EVOLUCIÓN DEL SISTEMA PENAL EN MÉXICO

Tres cuartos de siglo

Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal
Coordinadores

· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

EVOLUCIÓN DEL SISTEMA PENAL EN MÉXICO.
TRES CUARTOS DE SIGLO

DIRECTORIO

· IN A C I P E ·

RAÚL CERVANTES ANDRADE

*Procurador General de la República
y Presidente de la H. Junta de Gobierno del INACIPE*

ALBERTO ELÍAS BELTRÁN

*Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales de la PGR
y Secretario Técnico de la H. Junta de Gobierno del INACIPE*

GERARDO LAVEAGA

*Director General del
Instituto Nacional de Ciencias Penales*

RAFAEL RUIZ MENA

Secretario General Académico

PABLO BERTHELY ARAIZA

Secretario General de Extensión

ALFONSO JESÚS MOSTALAC CECILIA

Director de Publicaciones

PEDRO SALAZAR UGARTE

Director

FRANCISCO IBARRA PALAFOX

Secretario Académico

RAÚL MÁRQUEZ ROMERO

Secretario Técnico

WENDY VANESA ROCHA CACHO

Jefa del Departamento de Publicaciones

Edición: María Teresa de Jesús Baena Sánchez, Vanessa Díaz y Gilda Bautista Ravelo

Formación en computadora: Ana Julieta García Vega y Cristopher Raúl Martínez Santana

Diseño de portada: Edith Aguilar Gálvez

Coordinación editorial: Raúl Márquez Romero y Wendy Vanesa Rocha Cacho

EVOLUCIÓN DEL SISTEMA PENAL EN MÉXICO

Tres cuartos de siglo

Sergio García Ramírez
Olga Islas de González Mariscal
Coordinadores

· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

CONTENIDO

	Presentación	XXI
<i>Sergio García Ramírez</i> <i>Olga Islas de González Mariscal</i>		

MESA I

	La Constitución y el sistema penal: setenta y cinco años (1940-2015)	3
<i>Sergio García Ramírez</i>		

I. Academia e instituto: la circunstancia	3
II. Las reformas constitucionales: en general y en particular	5
III. Función del sistema penal en el marco constitucional.	
Las decisiones fundamentales	7
IV. Series de normas penales	11
V. Factores y perfil de las reformas.	13
VI. Números	15
VII. Una larga etapa: escasas reformas	15
VIII. La amplia reforma de 1993	16
IX. Etapa intermedia: múltiples temas.	17
X. La reforma ambigua de 2008: ¿democracia o autoritarismo?	22
XI. Abundantes reformas posteriores: de 2008 a 2015	25
XII. Colofón.	29

	Los fundadores de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, la legislación penal y los debates sobre la justicia	31
<i>Elisa Speckman Guerra</i>		

I. Labor legislativa	35
II. La uniformidad o unificación de la legislación penal . . .	42
III. Debates en torno a la justicia	45
IV. Reflexiones finales	49

	La unificación de la legislación penal	61
<i>Olga Islas de González Mariscal</i>		

I. Unificación de la legislación penal	61
II. Acontecimientos recientes	67
III. Código Nacional de Procedimientos Penales	73

MESA II

	Los derechos humanos en las cárceles y centros de reclusión penitenciaria de México	77
<i>Mara Gómez Pérez</i>		

I. Introducción	77
II. Evolución de la finalidad de la pena	78
III. La finalidad del sistema penal desde la perspectiva del garantismo	83
IV. Derechos de las personas privadas de su libertad	84
V. Infraestructura y población carcelaria en México	87
VI. Situación de las cárceles en nuestro país	93
VII. Comentarios finales	95

	Evolución de la presunción de inocencia	99
<i>Raúl Fernando Cárdenas Rioseco</i>		
I. Introducción		99
II. Derecho romano		101
III. Edad Media.		101
IV. Escuela clásica		102
V. Escuela positiva		102
VI. Antiguo derecho inglés y Constitución de los Estados Unidos de América.		103
VII. Concepción francesa		104
VIII. Antecedentes mexicanos		104
IX. Presunción de intención delictuosa		105
X. Constitucionalización del derecho humano de presunción de inocencia en México		107
XI. Reconocimiento a la presunción de inocencia en el Código Nacional de Procedimientos Penales		108

MESA III

	Panorama sobre la evolución del PJF en materia penal	117
<i>Juan N. Silva Meza</i>		
	El Ministerio Público, ¿garante de la libertad? . .	129
<i>Luis de la Barreda Solórzano</i>		
I. La función más delicada.		129
II. El Ministerio Público en el siglo XIX		131
III. El Ministerio Público en el Congreso Constituyente		133

IV. Sin límite de tiempo	136
V. Plazos	138
VI. Una excepción	139
VII. La Suprema Corte burlada	141
VIII. Reprobación	142
IX. Aplicación desmedida	143
X. Restricciones constitucionales	145
XI. Un nuevo arraigo, <i>ad infinitum</i>	148
XII. Telón	149

	La defensoría pública. 151
--	---

César Esquinca Muñoa

I. Antecedentes	151
II. Evolución	152
III. Reglamentación	155
IV. Realidades	158

	Policía en México. 75 años de su implementación. 161
--	---

Alejandro Porte Petit González

I. Antecedentes históricos	161
II. A 75 años de la policía en México	164
III. Policía Federal	165
IV. Reforma policial en México	174
V. Conclusión	176

MESA IV

	La profesionalización de los miembros del sistema de procuración de justicia en México en las últimas siete décadas 181
--	--

<i>Juan José Olea Valencia</i>

I. Introducción	181
II. Orígenes y desarrollo de las escuelas e instituciones de Ministerio Público: el IFP y el Inacipe	182
III. La profesionalización de las instituciones de procuración de justicia en el modelo acusatorio: los nuevos perfiles de la institución del Ministerio Público	188
IV. Situación actual de la formación del personal ministerial en el Distrito Federal	192
V. Conclusiones	195

	Prevención de la violencia y el delito en 75 años de análisis de la evolución teórica 197
--	--

<i>Verónica Martínez-Solares Óscar Aguilar Sánchez</i>
--

I. Introducción	197
II. Las rutas teóricas de la prevención	200
III. La ruta penal	202
IV. La perspectiva criminológica	207
V. La prevención inteligente	214
VI. Avances y desafíos en México	221
VII. Colofón	226

	Notas agudas y graves de la violencia y la criminalidad en México	229
<i>Pedro José Peñaloza</i>		

I. El marco teórico de la violencia.	229
II. Miradas de la violencia	232
III. El abordaje marxista.	234
IV. El ejercicio del poder político	234
V. La necesidad de una visión totalizadora.	235
VI. Panorama del homicidio en México: esquema del análisis	237
VII. Violencia, Estado y crimen organizado en México	238
VIII. La evolución de la tasa nacional de homicidios entre 1990 y 2007.	239
IX. Tesis finales	240
X. Apunte concluyente	242
XI. Bibliografía	243

MESA V

	Evolución del causalismo al funcionalismo ¿en la legislación penal mexicana?.	247
<i>Enrique Díaz Aranda</i>		

I. Planteamiento del problema.	247
II. El sistema clásico y neoclásico en la legislación penal mexicana	248
III. ¿Adoptó la reforma constitucional de 1993 el finalismo?	250
IV. La metodología del finalismo en el Código Penal Federal	253
V. La proyección funcionalista de la legislación penal mexicana	257

