que otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.
>
> A excepción de los delitos patrimoniales cometidos sin uso de violencia, el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, cuando el delito cometido sea calificado como grave. Se considera que el delito es grave cuando el término medio de la pena privativa de la libertad rebase los cinco años de prisión. El juez podrá dejar de aplicar la medida cautelar de prisión preventiva, cuando se

acredite que el probable responsable haya rendido su declaración inicial y de acuerdo a las circunstancias del caso particular, el imputado no represente un riesgo para la sociedad, a la víctima o al ofendido y acredite que tiene el arraigo correspondiente para garantizar su comparecencia en la audiencia de juicio.

9. De la misma manera es imprescindible reformar las fracciones III, IV y VII del apartado A del artículo 20 constitucional para que la ley secundaria adecue los artículos correspondientes.

Por lo que respecta al tema relacionado con del valor de las pruebas durante el sumario acotado en la fracción III, es totalmente absurdo que hoy en día en el procedimiento penal mexicano se pretenda que las pruebas obtenidas durante la investigación por parte del Ministerio Público carecen de valor para dictar una sentencia. Esto tasa en forma negativa la libre valoración de la prueba que le corresponde en todo momento al juez; en otras palabras, se obliga al juzgador a que las valore en forma negativa. Esto no tiene asidero alguno y menos sustento legal de conformidad con el sistema jurídico al que pertenecemos, por lo cual se sugiere que quede redactado de la siguiente forma:

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

A. De los principios generales:

III. Para los efectos de la sentencia solo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido introducidas al procedimiento legalmente y puedan ser debatidas en la audiencia de juicio.

10. Por lo que respecta al juzgador, es necesario que sea el mismo juez que conoce de la instrucción el que lleve el juicio. En efecto,

el juez debe ser único durante todo el procedimiento, ya que es necesario para realizar un juicio axiológico sobre el asunto que ha de fallar que esté convencido para dictar la sentencia correspondiente de la plena responsabilidad del inculpado para condenarlo, o bien, en caso contrario, para absolverlo. En cualquiera de los dos supuestos, se insiste, debe estar convencido el juez para tal efecto y la única forma de llegar a ese resultado es precisamente el conocimiento profundo y puntual de todo lo que ha sucedido durante el desarrollo del sumario, por lo que se sugiere que quede redactado de la siguiente manera:

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

A. De los principios generales:

IV. El juicio se celebrará ante el juez que haya conocido del caso durante el proceso. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral.

QUINTA. A más de lo anterior, dentro de las soluciones alternas y formas de terminación anticipada que prevé el CNPP para finalizar con el proceso, se encuentran las figuras relacionadas con los acuerdos reparatorios y con la suspensión condicional del proceso, previstos a partir del artículo 186 y hasta el 200.

En ambos supuestos, de la simple lectura del contenido de los artículos señalados se desprende que el único interés palpable que regula dicho Código adjetivo penal es el velar por la reparación del daño a favor de la víctima u ofendido. De tal guisa, volvemos a llamar la atención sobre el particular en el sentido que, si el espíritu de los acuerdos reparatorios se concreta a la reparación del daño, este debe ventilarse ante autoridades distintas de lo penal, de lo contrario, se insiste, se está violentando el último párrafo del artículo 17 constitucional que

menciona "nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil"; es decir, bajo la amenaza penal, se logra el cobro de un adeudo de carácter civil, como lo es la reparación del daño. En esa tesitura, lo que es peor es el supuesto relativo a la suspensión condicional del proceso, ya que la finalidad de dicha figura es la misma que la de los acuerdos reparatorios, agravada según las disposiciones del citado CNPP, con la suspensión del procedimiento penal que, a la sazón, es de orden público. En otras palabras, la naturaleza del procedimiento penal no es susceptible a suspensiones, aunado a que, además, al imputado se le condiciona para tener acceso a la misma, a que cubra una serie de requisitos que son propios de una sentencia condenatoria firme, lo cual no tiene asidero jurídico, pues al imputado durante todo el procedimiento se le considera probable responsable. Luego entonces, la sanción anticipada de las condiciones impuestas por el juez de la causa, en la suspensión condicional del proceso, es totalmente violatoria de sus derechos humanos protegidos por las fracciones V y VIII del apartado A del artículo 20 de la Constitución General, los cuales señalan:

> El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.
>
> A. De los principios generales:
>
> V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente:
>
> VIII. El juez solo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.

En suma, si el Ministerio Público no ha comprobado la plena responsabilidad del indiciado, cómo se le puede autorizar al juez de la causa que presione al sujeto activo del delito en esa forma, sin tener las bases para llevar a cabo el juicio axiológico exigido

constitucionalmente, pues este es propio que lo realice el juzgador en el periodo de juicio y condene al inculpado a la sanción correspondiente, siempre y cuando la representación social haya comprobado la plena responsabilidad en contra de aquel. Sin embargo, por obvias razones no se le puede exigir al imputado que cumpla con una pena anticipada en una etapa temprana del procedimiento para que aplique la suspensión condicional del mismo.

Con base en lo anterior, en el desarrollo del presente trabajo sugerimos que, en todo caso, se podría hablar de audiencias conciliatorias para solucionar el problema, pero, además, si los supuestos en los que son procedentes las figuras anteriores están relacionados con delitos que se persiguen por queja de parte interesada, es decir, por querella, luego entonces no tiene ningún sentido abrir caminos paralelos e innecesarios para obtener la reparación del daño.

En otras palabras, se insiste, basta y sobra que la víctima u ofendido se pongan de acuerdo con el imputado para que repare el daño ocasionado y así otorguen el perdón correspondiente al sujeto activo del delito para poner fin al procedimiento, con la aquiescencia o no del Ministerio Público o del juez. De tal guisa, dichos servidores públicos dejarán de ser curadores de la víctima u ofendido, para que estos obtengan la reparación del daño ocasionado, bajo la amenaza penal en contra del inculpado.

Finalmente, la redacción de la fracción VII del artículo 20 constitucional es inversamente proporcional a lo que debe ser, en atención a que dicha fracción inicia con la siguiente frase: "Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado". De la simple lectura se desprende que quien propone la procedencia del procedimiento abreviado es la representación social, lo cual se corrobora en el contenido de la fracción I del artículo 201 del CNPP, mismo que a la letra señala:

Requisitos de procedencia y verificación del Juez. Para autorizar el procedimiento abreviado, el Juez de control verificará en audiencia los siguientes requisitos:

1. Que el Ministerio Público solicite el procedimiento, para lo cual se deberá formular la acusación y exponer los datos de prueba que la sustentan. La acusación deberá contener la enunciación de los hechos que se atribuyen al acusado, su clasificación jurídica y grado de intervención, así como las penas y el monto de reparación del daño.[249]

Dicha aberración es muy fácil de corregir. Consideramos que, si es el imputado el que bajo su riesgo, y a sabiendas de las consecuencias que pueden repercutir en contra suya, decide la vía del procedimiento abreviado al estar comprobada su responsabilidad con las pruebas recabadas por la representación social, por elemental lógica, será él mismo quien deba solicitarlo. En tal virtud, consideramos pertinente que se le reconozca al inculpado tal decisión y beneficiarlo por facilitar las cosas, pues, en el campo práctico, dicha determinación inclusive favorece el trabajo realizado por la representación social; en otras palabras, convierte en inmaculada la investigación, por aquel motivo por el cual corrobora que su actuación fue correcta.