	Evolución legislativa en torno al delito (aspectos político-criminales y dogmáticos)	261
--	---	------------

Moisés Moreno Hernández

I. Algunas palabras introductorias en homenaje a la academia	261
II. Aspectos político-criminales de la regulación del delito en el Código Penal	267
III. Aspectos dogmáticos de la regulación del delito en el Código Penal	285

	Desaparición de la presunción de dolo en el derecho penal mexicano y sus consecuencias	291
--	---	------------

Rodolfo Félix Cárdenas

	Tesis para una teoría pura del delito y de las sanciones	301
--	---	------------

Jorge Ojeda Velázquez

I. Introducción	301
II. Planteamiento del problema	307
III. Tesis central	313
IV. Conclusiones	324

MESA VI

	La responsabilidad penal de las personas jurídicas: evolución de la legislación y la doctrina	329
--	--	------------

Alicia Beatriz Azzolini Bincáz

I. Introducción	329
---------------------------	-----

II. Consideraciones generales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas 330

III. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México 334

IV. Reflexiones finales 344

	La tutela penal de la función administrativa en México 347
<i>Jorge Nader Kuri</i>	

I. Introducción 347

II. El poder estatal y la distribución de funciones 349

III. El servicio público 350

IV. El servidor público 351

V. Evolución constitucional de la tutela legal de la función pública 352

VI. Los delitos contra la función administrativa cometidos por servidores públicos 358

VII. Hechos de corrupción de los servidores públicos y de los particulares 362

	De la privación ilegal de la libertad a los denominados delitos en materia de secuestro 369
<i>Roberto Andrés Ochoa Romero</i>	

I. A modo de introducción 369

II. Los delitos contra la libertad personal de movimiento . . 373

III. Los delitos en materia de secuestro 380

IV. Algunas conclusiones desde la perspectiva de las penas . 393

MESA VII

	El proceso penal. Tres cuartos de siglo.	399
<i>Jesús Zamora Pierce</i>		

I. Introducción.	399
II. Siglo XX	400
III. Siglo XXI.	400
IV. Nuevo proceso	401

	El sistema penal oral acusatorio: retos y desafíos	405
<i>Fernando García Cordero</i>		

I. ¿Un proceso penal oral acusatorio?	405
II. El equilibrio de las partes en el procedimiento penal . . .	406
III. El principio de presunción de inocencia a la luz de una práctica impresentable	408
IV. El nuevo ordenamiento adjetivo: débil estructura, terminología arbitraria y extravagante.	409
V. Más de lo mismo: algunos aciertos, resoluciones judiciales confusas, inexplicables desequilibrios, otras arbitrariedades	410
VI. El debatido y cuestionado criterio de oportunidad	412
VII. La reforma de 2008: contradicciones constitucionales . .	413
VIII. Contra los criterios de oportunidad, dos voces autorizadas: Luigi Ferrajoli y Gerard E. Lynch	415

	La prueba ilícita	421
<i>Raúl Plascencia Villanueva</i>		

I. Introducción.	421
II. El concepto de prueba	423

III. La noción de medio de prueba. 425

IV. La distinción entre dato de prueba, medio o elemento
de prueba y prueba. 427

V. La prueba ilícita. 427

VI. Reflexión final 441

	La prisión preventiva y su evolución en 75 años . . 443
<i>Julio Antonio Hernández Pliego</i>	

I. Introducción. 443

II. Antecedentes constitucionales 447

III. Reforma constitucional de 1993 458

IV. Modificaciones de 1996. 458

V. La reforma constitucional de junio de 2008 460

VI. Comentarios finales 462

MESA VIII

	Trayectoria de la prueba en el derecho procesal penal mexicano 467
<i>Marco Antonio Díaz de León</i>	

I. La historia 467

II. Presupuestos del proceso 468

III. La prueba 469

IV. Antecedentes de la prueba 471

V. Referencias de prueba y derecho 472

VI. Trayectoria de la prueba en el derecho procesal penal
mexicano 474

VII. Código Nacional de Procedimientos Penales del 5 de marzo de 2014	478
--	-----

El debido proceso en el amparo penal.....	481
<i>Ricardo Ojeda Bohórquez</i>	

I. Introducción.....	481
II. Reformas constitucionales trascendentales	481
III. Los derechos humanos de naturaleza penal en nuestra Constitución.....	485
IV. ¿Qué entendemos por proceso penal y debido proceso? ..	497

La suspensión de actos privativos de la libertad en las leyes de 1936 y 2013 en materia de amparo	505
<i>María Elena Leguizamó Ferrer</i>	

I. El tratamiento de la suspensión hasta antes de 1936....	505
II. La suspensión del acto reclamado en la Ley de Amparo de 1936.....	509
III. La suspensión del acto reclamado en la Ley de Amparo de 2013.....	511
IV. La suspensión como medida cautelar	514
V. Actos restrictivos de la libertad y los efectos de la suspensión. Orden de aprehensión	515

MESA IX

Historia del penitenciarismo en México.....	535
<i>Antonio Sánchez Galindo</i>	

	La prisión en el sistema acusatorio.	547
<i>Mercedes Peláez Ferrusca</i>		

I. Judicialización de la pena de prisión	547
II. Medida cautelar y pena en el modelo acusatorio	548
III. El espectro del control judicial.	558
IV. Colofón: cárcel y derechos humanos.	559

	Régimen de menores de edad que infringen la ley penal.	563
<i>Ruth L. Villanueva Castilleja</i>		

	El derecho victimal, naturaleza y alcance.	573
<i>María de la Luz Lima Malvido</i>		

I. Definición y alcance.	573
II. Naturaleza y evolución del derecho victimal.	577
III. Principios generales del derecho victimal	582
IV. El derecho victimal: parte general y parte especial	589
V. Derechos de participar	591
VI. Reformas constitucionales propuestas	593
VII. Conclusiones	594

MESA X

	La Academia Mexicana de Ciencias Penales y la criminología en México	599
<i>Luis Rodríguez Manzanera</i>		

I. Introducción	599
II. Revista <i>Criminalia</i>	604

	Producción y mercado del conocimiento criminológico en México	611
<i>Sergio J. Correa García</i>		

I. Enfoque a seguir para desarrollar el tema	611
II. Control social en la modernidad tardía	613
III. Fuerzas conformadoras. Personajes y decisiones “claves” que dieron origen y dirección a la criminología mexicana	621
IV. Propuesta única	641

	Breve historia de la criminalística mexicana contemporánea. Siglo XIX a la fecha	643
<i>Luis Rafael Moreno González</i>		

	Evolución de la medicina forense en México 1940-2015	657
<i>Mario Alva Rodríguez</i>		

Presentación

ESTA OBRA es el producto de la concurrencia de treinta y cinco especialistas de diversos campos del conocimiento a las XVI Jornadas sobre Justicia Penal celebradas en noviembre de 2015, que tuvieron como propósito el análisis de la evolución de diferentes aspectos del sistema penal mexicano en tres cuartos de siglo, transcurridos entre 1940 y 2015.

El año de inicio es significativo porque corresponde al nacimiento de las dos instituciones convocantes: el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México —nombrado originalmente como Instituto de Derecho Comparado— y la Academia Mexicana de Ciencias Penales. El Instituto y la Academia han contribuido a lo largo del periodo mencionado al desarrollo y fortalecimiento de lo que se denomina *sistema penal*, que comprende, por supuesto, un conjunto de normas jurídicas de la materia, pero que no se reduce sólo a ello, pues se construye también con una serie de actividades, con la evolución de las instituciones involucradas y con la participación de los personajes implicados.

Los diversos trabajos que integran la presente obra ofrecen un análisis de la evolución de algunos de los protagonistas del sistema penal, a saber: el Poder Judicial, el Ministerio Público, la policía y la defensoría pública. Se da cuenta, asimismo, de algunos giros en la legislación penal sustantiva que han incidido en aspectos tan trascendentales como la teoría del delito, las reglas de imputación y la construcción de ciertos tipos penales.

El procedimiento penal es abordado desde esta perspectiva histórica, pero su estudio lleva necesariamente al examen del sistema acusatorio y de instituciones, que desde su origen, han motivado debates, reflexiones y cuestionamientos, como son la presunción de inocencia, la prueba y la prisión preventiva. Otros trabajos se avocan a las transformaciones en torno a la unificación de la legislación penal, al juicio de amparo en materia penal, al sistema penitenciario, al régi-

men de los menores que infringen la ley penal —hoy llamado justicia para adolescentes—, al derecho victimal, a la prevención del delito, así como a la evolución en México de la criminología, la criminalística y la medicina forense.

Las reflexiones vertidas en este libro no se conforman con el simple recorrido histórico de las instituciones penales, sino que el análisis de setenta y cinco años de evolución pretende sentar las bases para vislumbrar los retos pendientes y los desafíos no atendidos, para así ofrecer algunas respuestas a la constante pregunta de cómo alcanzar la justicia penal.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ
Olga Islas DE GONZÁLEZ MARISCAL

MESA I

La Constitución y el sistema penal: setenta y cinco años (1940-2015)*

Sergio García Ramírez**

I. ACADEMIA E INSTITUTO: LA CIRCUNSTANCIA

ESTE ARTÍCULO se inscribe en el marco de una doble celebración —ni social ni política—, asociada al desarrollo del sistema penal mexicano, y sirve a un propósito vinculado con aquella circunstancia: el examen de esta materia en las *XVI Jornadas sobre Justicia Penal* (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 3-6 de noviembre de 2015). En este foro participó un amplio grupo de académicos y profesionales del derecho y otras áreas del conocimiento vinculadas con aquél, catedráticos, investigadores, juzgadores, con el propósito de analizar la marcha de las disciplinas penales —ideas y prácticas— en el curso de tres cuartos de siglo. Un periodo fundamental en la evolución de la sociedad y el Estado en México, y del aparato normativo establecido para alentarla y acompañarla.

La selección del *dies a quo* (1940) y el *dies ad quem* (2015) —si se me permite la expresión— de nuestras reflexiones obedece a las fechas en que se encierra, por ahora, la vida fecunda de dos organismos que han sumado sus fuerzas para concurrir a la celebración y al examen de los temas recogidos en las *XVI Jornadas*. El primer *dies* corresponde al año de fundación de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y del

* Una versión más amplia de este trabajo, revisado y anotado, se publicó por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), en el conjunto de ediciones conmemorativas del cuadragésimo aniversario de la fundación de dicho Instituto, establecido en 1976.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Investigador nacional emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Fue juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Expresidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

Instituto de Derecho Comparado de la UNAM, que tiempo después se convertiría en Instituto de Investigaciones Jurídicas.

La Academia Mexicana de Ciencias Penales fue establecida por un selecto grupo de cultivadores de esas disciplinas, en el que figuraban los autores y tratadistas de la reforma penal mexicana de 1931, que produjo esencialmente dos ordenamientos: el perdurable Código Penal de ese año —rector de la legislación sustantiva en todas las entidades federativas, por imitación o acercamiento—, que sustituyó al efímero de 1929, a su vez sucesor del de 1871; y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de 1931, seguido por el Federal de la misma especialidad, de 1934. Previamente, algunos de los fundadores de la Academia habían iniciado otra empresa de cultura penal que subsiste hasta hoy: la revista *Criminalia*.

Los fundadores de la Academia, integrantes de una primera generación de miembros de esta corporación, fueron los juristas Francisco González de la Vega, José Angel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre, Raúl Carrancá y Trujillo, Luis Garrido, Emilio Pardo Aspe, Carlos Franco Sodi, José Ortiz Tirado, Francisco Argüelles y Javier Piña y Palacios, y los médicos José Gómez Robleda y José Torres Torija. Llegaron más tarde nuevas generaciones de académicos, que fortalecieron sus respectivas disciplinas y ejercieron un respetado magisterio sobre los estudiosos de temas penales. Mencionaré a dos, representativos: Alfonso Quiroz Cuarón y Celestino Porte Petit.

Sobre las tareas de aquel tiempo y el intenso desenvolvimiento de la Academia en varias décadas, me remito al extenso artículo que publiqué en la revista *Criminogénesis* y a mi aportación al coloquio sobre los juristas y la formación del Estado de derecho en México, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas. No omitiré mencionar que he tenido el privilegio de presidir la Academia en dos etapas, muy separadas entre sí: una, entre 1975 y 1977; otra, a partir de 2008, que concluye en 2015.

Por su parte, el Instituto de Investigaciones Jurídicas, nacido en el mismo 1940, bajo el nombre y con la intención de Instituto de Derecho Comparado, quedó establecido originalmente dentro de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, luego Facultad de Derecho de la UNAM. Ahí se mantuvo hasta el momento de adquirir autonomía dentro del conjunto de institutos universitarios, rango que conserva hasta ahora y con el que ha adquirido, mercedamente, gran prestigio nacional e internacional.

Este Instituto fue obra de juristas españoles —migrados republicanos, o mejor todavía, “transterrados”, para emplear la expresión que acuñó José Gaos— y juristas mexicanos, en una vigorosa sociedad de esfuerzos, que ha sido fecunda. Al frente del naciente Instituto estuvo el notable civilista español Felipe Sánchez Román, con quien colaboraron otros maestros de la misma procedencia, como Javier Elola; con ellos actuaron varios connacionales nuestros, eminentes catedráticos universitarios, como Antonio Martínez Báez, Raúl Carrancá y Trujillo y César Sepúlveda.

En la relación de investigadores y directores del Instituto figuran personajes de primera línea, que alentaron con vigor y talento el desarrollo de este organismo. Mencionaré a uno de los antiguos investigadores, representativo del gran trabajo académico realizado en el curso de muchos años: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo —de origen y nacionalidad españoles, a quien suelo identificar como hispano-mexicano—, y a uno de los eminentes directores, unánimemente reconocido: Héctor Fix-Zamudio.

Para el análisis detallado de la historia del Instituto, me remito también a las numerosas publicaciones que han aparecido en diversas ocasiones, entre ellas la que conmemora el septuagésimo quinto aniversario de la fundación. En aquéllas he tenido el privilegio de colaborar con textos que dan cuenta de mi visión sobre el Instituto del que soy investigador.