SEXTA. Por otra parte, es un hecho notorio que actualmente en nuestro país la figura del procedimiento abreviado ha promovido la corrupción en la mayoría de las fiscalías a nivel nacional; inclusive, públicamente se ha dado a conocer en los medios masivos de comunicación que, para que el imputado acceda a dicho procedimiento, debe pagar una "dádiva" para tener acceso al mismo. Debe entenderse como hecho notorio en general aquellos hechos que, por el conocimiento humano se consideran ciertos e indiscutibles, ya sea que pertenezcan a la historia, a la ciencia, a la naturaleza, a las vicisitudes de

249. CNPP, art. 201.

la vida pública actual o a circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar, de modo que toda persona de ese medio o entorno esté en condiciones de saberlo. Desde el punto de vista jurídico, se puntualiza que hecho notorio es cualquier acontecimiento de dominio público conocido por todos o casi todos los miembros de un círculo social, respecto del cual no hay duda ni discusión; de manera que al ser notorio la ley exime de su prueba, por ser del conocimiento público en el medio social donde ocurrió o donde se tramita el procedimiento.

Por tanto, para dejar la facultad de elegir el tipo de proceso penal al imputado y así sea el juez de la causa quien deberá decidir su procedencia —pues se insiste en el sentido que quien quiere abandonar la contienda es el propio inculpado, facilitando la tarea a la representación social al rendirse o, en términos ajedrecistas, inclina o acuesta al rey— se propone la siguiente redacción:

> VII. Una vez iniciado el proceso penal, el inculpado podrá solicitar al juez de la causa que decrete su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, en presencia de su defensor, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. El juzgador otorgará beneficios al inculpado cuando acepte su responsabilidad, los cuales consistirán en una reducción de una tercera parte de la pena mínima y máxima que se señale al delito cometido.

SÉPTIMA. De la misma manera se propone ajustar las fracciones VI, VII, VIII y IX del apartado B del artículo 20 constitucional para proteger debidamente los derechos humanos del imputado relacionados con una defensa adecuada.

En efecto, con relación a la fracción VI, actualmente se señala que "el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la

investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirle declaración o entrevistarlo"[250] lo cual, por obvias razones, limita el derecho que tiene el sujeto activo del delito de defenderse adecuadamente de las imputaciones que obren en su contra desde el periodo de investigación. Hoy en día, es una práctica común que no se cite al imputado a comparecer ante el Ministerio Público, motivo por el cual el sujeto activo del delito se entera de la imputación que obra en su contra, una vez que la investigación es consignada al juez de la causa; consecuentemente, no ha tenido conocimiento de las imputaciones que obran en su contra ni acceso a los datos que requiere para su defensa, lo cual violenta flagrantemente el debido proceso. Con base en lo anterior, proponemos la siguiente redacción:

> De los derechos de toda persona imputada:
>
> VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten tanto en la correspondiente carpeta de investigación como en el proceso.
>
> El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación desde el inicio de esta, así como cuando el Ministerio Público pretenda obtener su declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa.

Por lo que respecta a la fracción VII del artículo 20 apartado B constitucional a comento, existe un contrasentido con lo dispuesto en la fracción IX del mismo artículo, ya que la fracción VII señala con puntualidad que el imputado será:

250. CPEUM, art. 20, ap. B, fr. VI.

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

Sin embargo, el párrafo segundo de la fracción IX del citado artículo 20 apartado B autoriza en contra del imputado un plazo máximo de dos años de prisión preventiva privativa de libertad. Dicha inconsistencia, en manos de cualquier juez honesto y capaz, se resuelve bajo la exclusión del principio de normas incompatibles entre sí y por tratarse de un derecho humano a favor del probable responsable, obviamente, se desplaza la que le perjudique y consecuentemente prevalece el plazo fijado en la fracción VII, lo cual, por desgracia, en la práctica no acontece. Así las cosas, sugerimos que se armonicen dichas disposiciones constitucionales, por lo que, partiendo de la base que se debe respetar lo que más le beneficia al imputado bajo la tutela de los principios *pro reo* y *pro persona*, sugerimos que la fracción VII quede intacta y la IX se ajuste a lo señalado por la primera nombrada, quedando como sigue:

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

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

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivara el proceso y en ningún caso será superior a un año, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será

puesto en libertad de inmediato mientras continúa el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

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

Finalmente, con relación a la fracción VIII del citado artículo 20 apartado B constitucional, si bien es cierto que actualmente se autoriza a nombrar defensor al imputado, se desprende del mismo que es desde el momento de su detención. Sin embargo, el derecho de defensa es ilimitado y para tener una defensa adecuada y ser congruentes con nuestra propuesta relacionada con la fracción VI antes transcrita seremos enfáticos en señalar que el probable responsable tiene derecho a nombrar un defensor desde un inicio en la investigación, motivo por el cual proponemos la siguiente redacción:

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, el cual elegirá libremente desde el inicio de la investigación. Si no quiere o no puede nombrar un abogado después de haber sido requerido para hacerlo, tanto el Ministerio Público como el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos en la investigación y en el proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

OCTAVA. Con relación al contenido del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reiteramos nuestro criterio de eliminar del párrafo segundo del mismo, es decir, lo relacionado con el ejercicio de la acción penal por particulares, por resultar en la práctica absurdo y, además, para evitar una doble victimización para la víctima u ofendido, ya que estos corren un riesgo innecesario al tratar de llevar a cabo acciones de propia mano que son adecuadas para los elementos policiales o del Ministerio Público. Esa fórmula novedosa que prevé actualmente el CNPP nos retrotrae hasta la antigua Grecia, como se señaló en el transcurso del

presente trabajo, cuando se rindió culto a la elocuencia retórica en el foro, en donde los asuntos judiciales se ventilaban en público y ante los ojos del pueblo. No se permitía la intervención de terceros en los juicios, el acusador era el mismo ofendido y tenía que exponer verbalmente su caso ante los jueces griegos, alegando de viva voz, en tanto que el acusado tenía que defenderse por sí mismo. Se permitía que los terceros lo auxiliaron en la redacción de las defensas usando los instrumentos que preparaban, llamados "logógrafos".

Como se desprende del contenido del artículo 21 constitucional, incumbe al Ministerio Público la investigación de los delitos. Cabe insistir que fue hasta la promulgación de nuestra Constitución General de la República actual en donde quedó plasmado lo anterior, pues antes de 1917 los jueces mexicanos estaban facultados para investigar los delitos e imponer las penas previstas para estos.

En el sistema que se seguía en nuestro país antes de la Constitución Política vigente, el juez realizaba funciones de policía al poder investigar los delitos; también llevaba a cabo funciones de Ministerio Público, pues ante él se podían presentar las denuncias, a la sazón, hoy en día lo prevé el CNPP. Esto daba lugar a su participación inmediata en el conocimiento de los hechos y en esas condiciones le otorgaba un poder casi ilimitado y omnipotente, ya que en sus manos se encontraba la facultad de investigar los delitos, acumular las pruebas, procesar y juzgar a los inculpados.

En nuestro país, tal circunstancia quedó desterrada en nuestra Constitución de 1917, precisamente con la figura del Ministerio Público como representante social, para que cualquier sujeto pasivo del delito pueda ser debidamente representado y evitar una discriminación entre la población no pudiente y las personas que tienen recursos para contratar asesores privados que los orienten en su ofensiva.

En otras palabras, la misma Constitución proscribe en el primer párrafo de su artículo 17 que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho; lo cual es correcto. De lo contrario, podemos regresar a la venganza privada

y, además, como objetivo del presente trabajo, el sujeto pasivo del delito al intentar hacer valer su derecho de propia mano y ejercitar la acción penal en forma privada quizás esté usurpando una función pública, reservada a la representación social.