Dejo mucha tinta en el tintero —o mucha energía en la computadora—, que me gustaría invertir en la crónica sobre la Academia y el Instituto, y los frutos de ambos, y paso a ocuparme del tema que anuncia el título de este artículo y que me fue asignado dentro del programa de las referidas *XVI Jornadas sobre Justicia Penal*, coordinadas por mi admirada colega Olga Islas de González Mariscal y por mí.

II. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES: EN GENERAL Y EN PARTICULAR

Así, entraré al examen de setenta y cinco años de presencia —construcción, modificación, orientación— del sistema penal en la Constitución general de la República, asunto que también he examinado en otro trabajo, acotado por sus propias fechas, celebratorio de la Independencia y de la Revolución mexicanas —ambas inconclusas—, que

editaron en 2010 el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la casa Porrúa, bajo el título *El derecho en México: dos siglos (1810-2010)*.

Puedo y debo decir desde ahora —como lo hice al exponer esta materia en las *Jornadas*, el 3 de noviembre de 2015— que nuestra Constitución, ordenamiento supremo en el que me concentraré, ha sido modificada por un torrente de reformas, incesante y caudaloso. A mi juicio, estas reformas han acabado por alterar tanto el contenido verbal de la Constitución —torrencial, desmesurado—, como lo pone de manifiesto un sugerente trabajo de “refundición” acometido por Diego Valadés y Héctor Fix-Fierro, con otros colegas destacados. Y además —pero nada menos— han revisado y reorientado varias decisiones políticas fundamentales de la nación mexicana. En rigor, ya no existe la Constitución de 1917. Ahora tenemos una Constitución diferente, no una solamente reformada.

Dentro de este alud de cambios —algunos plausibles; otros no— han tenido creciente manifestación los dedicados a asuntos penales, en forma directa y exclusivamente, o de manera indirecta y circunstancial, aunque muy importante. Ya veremos, líneas abajo, cómo se ha modificado en los recientes lustros el contenido penal de la Constitución.

En este artículo pondré el mayor énfasis en las reformas penales de los últimos setenta y cinco años, que es el compromiso temporal anunciado en el título, pero también aludiré a los cambios habidos en otros momentos a partir de 1917, para proporcionar un marco más completo sobre esta importante materia. No ingresaré ahora —que resultaría indispensable en un examen más amplio y revelador— en la descripción de las circunstancias en que aparecieron la carta de 1917 y sus reformas, y que ciertamente determinaron tanto el contenido de aquélla como la pretensión y la redacción de éstas.

Entre 1917 y 1993 esos cambios fueron relativamente escasos —pero no irrelevantes—, con signo humanista, progresista. Desde 1994, han sido muy abundantes, constantes, a veces obsesivos, con diversos signos: desde el característico del sistema penal democrático hasta el vinculado con una orientación autoritaria. Ambos han dejado honda huella en la normativa constitucional y, por supuesto, en la regulación secundaria.

III. FUNCIÓN DEL SISTEMA PENAL EN EL MARCO CONSTITUCIONAL. LAS DECISIONES FUNDAMENTALES

En un estudio de este carácter es preciso recordar el papel que juega el sistema penal —particularmente el constitucional, rector del conjunto, fuente de la interpretación y de la creación normativa— en la formación y el destino del Estado de derecho, que imprime rumbo a la vida colectiva. No se trata de un asunto menor. Tiene que ver con la paz y la seguridad, pero también —y no menos— con la libertad y la justicia, que poseen rostros diferentes, aunque asuman los mismos nombres, bajo ideologías y tendencias diferentes y a menudo encontradas.

No pretendo colmar de citas este texto, pero tampoco excluiré algunas, muy pocas, que me permitirán orientar mis reflexiones y las de quienes se atrevan a la lectura de este trabajo. Tomemos en cuenta, no sólo a título de noticia histórica, sino de prevención actual, la enseñanza de Luigi Ferrajoli: sobre las ideas penales que prosperaron en los siglos XVII y XVIII y contribuyeron a la fragua del Estado de derecho.

Esas ideas, provenientes del territorio de los delitos, las penas y los procesos, se hallan en la raíz y en la intención del Estado de derecho, y por lo tanto se alojaron en la entraña de lo que Häberle denomina Estado constitucional antropocéntrico. Pero también es cierto que las ideas penales pudieran mellar, si pierden el rumbo de la democracia —o bien, si figuran en el discurso pero no desembarcan en la realidad—, la estructura y el designio del Estado democrático. De este riesgo se han ocupado muchos observadores contemporáneos de los ires y venires de la justicia penal en el mundo entero y desde luego en México.

Tuvo razón Lardizábal, el jurista mexicano —que reivindicar con perseverancia los amigos españoles, porque buena parte de su vida y de su obra se desarrollaron en España—, cuando aseguró que nada interesa más a la nación que tener buenas leyes penales, porque de ellas dependen la libertad, la constitución y la seguridad del Estado. Evidentemente, la referencia a la constitución tenía, en el libro de este autor, un sentido material, no formal, puesto que aún no se contaba con ordenamientos constitucionales, que sólo llegarían al cabo del siglo XVIII.

Y en su turno, Marat, el revolucionario francés sacrificado por Carlota Corday, resumió con una fórmula excelente, asentada en su “Plan de Legislación Criminal”, de 1789, lo que pudiéramos denominar el paradigma del sistema penal en una sociedad respetuosa del ser hu-

mano y del principio democrático: “No lastimar ni la justicia ni la libertad, y conciliar la benevolencia con la certeza de los castigos, y la humanidad con la seguridad de la sociedad civil”. Esta leyenda podría figurar, con gran actualidad, en el pórtico de la política criminal: una política, por cierto, que no tenemos y que echamos de menos como hilo conductor del frenesí penal que se ha depositado en la Constitución y en numerosas leyes.

Veré enseguida, someramente, el papel que juega la normativa constitucional en el sistema penal. Aquélla es, en buena medida, una doble escritura política, ética y jurídica. Por una parte, es la escritura que orienta y legitima —o al menos legaliza, o más bien, constitucionaliza— el monopolio de la violencia del que habló Max Weber; y por la otra, participa en la escritura o en el estatuto de la libertad: contribuye a establecer su contenido, su orientación, sus beneficios y también sus límites. Protege la libertad y señala sus fronteras, ambas cosas con la mayor energía.

La Constitución determina, asimismo, el espacio para que discurra el encuentro más intenso entre el individuo y el poder público (alimentado por los otros poderes: informales, que asedian al poder formal y a menudo determinan su desempeño, constituyéndose luego en testigos o en coro de las actuaciones de aquél, fuertemente mediatizado).

La ley fundamental es norma básica y programa para el ejercicio de lo que llamamos la justicia, en general, y la justicia penal, en particular, que se suele alojar —esta última— en un apreciable número de normas, cantidad que refleja la natural preocupación del legislador y de la sociedad por la forma en que se despliegue esa expresión del poder. No deja de llamar la atención, por ejemplo, aunque no sea tema de este trabajo, que los derechos básicos recogidos por la Constitución mexicana de 1824, no fueron todos los que debió incluir una norma constitucional —y que en efecto incluyó el Decreto de Apatzingán—, sino sólo los concernientes a la administración de justicia, con un ingrediente fuertemente penal.