NOVENA. De la misma manera sugerimos derogar el párrafo séptimo del citado artículo 21 constitucional, el cual está relacionado con los criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal. A últimas fechas hemos visto en forma por demás estupefacta cómo en nuestro país a verdaderos delincuentes se les deja en libertad al hacer valer a su favor el fiscal correspondiente, algún criterio de oportunidad, no importando la gravedad del delito cometido, lo que convierte a dicho fiscal en un juez de facto que, sin previo juicio, absuelve al activo del delito. Esto es inaceptable y a la postre podrá incrementarse la comisión de más delitos.

Con base en lo anterior, sugerimos, como ya se mencionó, eliminar dicho párrafo séptimo y modificar el segundo, para quedar como sigue:

> La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función. El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde única y exclusivamente al Ministerio Público.

DÉCIMA. De igual manera, como se mencionó en el desarrollo del presente trabajo, también es necesario la creación de un Código Penal nacional y un Código Penal nacional para menores, ya que a estos se les aplican por analogía las conductas previstas como delitos en los códigos penales para las personas mayores de dieciocho años, como lo corrobora, por ejemplo, el Código Penal para el Distrito Federal en su Título Primero, denominado de la Ley Penal Capítulo III, Aplicación Personal de la Ley, artículo 12, el cual, a la letra señala:

> Artículo 12 (Validez personal y edad penal). Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las personas a partir de los dieciocho años de edad.

Con base en lo anterior, nuestra propuesta de creación de sendos códigos, ha de ser bajo la premisa de privilegiar el principio de intervención mínima penal o *ultima ratio* y así despenalizar varias conductas que no tienen que permanecer en la legislación penal y, por otra parte, también sugerimos que propongan la creación de nuevos tipos penales que se adecuen a las exigencias que impone nuestro actual modo de vida.

De la misma manera propondremos hacer las correcciones correspondientes a las denominadas leyes especiales tanto en el ámbito federal como local, para ajustar los tipos penales previstos en las mismas a los principios y directrices que campean en el ámbito penal a nivel internacional.

DÉCIMA PRIMERA. A más de lo anterior, la atención de los niños menores de doce años de edad, que se encuentren involucrados en conductas tipificadas como delito, hoy en día, como se ha sostenido, es nula, por lo que el Estado mexicano debe proteger sus derechos previstos en el párrafo noveno del artículo 4.° constitucional.

De tal guisa, consideramos que no basta que a los niños menores de doce años de edad, que se encuentren involucrados en conductas delictuosas se les restituyan en forma "integral" sus derechos, dejándolos en libertad como lo señala el artículo 126 de la LNSIJPA y 123 de la LGDNNA, mismos que respectivamente a la letra señalan:

> Artículo 126. Protección especial para persona detenida menor de doce años de edad. Si la persona es menor a doce años de edad, el Ministerio Público deberá inmediatamente dar aviso a quienes ejerzan sobre ella la patria potestad o tutela, así como a la Procuraduría de Protección competente para que esta aplique, en caso de resultar procedente, el

procedimiento de protección y restitución de derechos establecidos en el artículo 123 de la Ley General o en la legislación estatal en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes aplicable.

Artículo 123. Para solicitar la protección y restitución integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, las Procuradurías de Protección deberán seguir el siguiente procedimiento:

I. Detectar o recibir casos de restricción y vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes.
II. Acercarse a la familia o lugares en donde se encuentren niñas, niños y adolescentes para diagnosticar la situación de sus derechos cuando exista información sobre posible restricción o vulneración de los mismos.
III. Determinar en cada uno de los casos identificados los derechos que se encuentran restringidos o vulnerados.
IV. Elaborar, bajo el principio del interés superior de la niñez, un diagnóstico sobre la situación de vulneración y un plan de restitución de derechos, que incluya las propuestas de medidas para su protección.
V. Acordar y coordinar con las instituciones que corresponda el cumplimiento del plan de restitución de derechos.
VI. Dar seguimiento a cada una de las acciones del plan de restitución de derechos, hasta cerciorarse de que todos los derechos de la niña, niño o adolescente se encuentren garantizados.

De la simple lectura de los artículos transcritos se desprende que a dichos menores solamente se les van a restituir sus derechos; sin embargo, sendas leyes secundarias no resuelven el problema de fondo, pasan por alto que, en muchas ocasiones, precisamente el problema está en el núcleo familiar.

Bajo esa tesitura, sugerimos que, a más del diagnóstico personalizado a esos menores de doce años de edad que por su situación precaria

estén en grave peligro de caer en manos de la delincuencia organizada, se les puede separar del núcleo familiar y enviarlos a algún "centro de aislamiento", no en el sentido negativo, sino propositivo. En otras palabras, pensemos, por ejemplo, en la Escuela Militar en México, el hecho que al interesado se le "recluye" o interne en dicha escuela no es para sancionar, sino para preparar su futuro. Analógicamente, al menor de edad que se encuentre, como ya se mencionó, en una situación precaria como la antes dicha, se le puede internar en un lugar *ad hoc*, para educarlo y para que desarrolle todas sus potencialidades.

Con base en lo anterior, se podría pensar, por ejemplo, en lo que fue la Colonia Penal Federal de las Islas Marías, cuyas instalaciones están subutilizadas, ya que cuentan con la infraestructura necesaria para dar hospedaje, educación, capacitación en algún arte u oficio a dichos menores; en otras palabras, ese complejo puede servir para proteger a esos niños menores de doce años y convertirlos en personas de bien.

Es obvio suponer que la propuesta anterior requiere mucho esfuerzo y la cooperación del Gobierno Federal, así como de la sociedad civil en su conjunto, sin embargo, al ser una propuesta viable y que beneficia a nuestra sociedad, se puede lograr obtener ese beneficio.

ANEXOS

Anexo I. Jurisprudencias

Derecho al debido proceso. Su contenido.
Dentro de las garantías del debido proceso existe un "núcleo duro", que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al "núcleo duro", las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la "garantía de audiencia", las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO", sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la

oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar, y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona, cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.

Amparo en revisión 352/2012. 10 de octubre de 2012. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Mario Gerardo Avante Juárez.

Amparo directo en revisión 3758/2012. **********. 29 de mayo de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.

Amparo en revisión 121/2013. 12 de junio de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Cecilia Armengol Alonso.

Amparo en revisión 150/2013. 10 de julio de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Amparo directo en revisión 1009/2013. 16 de octubre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien reservó su derecho a formular voto concurrente. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez.

LICENCIADO HERIBERTO PÉREZ REYES, SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis jurisprudencial fueron aprobados por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de fecha siete de febrero de dos mil catorce. México, Distrito Federal, diez de febrero de dos mil catorce. Doy fe".

"En términos de lo previsto en los artículos 3° fracción II y 20° fracción VI de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en esta versión Pública".

ABSTENCIONES, OMISIONES O DILACIONES ATRIBUIDAS AL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO. NO CONSTITUYEN ACTOS DE AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO.

Tipo: Aislada. Registro digital: 2020930. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materia(s): Común, Penal. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL QUINTO CIRCUITO. Amparo en revisión 336/2018. 13 de junio

de 2019. Unanimidad de votos; votó con reservas el Magistrado Erick Bustamante Espinoza; mayoría de votos en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ponente: Jorge Humberto Benítez Pimienta. Secretario: Jesús Guillermo Bayliss Verdugo".

Presunción de inocencia.

Este principio se constituye en el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su responsabilidad penal haya quedado demostrada plenamente, a través de una actividad probatoria de cargo, obtenida de manera lícita, conforme a las correspondientes reglas procesales.