La Constitución es, hoy día, como no lo fue anteriormente —ni pudo serlo en siglos precedentes— el puente más o menos firme para el ingreso al derecho interno del derecho internacional o supranacional, en sus múltiples materias, pero principalmente —en lo que nos atañe— en la vertiente de los derechos humanos, y dentro de éstos, en la penal.

Por ese puente —que favorece el encuentro entre el derecho interno y el internacional— transita el orden jurídico internacional o supranacional, que en general ha coincidido y fortalecido la tradición humanista del constitucionalismo propio. En México, lo hace a través del viejo artículo 133, que debiera ser reformado para ponerlo al día del siglo XXI, y del nuevo artículo 1o., al que tampoco le vendría mal una reforma que asegurase, de una vez por todas y sin reticencias, el primado del principio *pro homine*.

Y la Constitución es la norma receptora —como he analizado en otros trabajos— de las decisiones fundamentales de la nación, también en materia penal, no sólo en materia política, que se proyecta en aquélla. Hoy día esa recepción opera a partir de dos fuentes, como he mencionado en el párrafo anterior: la derivada de nuestra tradición constitucional, generalmente liberal, social, popular, y la traída por las corrientes internacionales de reconocimiento y garantía de los derechos humanos.

En el ejercicio de esa función definitoria de las decisiones penales fundamentales, la Constitución debe resolver —consultando la orientación democrática que le imponen su origen, su condición popular, su designio ideológico— diversas interrogantes decisivas. Ante todo, ha de señalar —aunque no lo haga con declaraciones literales, sino con disposiciones claras, inequívocas, perfectamente comprometidas— para qué sirve el sistema penal.

En este sentido, nos hemos pronunciado —pero la Constitución no lo ha hecho invariablemente— en favor de un derecho penal mínimo. El otro, el máximo, se ha deslizado bajo el cimiento constitucional, como luego diremos, proclamándose como necesario por motivos de seguridad pública y gobernabilidad democrática. Se pierde de vista no sólo la compatibilidad natural entre seguridad y derechos humanos, sino el hecho de que la seguridad es un derecho fundamental localizado —desde el alba del constitucionalismo— en la misma relación en la que figuran todos los otros. Y no se toma en cuenta que la gobernabilidad no se asegura legítimamente con el ejercicio de la represión, sino —para citar a Norberto Bobbio— con la perfecta ecuación entre la demanda social y la capacidad de respuesta del sistema político.

En la misma línea de las decisiones penales fundamentales, alojadas en la Constitución y atendidas por la ley criminal secundaria, se encuentran las orientaciones —explícitas o implícitas— acerca del contenido de ilicitud que justifica la adopción de tipos penales, que

suelen proliferar indiscriminadamente. Sólo debieran servir para la protección de bienes jurídicos de la mayor jerarquía, cuando se les ataca gravemente o se les pone en verdadero y grande peligro.

No menos importante es que la Constitución resuelva —también a través de soluciones claras— a quién se tratará como delincuente y por qué medios. No podrían serlo, en la actualidad, el pecador o el demente; pero tampoco el diferente, el discrepante, el disidente. Bajo el asedio del denominado derecho penal del enemigo, confesándolo o no, entendiéndolo bien o mal, y bajo los apremios de la seguridad pública —y acaso de la seguridad nacional— se han construido categorías de infractores diferenciadas, a las que desde el peldaño constitucional mismo se ha otorgado distinto trato por lo que toca a la entidad y la medida de los derechos y las garantías. La reforma de 2008 hizo su propia aportación a estos deslindes, instituyendo por primera vez en nuestra historia reciente un doble sistema penal, en vez del único que teníamos. Éste ha sido uno de los peores deslices en la historia reciente del orden penal constitucional.

En el catálogo de las decisiones penales fundamentales figura, con particular relevancia, la reacción jurídico-política frente al infractor con motivo de la conducta realizada, es decir, la pena (y las medidas de seguridad). En este universo de sanciones queda expuesta la convicción del Estado: si redentora o recuperadora, por una parte, o meramente represiva, retributiva, eliminadora, por la otra. Esta antinomia resume, de alguna manera, la historia de las reacciones ante el delito y se localiza en los textos constitucionales, y recientemente en los internacionales.

Sigamos con las decisiones capitales del sistema penal. Llega el turno al método, medio o procedimiento para determinar que se ha incurrido en un delito, identificar al autor y aplicar la reacción. Es así que se construye una de las porciones más detalladas y relevantes del orden penal constitucional: el enjuiciamiento, para utilizar una expresión que en concepto de algunos tratadistas cubre investigación, instrucción, juicio y sentencia. En este caso la Constitución opta entre el sistema inquisitivo, el acusatorio o el mixto, a sabiendas de que la gran mayoría de los sistemas de los últimos siglos han sido mixtos, con mayor o menor presencia de elementos inquisitivos o acusatorios.

Los datos acusatorios predominaron en el texto original de 1917, mal interpretado por no pocos analistas de última hora, que incurren en la sorprendente afirmación de que nuestra ley fundamental —y con

ella todo el sistema penal— transitó del sistema inquisitivo al acusatorio, apenas en 2008. A partir de este yerro se eleva el abundante panegírico de la reforma de 2008, que posee méritos indudables y no requiere instalarlos sobre ese desacierto.

Por último, la Constitución adopta una decisión fundamental con la que culmina la secuencia que he mencionado: forma, sentido, condiciones para la ejecución de la condena. Puede ser extremadamente rigurosa o ajustarse al signo del derecho penal mínimo, estableciendo tanto el indispensable principio de legalidad en la ejecución como las características de ésta bajo conceptos —a los que adelante me referiré— de readaptación o reinserción, con sus propias correspondencias ejecutivas. Recuérdesse que Carnelutti se refirió al sentenciado como el “pobre entre los pobres” y consideró que una vez dictada la sentencia, el “palacio de la justicia se traslada a la prisión”, cosa generalmente olvidada o ignorada por los ejecutores de la pena privativa de la libertad, que lamentablemente domina el escenario de las sanciones.

IV. SERIES DE NORMAS PENALES

Establecidas las decisiones fundamentales en la Constitución mexicana, la ley suprema recoge un vasto contenido punitivo —o asociado a éste— en varias series de preceptos, que paso a mencionar. Antes de hacerlo, reiteraré que los documentos que abrieron la puerta al orden penal moderno alojaron las definiciones centrales de esas series normativas: lo hizo el revolucionario opúsculo de Beccaria, a través de una minuciosa crítica y una enérgica reclamación.

Por lo que toca a México, en los primeros años de la vida independiente los temas que ocuparon a los laboriosos legisladores tuvieron que ver, como era natural, con la organización política de la nación —o de la República, en su momento—, mucho más que con el sistema penal, que siguió instalado en la normativa colonial.

El rezago en la codificación criminal —no obstante algunos ensayos legislativos aislados e insuficientes— se corrigió con la relevante obra del veracruzano Fernando J. Corona, cuyo Código Penal suprimió la pena de muerte, paso civilizatorio que no siguieron otros ordenamientos, entre ellos el código de Martínez de Castro, un par de años después.

En nuestras Constituciones históricas hay detallada normativa penal: así, en 1814, 1824 —como antes mencioné— y 1857. La primera, de Apatzingán, dedicó seis artículos a la materia que ahora nos interesa. Destaca el 23, que puso énfasis en la legalidad y la racionalidad del sistema penal —heredando así el pensamiento beccariano, las ideas de Bentham y las orientaciones de la gran *Declaration* de 1789—, al decir: “La ley sólo debe decretar penas muy necesarias, proporcionadas a los delitos y útiles a la sociedad”.

Por su parte, los artículos 145 al 156 de la primera Constitución federal, de 1824, establecieron las reglas generales para la administración de justicia, que son un catálogo de derechos (principalmente) penales con particular importancia en el cuerpo de una constitución que carece de la relación de derechos humanos característica de las leyes fundamentales.

La Constitución de 1917, fruto de un Congreso Constituyente popular, en el que figuraban muchos militantes de la Revolución de 1910 y de los procesos inmediatamente posteriores a ésta, recogió la materia penal, como señalé, en series de normas cuyo conjunto —que no es un “capítulo” de la Constitución propiamente dicho— integra el “sistema penal” mexicano, profusamente modificado.

La primera serie normativa corresponde, en mi concepto, al principio de legalidad en varias dimensiones; tipos penales, órganos y autoridades, proceso y ejecución de las consecuencias del delito. Una segunda serie se integra con las disposiciones concernientes a la sanción jurídica, en las que se fija lo que podríamos llamar el “proyecto penal del Estado”, reflejado en la orientación de la pena y, por lo tanto, en el trato al infractor a partir de la condena con la que cesa la presunción de inocencia.

Una tercera serie de normas corresponde al “cuerpo de la justicia”, parte del cuerpo del Estado. Se trata de las disposiciones orgánicas y funcionales incorporadas en la ley suprema. La cuarta serie —en esta sucesión que manejo convencionalmente, para fines expositivos— concierne al procedimiento: el debido proceso, las garantías esenciales del imputado y ahora del ofendido (que son guía de la justicia), el proceso justo. Merece una referencia especial —y por ello constituye una serie normativa propia: la quinta en la relación que propongo— el régimen cautelar, una suerte de justicia preliminar o provisional, que procura generar equilibrio entre intereses y requerimientos que entran en colisión: de la justicia misma, del imputado, de la víctima.

Podemos acoger en la sexta serie normativa las disposiciones concernientes a los órdenes punitivos especiales o especializados, que necesariamente tienen cimiento constitucional, por cuanto traen consigo, salvedades o novedades, con respecto al sistema punitivo regular. A saber: el enjuiciamiento militar, la atención a los menores de edad —adolescentes— en conflicto con la ley penal, como se suele decir, el régimen de los servidores públicos, la normativa de la extradición (nacional e) internacional.

Y aún es posible identificar una séptima y última serie, aunque su materia no sea exclusivamente penal, pero cuenta con implicaciones relevantes en aquélla: las instituciones comunes a diversos ámbitos concernientes al control de los actos de autoridad y a la tutela de los derechos y las garantías del individuo (así, el amparo y la actuación del ombudsman).

He aludido reiteradamente a las reformas constitucionales, con diversos signos y características, que se han volcado sobre la ley suprema en su conjunto y particularmente sobre la justicia penal. En este proceso de transformación, conversión o reorientación constitucional es posible distinguir entre la reforma moderada, que procura retener las determinaciones constitucionales originales, y la reforma caudalosa, que ha implicado la paulatina, pero diligente, formulación de una nueva ley suprema, como anteriormente mencioné. Ambas categorías o especies de reforma se han proyectado hacia la justicia penal.

V. FACTORES Y PERFIL DE LAS REFORMAS

Las reformas constitucionales obedecen a diversos factores o tienen fuentes diferentes. En este marco, ha habido reformas oriundas de la presión sobre el sistema constitucional, ejercida por hechos emergentes que reclaman atención: la nueva delincuencia —sobre todo en la modalidad de crimen organizado—, el debilitamiento de los controles sociales y de los jurídicos no punitivos, el desconcierto, el rebasamiento o la ineficacia de instituciones de prevención y justicia penal, la impunidad, la corrupción, la exasperación e incluso la desesperación de amplios sectores de la sociedad que plantean al legislador —no siempre preparado para manejar este asedio— fórmulas punitivas de extrema dureza.

También cuentan entre los factores de presión sobre el sistema penal, tanto en su proyección legislativa como en su materialización, la renovada composición política, social y económica de la nación, que incorpora nuevos actores en el poder público; los avatares del federalismo, la mundialización del crimen y de las respuestas nacionales e internacionales.

Si recapitulamos sobre los factores inmediatos de una reforma, los arietes que la desencadenan en el Congreso y la consolidan en el texto constitucional, habrá que distinguir una serie de datos promotores o favorecedores, bajo determinadas circunstancias: la evolución natural de las figuras jurídicas —que propiciaría una reforma “fisiológica” natural—, las crisis —en ocasiones profundas—, la caucionada, el simple reformismo, la expectativa real de cambio y progreso, la necesidad de tender elementos de distracción o cortinas de humo ante las miradas inquietas o recriminadoras de la sociedad, a la que se distrae con reformas penales de la atención y solución a problemas que reclaman respuesta en otros ámbitos del quehacer público.

Por supuesto, las reformas navegan en aguas inciertas, sobre todo cuando no responden a necesidades reales o lo hacen errónea o desproporcionadamente. Es obvio que la realidad no se transforma a partir de una reforma constitucional. Si ésta fracasa en el alcance de ciertos objetivos o determinadas promesas, será necesario —y así ha ocurrido recientemente— emprender otra reforma, mejor o peor que la precedente, en un desesperado esfuerzo por aliviar el mal que perdura o se agrava.

Las reformas pueden ser analizadas conforme a su perfil o a su orientación genuina. En este sentido, y por lo que toca al régimen penal, las hay progresistas, consecuentes con el modelo apetecible en una sociedad democrática: pasos adelante; las hay regresivas, que hieren los derechos humanos, ignorantes de que éstos no pueden sucumbir por sufragio popular —que desemboca en la tiranía de la mayoría—, y ni siquiera por decisión del poderoso Constituyente; y las hay ambiguas, que navegan entre diversas aguas, como ha ocurrido, en mi concepto, con la reforma penal constitucional más ambiciosa de los últimos años: la de 2008.

En general, las reformas constitucionales realizadas a partir de 1917 han cubierto con la mayor frecuencia los asuntos del poder —ciudadanía, sufragio, partidos políticos, integración del Congreso, supervisión electoral, etcétera— y las garantías sociales propias del Estado social

de derecho, entendido como Estado de bienestar —injerencia del Estado en las relaciones sociales y económicas, tenencia de la tierra, derechos laborales, recursos naturales, atención a sectores vulnerables, etcétera—.

VI. NÚMEROS

La primera reforma de la carta de 1917, que se presenta como rígida —técnicamente—, pero ha probado ser sumamente flexible, se produjo el 8 de julio de 1921. Entre el 5 de febrero de 1917 y el 10 de julio de 2015 se presentaron 225 decretos de reforma constitucional; de ellos, 107, nada menos, corresponden al periodo comprendido entre el 6 de abril de 1990 y el 10 de julio de 2015: en sólo tres lustros apareció la mitad de los decretos expedidos a lo largo de un siglo, en números redondos. Desde luego, cada decreto reformador abarca uno o varios preceptos, que pueden ser decenas, y lo han sido en varios casos.