De acuerdo con la tesis P. XXXV/2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, agosto de 2002, página 14, de rubro: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", este principio aparece implícito en 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, así como en los diversos principios de debido proceso legal y el acusatorio dando lugar a que el acusado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia, sino que incumbe al Ministerio Público acreditar la existencia de los elementos constitutivos de delito y la culpabilidad del inculpado. Al tenor de estos lineamientos se colige que el principio de inocencia se constituye por dos exigencias: a) El supuesto fundamental de que el acusado no sea considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria; lo que excluye, desde luego, la presunción inversa de culpabilidad durante el desarrollo del proceso y b) La acusación debe lograr el convencimiento del juzgador sobre la realidad de los hechos que afirma como subsumibles en la prevención normativa y la atribución al sujeto, lo que determina necesariamente la prohibición de inversión de la carga de la prueba.

Ahora bien, el primer aspecto representa más que una simple presunción legal a favor del inculpado, pues al guardar relación estrecha con la garantía de audiencia, su respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio que se siga se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, para garantizar al

acusado la oportunidad de defensa previa al acto privativo concreto; mientras que el segundo se traduce en una regla en materia probatoria, conforme a la cual la prueba completa de la responsabilidad penal del inculpado debe ser suministrada por el órgano de acusación, imponiéndose la absolución si esta no queda suficientemente demostrada, lo que implica, además, que deben respetarse los lineamientos generales que rigen para la prueba en el proceso penal y su correcta justipreciación, pues los elementos de convicción que se consideren para fundar una sentencia de condena, deben tener precisamente el carácter de pruebas y haber sido obtenidos de manera lícita. Así, la presunción de inocencia se constituye en el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su responsabilidad penal haya quedado demostrada plenamente, a través de una actividad probatoria de cargo, obtenida de manera lícita, conforme a las correspondientes reglas procesales y que sea capaz de enervar al propio principio.

Cuarto tribunal colegiado en materia penal del primer circuito.

Amparo directo 864/2006. 31 de marzo de 2006. Unanimidad de votos (no obstante, la Magistrada Olga Estrever Escamilla, manifestó estar acorde con el sentido del fallo, mas no así con todas las consideraciones). Ponente: Miguel Ángel Aguilar López. Secretario: Héctor Vargas Becerra.

Amparo directo 1324/2006. 12 de julio de 2006. Unanimidad de votos (no obstante, la Magistrada Olga Estrever Escamilla, manifestó estar acorde con el sentido del fallo, mas no así con todas las consideraciones). Ponente: Miguel Ángel Aguilar López. Secretario: Héctor Vargas Becerra.

Presunción de inocencia en su vertiente de estándar de prueba. contenido de este derecho fundamental.

La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de "poliédrico", en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de esas vertientes se manifiesta como "estándar de prueba" o "regla de juicio", en la medida en que este derecho establece una norma que ordena a los Jueces la absolución de los inculpados cuando durante el proceso no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona; mandato que es aplicable al momento de la valoración de la prueba. Dicho de forma más precisa, la presunción de inocencia como estándar de prueba o regla de juicio comporta dos normas: la que establece las condiciones que tiene que satisfacer la prueba de cargo para considerar que es suficiente para condenar; y una regla de carga de la prueba, entendida como la norma que establece a cuál de las partes perjudica el hecho de que no se satisfaga el estándar de prueba, conforme a la cual se ordena absolver al imputado cuando no se satisfaga dicho estándar para condenar.

Amparo directo 61/2014. Alejandro Garniño Tejeda y otro. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo 14/2015. Juan Manuel García Chávez. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz,

Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo 15/2015. Ángel Muñoz Rico. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo 16/2015. Sergio Figueroa Hernández. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

El Tribunal Pleno, el veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho, aprobó, con el número VII/2018 (10ª.), la tesis aislada que antecede. Ciudad de México, a veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho.

In dubio pro reo. Obligaciones que impone este principio a los tribunales de amparo.

La presunción de inocencia es un derecho fundamental de observancia obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales del país en el marco de cualquier proceso penal, por lo que es indiscutible que los tribunales de amparo deben protegerlo en caso de que los tribunales de instancia no lo respeten. Ahora bien, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el principio in dubio pro reo forma parte de dicho derecho fundamental en su vertiente de estándar de prueba. De esta manera, si se asume que la "duda" a la que alude el citado principio hace referencia a la incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación, es perfectamente posible que para determinar si un tribunal de instancia vulneró la presunción de inocencia, los tribunales de amparo verifiquen si en un caso concreto existían elementos de prueba para considerar que se había actualizado una duda razonable.

En este sentido, la presunción de inocencia, y específicamente el principio in dubio pro reo, no exigen a los tribunales de amparo conocer los estados mentales de los jueces de instancia ni analizar la motivación de la sentencia para determinar si se puso de manifiesto una duda sobre la existencia del delito o la responsabilidad del acusado. Cuando se alega una violación al principio in dubio pro reo o la actualización de una duda absolutoria, la presunción de inocencia impone a los tribunales de amparo el deber de analizar el material probatorio valorado por los tribunales de instancia para cerciorarse que de este no se desprende una duda razonable sobre la culpabilidad del acusado. Si esto es así, lo relevante no es que se haya suscitado la duda, sino la existencia en las pruebas de condiciones que justifican una duda. En otras palabras, lo importante no es que la duda se presente de hecho en el juzgador, sino que la duda haya debido suscitarse a la luz de la evidencia disponible. Así, la obligación que impone el derecho a la presunción de inocencia a un tribunal de amparo en estos casos consiste en verificar si, a la luz del material probatorio que

obra en la causa, el tribunal de instancia tenía que haber dudado de la culpabilidad del acusado, al existir evidencia que permita justificar la existencia de una incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación, ya sea porque esta no se encuentre suficientemente confirmada o porque la hipótesis de inocencia planteada por la defensa esté corroborada.

Pleno

Amparo directo 61/2014. Alejandro Garniño Tejeda y otro. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo 14/2015. Juan Manuel García Chávez. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo 15/2015. Ángel Muñoz Rico. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo 16/2015. Sergio Figueroa Hernández. 30 de octubre de 2017. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

El Tribunal Pleno, el veintinueve de noviembre en curso, aprobó, con el número IV/2018 (10ª.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho.

Esta tesis se publicó el viernes 11 de enero de 2019 a las 10:12 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Orden de aprehensión. efectos del amparo cuando se concede contra el mandamiento de captura emitido por el juez de control para hacer comparecer al inculpado a la audiencia de formulación de la imputación y no exista justificación del ministerio público de la necesidad de dicha medida excepcional (legislación del estado de méxico).

Esta tesis se publicó el viernes 04 de abril de 2014 a las 10:40 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 07 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Si el Juez de Control, previa solicitud de la Representación Social —mediante comparecencia— ordenó la búsqueda, localización y aprehensión del inculpado sin que se justificara, fundada y motivadamente en la propia audiencia, la actualización de un caso excepcional para optar por la captura, en vez de la cita a la audiencia de formulación de la imputación, pues el Ministerio Público soslayó expresar los motivos, las razones o circunstancias por las que consideraba que se dificultaría o demoraría la comparecencia del indiciado a dicha audiencia en caso de que se le hubiera citado y que, por ende, resultaba necesaria su aprehensión —en términos del artículo 184.° del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, vigente a partir del uno de octubre de dos mil nueve—; sin que ello hubiere sido advertido por el Juez responsable, se contravienen, en perjuicio del indiciado, los principios de presunción de inocencia e imparcialidad que rigen en el nuevo sistema de justicia penal y, en vía de consecuencia, se transgreden también los principios de legalidad y seguridad jurídica previstos en los artículos 14° y 16° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, la concesión del amparo que por este motivo se conceda debe ser total y para que el respectivo Juez de Control deje sin efectos la orden de aprehensión emitida hasta en tanto el Ministerio Público, de ser el caso, formule su

petición en términos de ley, dado que no está permitido al juzgador subsanar las deficiencias u omisiones en que incurra el representante social ni resolver oficiosamente sin que la parte persecutora o fiscalía cumpla previamente con las cargas legalmente exigidas, a fin de que el órgano judicial ordinario autorice un acto de molestia al gobernado, como lo es, sin duda, una orden de aprehensión, sobre todo cuando dicha medida se prevé únicamente como excepcional previa justificación razonada.

Segundo tribunal colegiado en materia penal del segundo circuito.
Amparo en revisión 151/2010. 30 de septiembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Gigliola Taide Bernal Rosales.

Pruebas en el procedimiento penal. supuestos en que debe nulificarse su eficacia.

La eficacia de las pruebas en el procedimiento penal debe nulificarse en los casos en que la norma transgredida establezca: (i) garantías procesales, (ii) la forma en que se practica la diligencia, o bien (iii) derechos sustantivos en favor de la persona. Por su parte, las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales. Así, los medios de prueba que deriven de la vulneración de derechos fundamentales no deben tener eficacia probatoria, pues de lo contrario se trastocaría la garantía de presunción de inocencia, la cual implica que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, circunstancia que necesariamente implica que las pruebas con las cuales se acreditan tales extremos, deben haber sido obtenidas lícitamente.

Amparo directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Amparo directo 16/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Amparo directo 10/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo directo 8/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López.

Amparo directo 33/2008. 4 de noviembre de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Tesis de jurisprudencia 140/2011. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de cuatro de noviembre de dos mil once.

Orden de aprehensión en el sistema de justicia penal acusatorio. por su naturaleza restrictiva de la libertad amerita certeza jurídica, pero no implica someter a escrutinio los datos de prueba bajo el estándar de etapas más tardías del proceso.

Para pronunciarse respecto a la orden de captura, una vez superado el tema de necesidad de la medida, el órgano jurisdiccional debe analizar que consten los datos que establezcan que fue cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión y, para ello, el representante social debe hacer una relación precisa de los hechos sustentados en los registros de la investigación, exponiendo las razones por las que considera que ese "hecho real de vida" fue cometido y la posibilidad de intervención del imputado en ese ilícito, bajo la premisa de que dicho requisito es informativo, no demostrativo.

Ahora bien, el alcance valorativo del "dato" de prueba referenciado al dictado de la orden de aprehensión, se limita al contenido del medio de convicción que se advierta idóneo, pertinente y, en su conjunto, suficiente para establecer razonablemente el hecho delictuoso; entonces, aun cuando la orden de aprehensión por su naturaleza restrictiva de la libertad amerita certeza jurídica, ello no implica que para su dictado el Juez someta a escrutinio los datos de prueba bajo el estándar de etapas más tardías del proceso, por eso, si realiza valoraciones integrales de la prueba, confronta versiones y destaca inconsistencias a partir de la capacidad narrativa del órgano de prueba, desnaturaliza el sistema, porque confiere a los "datos de prueba" estándar de "prueba", lo que incrementa la exigencia de la etapa por la que transita el proceso y desdeña los principios de inmediación y contradicción, porque esos datos no fueron desahogados en su presencia ni sometidos al contradictorio por las partes.

Cuarto tribunal colegiado en materia penal del segundo circuito.

Amparo en revisión 113/2019. 23 de enero de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: Irma Rivero Ortiz de Alcántara. Secretaria: Eva Alejandra Valles Salayandia.

Esta tesis se publicó el viernes 21 de mayo de 2021 a las 10:26 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Jurisprudencia emitida por la corte interamericana de derechos humanos. es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona.

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1°. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional, y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

Se estima aplicable por identidad de razón, el criterio interpretativo emitido por el Tribunal Pleno del más Alto Tribunal de la Federación; consultable en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, abril de 2014, Tomo I, Tesis: P./J. 21/2014 (10ª.), página 204 que textualmente establece lo anterior.

Anexo II. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la presunción de inocencia

Se señala el caso, así como una síntesis de las garantías relevantes a las que la Corte arribó en su resolución. La síntesis de las garantías expuestas en contestes con el número de párrafo que les sigue (entre corchetes y resaltado).

Caso López Mendoza vs. Venezuela
Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C núm. 233, párr. 128 (Venezuela, 2011).

128. En el ámbito penal esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales[**227**]**.** La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa[**228**]. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado[**229**]. Además, la falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia [**230**], el cual es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine la culpabilidad quede firme[**231**]. Por otro lado, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. La presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable[**232**].

Caso J. Vs. Perú.
Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C núm. 275, párr. 233 (Perú, 2013).
ii. Consideraciones de la Corte

233. En el ámbito penal, la Corte Interamericana ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales[**341**]. La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa[**342**] y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado[**343**]. Por otro lado, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa[**344**].

Caso Zegarra Marín vs. Perú
Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C núm. 331, párr. 122, 123, 124, 142, 148 (Perú, 2017).

[Se reiteró el criterio del caso Cantoral Benavides vs. Perú.]

122. En relación con lo anterior, el principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad[**117**], tras un proceso sustanciado de acuerdo a las debidas garantías[**118**]. Por lo que si "obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es precedente condenarla, sino absolverla[**119**]". Debe recordarse que "[l]a falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia[**120**]". En este sentido, cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado[**121**].

123. Este estado jurídico de inocencia se proyecta en diversas obligaciones que orientan el desarrollo de todo el proceso penal. Así, la demostración fehaciente de a culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora[**122**]. Es más, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa[**123**].

[Se reiteró el criterio del caso Ruano Torres vs. El Salvador]

124. En este sentido, la Corte estima que la presunción de inocencia exige que el acusador deba demostrar que el ilícito penal es atribuible a la persona imputada, es decir, que ha participado culpablemente en su comisión y que las autoridades judiciales deban fallar [con un criterio] más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad penal individual del imputado, incluyendo determinados aspectos fácticos relativos a la culpabilidad del imputado[**124**].

[Valoración probatoria.]

142. En segundo lugar, la Corte ha señalado que el proceso penal, en tanto respuesta investigativa y judicial del Estado, debe constituir un medio adecuado para permitir una búsqueda genuina de la verdad de lo sucedido mediante una evaluación adecuada de las hipótesis consideradas sobre el modo y circunstancias del delito[**142**]. Al respecto, en virtud del principio de presunción de inocencia, la Quinta Sala Penal debía valorar racional y objetivamente las pruebas de cargo y descargo, pero también las pruebas de oficio, así como desvirtuar las hipótesis de inocencia que surgiera a partir de estas, a fin de determinar la responsabilidad penal.

148. Asimismo, la Corte ha resaltado la necesidad de que "el fallo de condena proporcione una fundamentación clara, completa y lógica en la cual, además de realizar una descripción del contenido de los medios de prueba, exponga su apreciación de los mismos y se indiquen las razones por las cuales los mismos le resultaron, o no,

confiables e idóneos para acreditar los elementos de la responsabilidad penal y, por lo tanto, desvirtuar la presunción de inocencia" [**150**].

Caso Petro Urrego vs. Colombia
Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C núm. 406, párr. 125 (Colombia, 2020).

125. Asimismo, la Corte ha indicado que, como fundamento de las garantías judiciales [**172**], el principio de presunción de inocencia implica que el imputado goza de un estado jurídico de inocencia o no culpabilidad mientras se resuelve acerca de su responsabilidad [**173**] y que no recae en él demostrar que no ha cometido la falta que se le atribuye pues el *onus probandi* corresponde a quien acusa [**174**]. La presunción de inocencia guarda un vínculo estrecho con la imparcialidad en la medida en que implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa [**175**]. De tal suerte, esta garantía se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial a él concerniente refleja que lo es [**176**]. Además, el Tribunal ha señalado que la institución de la recusación tiene como finalidad actuar como garantía para las partes en el proceso, y por el otro, otorgar credibilidad a la función que desarrolla la jurisdicción [**177**].