Veamos la materia penal constitucional. Entre 1994 y 2015 hubo 20 decretos reformadores, algunos atendidos exclusiva o destacadamente a cuestiones penales; otros, relacionados en mayor o menor grado con éstas. Por vía de comparación, considérese que la Constitución de 1857 recibió sólo 6 reformas entre la fecha de su promulgación —pero la primera reforma penal data de 1874— y 1908. El porfiriato fue también cauteloso en revisiones al Código Penal de 1871 —aunque en esa larga etapa de la vida del país se expidieron tres códigos procesales: dos distritales en el siglo XIX y uno federal en el XX—, convencido de que semejante monumento jurídico, como algunos lo calificaron, no debía ser tocado con ligereza.

VII. UNA LARGA ETAPA: ESCASAS REFORMAS

Para el propósito de esta revisión panorámica, creo adecuado dividir la exposición de las reformas penales en la ley suprema en diversas etapas: la primera, muy larga, corrió entre 1917 y 1992; las siguientes se sucedieron con mayor frecuencia, hasta llegar a la costumbre de las reformas anuales —o casi—, que en ocasiones se insertaron en cambios de otro contenido —así, político, como ha sido el caso de la crea-

ción de la “Fiscalía general”— que implican verdaderos “omnibuses” o “misceláneas” legislativas.

En esa primera etapa, de la que me ocuparé brevemente, los cambios constitucionales se vieron influidos, en apreciable medida, por la herencia liberal decimonónica y la corriente social que ingresó en el constitucionalismo mexicano en 1917, sin perjuicio de los intentos adelantados en 1856-1857 por constituyentes visionarios como Arriaga y Ramírez. Aquéllos fueron escasos, y distantes de la procuración y la administración de la justicia penal, en sentido estricto. No fue alterado el marco procesal acusatorio previsto por Carranza.

La primera reforma de la etapa que ahora comento se hizo en 1948, acerca de la libertad provisional del inculcado, tema que ocupó de nuevo al Constituyente en 1984. En esta materia se ha reflejado siempre la tensión entre las orientaciones liberales —a la cabeza, la presunción de inocencia— y los requerimientos de la seguridad pública, que inducen restricciones a la libertad del procesado.

Las siguientes reformas de la misma etapa tuvieron que ver con lo que podríamos llamar “humanismo constitucional”. En ellas se fortaleció, con fórmulas enfáticas, el “finalismo ético-jurídico” de la ley suprema: ¿a qué objetivos debe atender la pena? En 1965 y 1975 se llevaron a la Constitución —artículo 18— dos reformas notables asociadas a la idea de readaptación social, que relevó al concepto de regeneración incorporado en 1917. La de 1965 planteó el designio de readaptación y estableció medios para procurar este destino, y la de 1975 instituyó la “repatriación” de sentenciados —ejecución de penas en un territorio ajeno a la jurisdicción del Estado que condena—, figura que por primera vez apareció en el espacio latinoamericano.

Asimismo, en 1964 se fijó la orientación general para la atención —rehabilitadora— de los menores infractores, tema que sería objeto de intensas controversias en los primeros años del siglo XXI. Y en 1982 se incorporó una mayor benevolencia en la sanción por faltas de policía y buen gobierno, previstas en el artículo 21, que permeó todo el horizonte de las sanciones administrativas en general.

VIII. LA AMPLIA REFORMA DE 1993

El nuevo periodo de reformas penales se abre propiamente en 1993, con un intenso trabajo parlamentario impulsado por el Ejecutivo. De

esta suerte quedaron modificados varios preceptos de la ley suprema, de manera un tanto apresurada, con aportación de novedades virtuosas y apertura de problemas que más tarde obligarían a nuevas reformas.

Entre los aspectos positivos, a mi juicio, del giro de 1993, que en este sentido representó un “parteaguas” del procedimiento penal regulado constitucionalmente, figuran varios extremos, a saber: inmediata puesta a disposición ante la autoridad del sujeto aprehendido, precisión del alcance de la urgencia mencionada en el artículo 16, control inmediato de la detención en hipótesis de flagrancia y urgencia, plazos para la retención, mejora del régimen de libertad bajo caución, confesión ante el juez o el ministerio público con asistencia del defensor, defensa adecuada, aumento de garantías en la averiguación previa, establecimiento de garantías del ofendido o víctima (confusión inaugurada en 1993): asesor, reparación, coadyuvancia, atención médica y otras.

En lo que respecta a aspectos cuestionables de la reforma de 1993, cabe mencionar, también en mi concepto, los siguientes: flexibilización en el ejercicio de la acción penal y, por lo tanto, en la injerencia en el ámbito de libertad de los ciudadanos, a partir de la reforma al artículo 19 (que inició el trasiego de conceptos: cuerpo del delito y elementos del tipo), noción de delito grave para limitar la libertad provisional, restricciones a ésta a petición del Ministerio Público, incorporación del concepto de delincuencia organizada, sin certeza acerca de su caracterización, extradición interna sustraída a la ley y gobernada por convenios entre procuradurías, con flagrante menoscabo del principio de legalidad.

IX. ETAPA INTERMEDIA: MÚLTIPLES TEMAS

Me parece que la heterogénea reforma de 1993, con su caudal de figuras garantistas y su incorporación de figuras problemáticas, integra por sí misma una etapa de los cambios constitucionales en materia penal. Luego vendrían otros, en una nueva etapa que culmina en 2008. En esa etapa intermedia —por llamarle de algún modo— se halla primero la reforma de 1996, con la que comienza una secuencia de modificaciones al artículo 73 que caracterizan el abundante conjunto de novedades llevadas por el tema penal —a su vez impulsado por la grave inseguridad pública— a la reelaboración del federalismo, que se halla en la fragua.

Digamos desde ahora que la primera reforma de contenido penal al artículo 73, y específicamente a su fracción XXI, se presentó en 1996, es decir, setenta y nueve años después de la promulgación de la Carta en 1917. Ahora bien, entre 1996 y 2017 ha habido diez reformas al mismo precepto, abultado número que pone de manifiesto el zigzag en la política criminal —por así llamarla— del Estado mexicano con respecto a las nuevas expresiones de la criminalidad y a la redistribución de tareas entre la Federación y las entidades federativas en este campo de preocupaciones y ocupaciones públicas, determinadas por “angustias sociales”.

La reforma de 1996 a la que me estoy refiriendo, dominada por la atención a la seguridad pública y el menor acento sobre los derechos humanos y el régimen tradicional de competencias persecutorias y jurisdiccionales (en el que anteriormente gravitó con fuerza decisiva el principio de territorialidad), ingresó en la ley suprema novedades sobre temas destacados —varios de los cuales implican restricción o condicionamiento de la libertad o la intimidad—, como son: intervención de comunicaciones privadas, restricciones a la libertad provisional (considerando antecedentes del sujeto y riesgos que entraña su liberación), ampliación de supuestos de decomiso. Añadamos el retiro de la denominación de “judicial” que había tenido desde 1917 la policía de investigación subordinada al ministerio público, y sobre todo la facultación a las autoridades federales —dentro de la mencionada línea de presiones penales sobre la normativa federal constitucional— para conocer de delitos del fuero común conexos con los federales. Esta facultación arraiga en diversos motivos: sea la conveniencia de encauzar por una sola vía, razonablemente, la actividad persecutoria del Estado mexicano, sea la escasa competencia —no jurídica, sino material— de las instancias locales para llevar adelante esta función esencial del poder público.