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México
Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C núm. 220, párr. 184 (México, 2010).

184. De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Europeo, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. La presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable [**284**].

Caso Ricardo Canese vs. Paraguay
Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C núm. 111, párr. 2, 153, 161 (Paraguay, 2004).

[Se reiteró el criterio de los casos *Cantoral Benavides vs. Perú* y *Zegarra Marín vs. Perú*.]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad […]

153. La Corte ha señalado que el artículo 8.2 de la de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla[**147**]. En este sentido, la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada[**148**].

[Aplicable a la presunción del dolo decretada por la Juez de Amparo, como se acredita con la sentencia anterior.]

161. A partir de las anteriores razones, el Tribunal encuentra que tanto el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal del Primer Turno como el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, presumieron el dolo del señor Canese y, a partir de ello, le exigieron que desvirtuara la existencia de su intención dolosa. De esta manera, tales tribunales no presumieron la inocencia del imputado, por lo que la Corte concluye que el Estado violó, en perjuicio del señor Canese, el artículo 8.2 de la Convención Americana.

Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala
Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 120, 121 (Guatemala, 2019).

[Duda razonable.]

120. Este tribunal ha descrito el contenido que debe ser satisfecho de acuerdo al deber de motivación en relación con el respeto a la

presunción de inocencia de los acusados, al sostener que "[l]a Corte subraya la relevancia de la motivación, a fin de garantizar el principio de presunción de inocencia, principalmente en una sentencia condenatoria la cual debe expresar la suficiencia de prueba de cargo para confirmar la hipótesis acusatoria; la observancia de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba, incluidas aquellas que pudieran generar duda de la responsabilidad penal; y el sano juicio final que deriva de esta valoración. En su caso, debe reflejar las razones por las que fue posible obtener convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal, así como la apreciación de las pruebas para desvirtuar cualquier hipótesis de inocencia, y solo así poder confirmar o refutar la hipótesis acusatoria. Lo anterior permitiría desvirtuar la presunción de inocencia y determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable. Ante la duda, la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo operan como criterio decisorio al momento de emitir el fallo" [**168**].

[Valoración probatoria.]

121. De conformidad con los principios de la sana crítica y la unidad de la prueba, el juzgador puede realizar un estudio concatenado y racional de todo el acerco probatorio que tenga en su disposición en el proceso, para generarles convicción respecto algún hecho, siempre y cuando ello sea acorde con las garantías judiciales como el principio contradictorio, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, entre otros. Por lo cual, la exigencia impuesta al juzgador al momento de motivar las determinaciones que adopte es fundamentar las causas y razones que respalde la apreciación de los elementos probatorios que tenga a su disposición.

Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C núm. 354, párr. 270 (Costa Rica, 2018).

[Duda razonable.]

270. En el ámbito penal, como garantía del inculpado, se dirige también a asegurar el principio de presunción de inocencia, ya que permite a quien se ve sometido al poder penal del Estado comprender las razones por las que fue posible obtener convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal, así como la apreciación de las pruebas para desvirtuar cualquier hipótesis de inocencia, y solo así poder confirmar o refutar la hipótesis acusatoria[**358**]. Lo anterior permitiría desvirtuar la presunción de inocencia y determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable, así como posibilitar el ejercicio de la defensa a través de la facultad de recurrir el fallo condenatorio.

Caso Ruano Torres vs. El Salvador
Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C núm. 303, párr. 128 (El Salvador, 2015).

[Duda razonable de que no se acreditan elementos fácticos del imputado.]

128. En este sentido, la Corte estima que la presunción de inocencia exige que el acusador deba demostrar que el ilícito penal es atribuible a la persona imputada, es decir, que ha participado culpablemente en su comisión y que las autoridades judiciales deban fallar con la certeza más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad penal individual del imputado, incluyendo determinados aspectos fácticos relativos a la culpabilidad del imputado.

Caso V.R.P. y otros vs. Nicaragua
Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C núm. 350, párr. 256 (Nicaragua, 2018).

[Aplicable a la defensa adecuada y necesidad de acceso a la carpeta judicial.]

256. En el ámbito pena, como garantía del inculpado, se dirige también a asegurar el principio de presunción de inocencia, ya que permite a quien se ve sometido al poder penal del Estado comprender

las razones por las que fue posible obtener convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal, así como la apreciación de las pruebas para desvirtuar cualquier hipótesis de inocencia, y solo así poder confirmar o refutar la hipótesis acusatoria [**333**]. Lo anterior permitiría desvirtuar la presunción de inocencia y determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable, así como posibilitar el ejercicio de la defensa a través de la facultad de recurrir el fallo condenatorio.

Caso Cantoral Benavides vs. Perú
Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C núm. 69, pár. 120 (Perú, 2000).

[Absolución por prueba incompleta o insuficiente.]

120. El principio de presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.

Caso Herández vs. Argentina
Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C núm. 395. párr. 109 (Argentina, 2019).

[Valoración Probatoria.]

109. El artículo 8.2 por su parte, contiene el principio de presunción de inocencia, según el cual una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De esta garantía se desprende que los elementos que acreditan la existencia de los fines legítimos tampoco se presumen, sino que el juez debe fundar su decisión en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto180, que corresponde acreditar al titular de la persecución penal y no al acusado [**181**], quien además debe tener la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y estar debidamente asistido por un abogado. Además, la Corte ha

sostenido que la gravedad del delito que se le imputa no es, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva[**182**].

Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile
Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C núm. 279, párr. 288 (Chile, 2014).

[Trabajo de fundamentación que tiene que hacer el tribunal superior al revisar el recurso al que tiene derecho el inculpado.]

288. Adicionalmente, este Tribunal nota que el fallo denegatorio de nulidad realizó una interpretación del Código Procesal Penal (supra párr. 284) que permitió que medios probatorios que los recurrentes consideraban como relevantes para sostener su defensa no fueran valorados sino apenas señalados los motivos para ser "desestimados". Al respecto es preciso destacar que al resolver las inconformidades expuestas por el recurrente, el juez o tribunal superior que conoce del recurso a que tiene derecho un condenado bajo el artículo 8.2h de la Convención Americana debe asegurar que el fallo de condena proporcione una fundamentación clara, completa y lógica en la cual, además de realizar una descripción del contenido de los medios de prueba, exponga su apreciación de los mismos y se indiquen las razones por las cuales los mismos le resultaron, o no, confiables e idóneos para acreditar los elementos de la responsabilidad penal y, por lo tanto, desvirtuar la presunción de inocencia.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Bibliografía

Aguiló Regla, Josep. "Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución". *La Constitución del Estado constitucional*. Bogotá: Temis, 2004.

Álvarez Ledesma, Mario I. *Derechos Humanos México*. CNDH (2006).

Álvarez Ledesma, Mario I. *Sobre el debido proceso en Introducción al Derecho.* México: Editorial McGraw-Hill, 2019.

Andrade Sánchez, Eduardo. *Teoría General del Estado*. México: Tirant lo Blanch, 2021.

Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: UNAM, 2005.

Aranguren, José Luis. *Ética*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1997.

Baytelman A. Andrés y Mauricio Dulce J. *Litigación Penal Juicio oral y prueba*. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

Beccaria, Césare. *Tratado de los delitos y las penas*. México: CNDH, 1991.

Beuchot, Mauricio. *Hechos e interpretaciones. Hacia una hermenéutica analógica*. México: FCE, 2016.

Champo Sánchez, Nimrod Michael y Rogelio Rueda de León Ordóñez. *De la ejecución de la pena al modelo penitenciario mexicano*. México: UNAM-IIJ, 2023.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *Observaciones del comité de derechos del niño de naciones unidas relacionadas con adolescentes que infringen la ley penal*. Coordinación de Ruth Villanueva. México: CNDH, 2017.

Díaz Madrigal, Ivonne Nohemí. *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa*. México: UNAM, 2013.

Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Primera Edición. Madrid: Espasa, 1992.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997.

Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2007.

Ferrajoli, Luigi. *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la* encrucijada. Madrid, Trotta, 2022.

Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia 1. Teoría del derecho.* Madrid: Editorial Trotta, 2011.

Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

Ferrajoli, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. Traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. México: CNDH, 2006.

Ferrater Mora, José. *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

Floris Margadant S., Guillermo. *El derecho privado romano*. México: Editorial Esfinge, 1974.

Frondizi, Risieri. *Introducción a los problemas fundamentales del hombre*. México: FCE, 1992.

González Duarte, Marcela. *Construcción de un sistema de garantías, para el ejercicio eficaz de derechos fundamentales, en materia de proceso penal mexicano*. Tesis doctoral, UAEM, 2016.

González Ibarra, Juan de Dios. *Pensamiento complejo, ciencias de la complejidad y conocimiento estético*. Morelos: El Colegio de Morelos, 2019.

González Ibarra, Juan de Dios. *Con el segundo Heidegger por los caminos del habl*a. México: Fontamara, 2017.

González Ibarra, Juan de Dios y Emilio Ricardo Peña Rangel. "Epistemología e historia del juicio penal oral", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 123 (2008).

González Ibarra, Juan de Dios y Emilio Ricardo Peña Rangel. "Bien, bien jurídico y bien jurídico penal", *Revista de la Facultad de Derecho de México* XLIX (1999): 225-226.

González Ibarra, Juan de Dios y José Luis Díaz Salazar. *Lógica, retórica y argumentación para los juicios orales*. México: Fontamara, 2010.

González Salas, Raúl. *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*. México: Pereznieto, 1995.

González Rodríguez, Patricia Lucila. *Manual de derecho procesal penal. Principios, derechos y reglas*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, FCE, 2017.

González Rodríguez, Patricia Lucila. *La policía Investigadora en el sistema acusatorio mexicano*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013.

Grossi, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Trotta, 2003.

Häberle, Peter. *El Estado constitucional*. México: UNAM, 2004.

Häberle, Peter, Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli y Ermanno Vitale. *La Constitucionalización de Europa*. México: UNAM, 2004.

Hegel, Georg. *Filosofía del Derecho*. México: Juan Pablos Editor, 1990.

Heidegger, Martin. *El ser y el tiempo*. Traducción de José Gaos. México: FCE, 2012.

Hugo Saúl Ramírez García y Pedro de Jesús Pallares Yabur. *Derechos humanos promoción y defensa de la dignidad*. México: Tirant lo Blanch, 2021.

Jenofonte. *Recuerdos de Sócrates*. México: Porrúa, 2020.

Jescheck, Hans–Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1981.

Jiménez de Asúa, Luis. *Bases para una Restauración del derecho penal democrático*. México: Lerner, 1957.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Traducción de Roberto Vernengo. México: UNAM, 1982.

Kunkel, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Traducción de Juan Miquel. España: Editorial Ariel, 1998.

Lao Tzu. *Tao Te King*. Traducción de Ernesto Nesh. México: Editorial Distribuidora Yug, 1994.

Laveaga, Gerardo. *Leyes, neuronas y hormonas. Por qué la biología nos obligará a redefinir el derecho*. México: Taurus, 2022.

Leslie, Daniel. *Confucio*. Madrid: EDAF, 1991.

López Guerra, Luis y Alejandro Saiz Arnaiz, dirs. *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Lima: Palestra Editores, 2017.

Merryman, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: FCE, 1971.

Moles, Abraham. *Las ciencias de lo impreciso*. México: Editorial Porrúa, UAM, 1994.

Molina Valencia, David. *Estudio constitucional de las garantías en el proceso penal. Análisis comparativo con la reforma para la implementación del nuevo sistema acusatorio penal*. Tesis, UNAM, 2011.

Morin, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa editorial, 1990.

Morin, Edgar. *La mente bien ordenada. Los desafíos del pensamiento del nuevo milenio*. Barcelona: Seix Barral, 2010.

Morin, Edgar. *El método 3. El conocimiento del conocimiento*. Madrid: Ediciones Cátedra, 2016.

Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. España: Tirant lo Blanch, 2010.

Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1980.

Natarén Nandayapa, Carlos, Patricia González Rodríguez y Jorge Witker Velásquez, coords. *Las víctimas en el sistema penal acusatorio*. México: UNAM-IIJ, 2016.

Ortiz Leroux, Sergio, Ángel Sermeño Quezada y Julieta Marcone. "Philip Pettit: una teoría neorrepublicana de la libertad". En *Metamorfosis de la política: Un diálogo con la teoría política contemporánea*. México: Ediciones Coyoacán-CONACYT-GITFP, 2015.

Palacios Alcocer, Mariano y Juan de Dios González Ibarra. "Repensar una teoría social unitaria y sus intermediaciones", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 158 (1994) doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.1994.158.49849.

Palomar de Miguel, Juan. *Diccionario para Juristas*. México: Mayo Ediciones, 1981.

Porte-Petit Candaudap, Celestino. *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*. México: Editorial Porrúa, 2001.

Rentería Díaz, Adrián y Raúl Guillén López. *Los principios en el procedimiento penal acusatorio*. México: UNAM-IIJ, 2023.

Rivera Silva, Manuel. *El Procedimiento Penal*. México: Editorial Porrúa, 2009.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Derecho penal*. Madrid: Reus, 1967.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Derecho y pena en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas, 2002.

Rojas Roldán, Abelardo. "Los valores jurídicos", *Revista de la Facultad de Derecho de México* 197-198 (1994).

Roxin, Claus. *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*. Barcelona: Ariel, 1989.

Roxin, Claus. *Problemas Básicos del derecho penal*. Argentina: Editorial BdeF, 2017.

Sainz Cantero, José A. *Lecciones de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1990.

Saldaña Serrano, Javier. *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*. México: UNAM, 2017.

Sen, Amartya. *Bienestar, justicia y mercado*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

Silva García, Fernando. *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios Esenciales.* México: s. ed., 2011.

Valadez Díaz, Manuel. *El juez mexicano ante el sistema penal acusatorio y oral*. México: UNAM, 2014.

Valencia Carmona, Salvador. "Constitución y nuevo proceso penal", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia* 13 (2009).

Vasconcelos Méndez, Rubén. *La justicia para adolescentes en México. Análisis de las leyes estatales*. México: UNAM, 2009.

Vázquez, Daniel. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar, Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de los derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. México: UNAM-IIJ, 2018.

Villanueva Castilleja, Ruth. *Los menores de edad que infringen la ley penal ante el nuevo sistema de justicia penal acusatorio*. México, UNAM, 2016.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho penal humano y poder financiero en el siglo XXI*. México: Editorial Porrúa, 2020.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*. Nicaragua: INEJ, 2018.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI*. Argentina: Hammurabi, 2017.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. México: Cárdenas Editores, 1997.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. México: *Diario Oficial de la Federación*, 1917.

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, Entrada en vigor: 02 de septiembre de 1990.

Código Federal de Procedimientos Penales [CFPP]. México: *Diario Oficial de la Federación*, 1934.

Código Nacional de Procedimientos Penales [CNPP]. México: *Diario Oficial de la Federación*, 2014.

Código Penal Federal [CPF]. México: *Diario Oficial de la Federación*, 1931.

Declaración de los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), del 20 de noviembre de 1959.

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad). Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

Ley de Amparo. México: *Diario Oficial de la Federación*, 2013.

Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado. México: *Diario Oficial de la Federación*, 2004.

Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. México: *Diario Oficial de la Federación*, 2002.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes [LGDNNA]. México: *Diario Oficial de la Federación*, 2014.

Ley Nacional de Ejecución Penal. México: *Diario Oficial de la Federación*, 2016.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal México. *Diario Oficial de la Federación*, 2014.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes [LNSIJPA]. México: *Diario Oficial de la Federación*, 2016.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. México: *Diario oficial de la Federación*, 2020.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores. México: *Diario Oficial de la Federación*, 1991.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, Buenos Aires Argentina.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, 6 de diciembre del 2004, el XVII Congreso Internacional de Derecho Penal, en República de China, resoluciones, sección I, imputabilidad de los menores dentro del ordenamiento legal nacional e internacional.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, Buenos Aires Argentina.

Jurisprudencia

Corte IDH. Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica. "Excepciones preliminares, fondo, reparaciones, y costas", Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C núm. 354, párr. 270. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_354_esp.pdf

Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. "Fondo, reparaciones y costas", Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C núm. 72, en: Silva García, Fernando. Jurisprudencia Interamericana sobre derechos humanos. Criterios Esenciales, México, S/Ed. 2011.

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. "Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas", Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C núm. 220, párr. 184. Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/CasoCabreraGarciaMontielFloresVsMexico_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm.

Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. "Fondo", Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C núm. 69, párr. 120. Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/CasoCantoralBenavidesVsPeru_Fondo.htm.

Corte IDH. Caso Hernández vs. Argentina. "Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas", Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C núm. 395, párr. 109. Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/395_Caso_HernandezvsArgentina_ExcepcionFondoReparacionesCostas.html.

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. "Fondo, reparaciones y costas", Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C núm. 74, en: Silva García, Fernando. Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios Esenciales, México, S/Ed. 2011.

Corte IDH. Caso J. vs. Perú. "Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas", Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C núm. 275, párr. 233. Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/

doc?doc=casos_sentencias/CasoJvsPeru_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm.

Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. "Fondo, reparaciones y costas", Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C núm. 233. Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/CasoLopezMendozavsVenezuela_FondoReparacionesCostas.htm.

Corte IDH. Caso Norín Catriman y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. "Fondo, reparaciones y costas", Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C núm. 279, párr. 288. Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/CasoNorinCatrimanVsChile_FondoReparacionesCostas.htm.

Corte IDH. Caso Petro Urrego vs. Colombia. "Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas", Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C núm. 406, párr. 125. Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/seriec_4Ø6_esp.pdf.

Corte IDH. Caso Ricardo Canesse vs. Paraguay. "Fondo, reparaciones y costas", Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C núm. 111, párr. 153, 161. Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/CasoRicardoCaneseVsParaguay_FondoReparacionesCostas.htm.

Corte IDH. Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala. "Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas", Sentencia de 14 de octubre de 2019. Párr. 120, 121. Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/387_CasoRodriguezRevolorioVsGuatemala_ExcepcionFondoReparacionesCostas.html.

Corte IDH. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. "Fondo, reparaciones y costas", Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C núm. 303, párr. 128. Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/3Ø3_CasoRuanoTorresvsElSalvador_FondoReparacionesCostas.html.

Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. "Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas", Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C núm. 350, párr. 256. Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/Corte%20IDH.%20Caso%20V.R.P.,%20V.P.C.%20y%20otros%20Vs.%20Nicaragua.%20Excepciones%20Preliminares,%20Fondo,%20Reparaciones%20y%20Costas.%20Sentencia%20de%208%20de%20marzo%20de%202018.%20Serie%20C%20No.%20350.html.

Corte IDH. Caso Zegarra Marín vs. Perú. "Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas". Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C núm. 331, párr. 122, 123, 124, 142, 148.
Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/331_CasoCasoZegarraMarinvs-Peru_ExcepcionesFondoReparacionesCostas.html.

Tesis [A]: 1ª/J. CXCV/13 (10ª), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, Libro XXI, junio de 2013, 603. Reg. IUS 2003885. EL PROCESO PENAL, ENTENDIDO LATO SENSU COMO UNO DE LOS LÍMITES NATURALES AL EJERCICIO DEL IUS PUNIENDI ESTATAL [...].

Tesis [A]: 2ª/J. V/19 Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo III, noviembre de 2019, 2171. Reg. IUS 2020930. ABSTENCIONES, OMISIONES O DILACIONES ATRIBUIDAS AL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO.

Tesis [A]: I.4°.P.36P, TCC., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, enero de 2007, 2295. Reg. IUS 173507. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Tesis [A]: II.2°.P.254P, TCC. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXIII, abril de 2014, 2383. Reg. 162528. ORDEN DE APREHENSIÓN. EFECTOS DEL AMPARO CUANDO SE CONCEDE CONTRA EL MANDAMIENTO DE CAPTURA EMITIDO POR EL JUEZ DE CONTROL [...].

Tesis [A]: II.4.º.P.19P, TCC. Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, s. t., mayo de 2021, s. p. Reg. IUS 2023128. ORDEN DE APREHENSIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO.

Tesis [A]: P./J. IV/2018 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima época, s. t., enero de 2019, s. p., Reg. IUS 2018950. *IN DUBIO PRO REO*. OBLIGACIONES QUE IMPONE ESTE PRINCIPIO A LOS TRIBUNALES DE AMPARO.

Tesis [A]: P./J. VII/2018 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, s. t., enero de 2019, s. p., Reg. IUS 2018965. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN SU VERTIENTE DE ESTÁNDAR DE PRUEBA.

Tesis [J]: 1ª./J. 139/11, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo III, Libro III, diciembre de 2011, 2057. Reg. IUS 160509. PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.

Tesis [J]: 1ª./J. 40/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, mayo de 2011, 178. Reg. IUS 161935. LAS FACULTADES PREVISTAS EN LOS CITADOS ARTÍCULOS, ESPECÍFICAMENTE LA DE PRESENTAR INICIATIVAS DE LEY, NO IMPLICA QUE POR CADA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA QUE SE BUSQUE ESTABLECER DEBA EXISTIR UN PROYECTO DE LEY, PUES BASTA QUE ÉSTE SE PRESENTE EN TÉRMINOS DE DICHO ARTÍCULO 71 PARA DISCUTIR LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR, REFORMAR O ADICIONAR DETERMINADOS TEXTOS LEGALES.

Tesis [J]: 1ª/J. 140/11, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, tomo III, 2058. Reg. IUS 160500. PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA.

Tesis [J]: 1ª/J. 25/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, 177. Reg. IUS 168950. ES FUNDAMENTAL E IMPRESCINDIBLE PARA LA

determinación del órgano competente para juzgar a un adolescente que ha cometido un delito federal, tomar en consideración la reforma constitucional al artículo 18, publicada en el diario oficial de la federación el doce de diciembre de dos mil cinco.

Tesis [J]: P./J. 21/14, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, tomo I, 204. Reg. IUS 2006225. jurisprudencia emitida por la corte interamericana de derechos humanos. es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona.

Tesis [J]: P./J. 47/95, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, 133. Reg. IUS 25489. derecho al debido proceso.

Violación al derecho de presunción de inocencia en el proceso penal acusatorio fue arbitrado bajo el sistema de pares ciegos y se editó en El Colegio de Morelos:
Av. Morelos sur 154, esq. Amates, col. Las Palmas,
Cuernavaca, Morelos, México.
+ 52 777 318 0126 | + 52 777 318 0127
www.elcolegiodemorelos.edu.mx

Para su creación se usó la familia tipográfica
Minion Pro de Robert Slimbach.