En 1999 se incorporó una nueva reforma en el texto constitucional atinente a cuestiones penales, que provino de una iniciativa planteada por el Ejecutivo en 1997. Ésta tuvo un inequívoco talante autoritario, con fuerte reducción de garantías a partir del combate a la delincuencia organizada. Se pretendió, con enorme extravío, introducir el juicio penal en ausencia y aludir solamente a los elementos objetivos del tipo penal para sustentar (el ejercicio de la acción y) la orden de aprehensión y el auto de formal prisión. Fue notoria la intención de desviar la orientación liberal que campeaba en el sistema penal constitucional.

Afortunadamente, el Senado de la República actuó con cautela frente a esa tentación autoritaria del Ejecutivo. Tomó dos años la elaboración del dictamen senatorial, que finalmente corrigió errores de la normativa vigente y de la iniciativa del Ejecutivo, pero acogió otros por su cuenta o derivados de aquella iniciativa. Un acierto —siempre en mi concepto— fue el retorno a la noción de cuerpo del delito en los artículos 16 y 19, cuya historia objetiva está por hacerse, en medio de las corrientes enfrentadas que desahuciaron esa noción o la defendieron (débilmente). Agreguemos la prórroga del plazo para dictar auto de formal prisión a solicitud del imputado (prórroga originalmente prevista, con buen sustento, en el Código Federal de Procedimientos Penales).

Me parece cuestionable, en cambio, la flexibilización de la acción penal confirmada en los artículos 16 y 19, que desanda el camino de las garantías procesales; es discutible el régimen de decomiso de bienes de procedencia ilícita presunta, bienes que “causen abandono” y bienes asegurados en procedimientos sobre delincuencia organizada cuando se ponga fin —sin condena penal— a la investigación o al proceso.

Tampoco fue afortunada, desde la perspectiva de la congruencia entre principios jurídicos que debieran marchar al unísono y de las garantías elementales del servidor público, la inclusión en el artículo 123 constitucional de un régimen de remoción libre de policías por deficiencias posteriores a su nombramiento, que entraña la aplicación de una inadmisibles retroactividad desfavorable. Se entiende, por supuesto, la motivación de esta reforma, debida a los mayúsculos problemas existentes en la selección y supervisión de los integrantes de corporaciones policiales, problemas generados por el abandono o la alteración de políticas saludables en este ámbito.

En los años 2000, 2001 y 2004 llegaron más reformas, que incluyo dentro del periodo que ahora estoy examinando, posterior a 1993 y anterior a 2008. La primera de ellas, en 2000, se refiere al apartado B del artículo 20 constitucional, que con acierto fortaleció la presencia del ofendido dentro del marco de las garantías constitucionales a favor de participantes en el proceso penal. En rigor, el ofendido había permanecido a la sombra, oscurecidos sus derechos sustantivos y adjetivos. De esa oscuridad comenzó a salir —para bien de la justicia— en la reforma constitucional de 1993, aunque en esta emergencia se cometió el error, que persiste con obstinación, de considerar idénticas entre sí a las figuras del ofendido —titular del bien jurídico dañado o puesto

en peligro— y de la víctima —sujeto que resiente las consecuencias del delito, aunque no sea titular del bien afectado—. La confusión fue abonada por reformas posteriores e incluso por el Código Nacional de Procedimientos Penales, pese a que éste caracteriza correctamente —y por lo tanto deslinda— víctima y ofendido.

En 2001 llegó una bondadosa reforma garantista —diluida en la regulación constitucional posterior— sobre ejecución de la pena privativa de libertad en un lugar cercano al domicilio del sentenciado. Esta disposición, que abarcaría a todos los sentenciados, tuvo origen en el proyecto de reformas de aquel año sobre derechos de comunidades indígenas; en éste se pretendió contraer la garantía a los individuos pertenecientes a esas comunidades; luego se amplió en términos pertinentes.

Vayamos ahora a las reformas constitucionales de 2004 y 2005. No abundaré en la primera, que concierne a seguridad nacional y sólo indirectamente —pero no por ello irrelevante— podría generar repercusiones penales. Tiene mayor significado para los fines de este repaso constitucional el conjunto de reformas —cuatro— que aparecieron en 2005, que corresponden a temas de gran importancia, totalmente diversos. Se trata, en todos los casos, de modificaciones sugeridas de tiempo atrás y sujetas a debates intensos, de los que finalmente surgió la solución que prevalecería en 2005, aunque su consagración no siempre fuera afortunada —el caso de la justicia penal internacional— o no fuera perdurable a pesar de haber sido afortunada —el caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal, en el que hubo retroceso al cabo de pocos años—.

De las reformas de 2005 me ocuparé según su orden de aparición en la escena. El 20 de junio fue publicada la modificación al artículo 21 que permite a México “reconocer, en cada caso, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”, o bien, en otros términos —más claros— incorporarse al sistema penal internacional mediante la adopción del Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal y define sus atribuciones y procedimientos.

La discusión interna sobre este tema fue ardua y culminó en una reforma de “transacción”, singularmente defectuosa, que pretende sueditar la participación mexicana en actividades persecutorias de la Corte Internacional a los acuerdos que para ello emitan el Ejecutivo, primero, y el Senado, después. Esta modalidad —de “candados”, se suele decir— carece de asidero en el Estatuto de Roma y pudiera arri-

bar a la negativa de validez a semejante cláusula condicionante, como ya ha ocurrido, a propósito de declaraciones o reservas mexicanas que quieren limitar el alcance de disposiciones internacionales cuya observancia ha comprometido nuestro país como Estado parte del tratado respectivo.

El 28 de noviembre de 2005 se publicó el decreto que contempla la emisión de una ley federal para el conocimiento de delitos de este fuero por autoridades comunes en materias de jurisdicción concurrente. He aquí un nuevo paso para reorganizar el sistema de competencias penales —que es, en su base, un sistema de persecución de delitos y asunción de las pesadas cargas de la seguridad pública— depositando mayores y más claras atribuciones en las autoridades locales y modalizando, en lo que toca a este sector, la organización federal de la República.

También en 2005 —9 de diciembre— se publicó el decreto que extrae de la Constitución la pena capital, un progreso pendiente desde el siglo XIX. En algunos textos de esa centuria, y particularmente en la Constitución de 1857, se pretendió la abolición de la pena capital a partir del establecimiento del sistema penitenciario. Desde entonces hubo penitenciarías —algunas de ellas erigidas conforme a los mejores patrones arquitectónicos de su hora—, pero no un genuino sistema penitenciario nacional. En 2005, el abolicionismo se impuso y fue desterrada la pena de muerte, sin mayores condiciones ni vinculación con la pena privativa de la libertad, abolición que nuestro país acentuó a través de la adopción del protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que suprime la pena de muerte.

El 12 de diciembre de 2005 fue publicado un nuevo texto acerca de los menores de edad en conflicto con la ley penal, que puso término a la normativa sobre menores infractores basada en el texto constitucional precedente, de 1965. En el debate entre corrientes enfrentadas en este tema —que es un debate con altas y bajas a escala continental, proyectadas sobre la deliberación acerca de este asunto en México— militaron las tendencias llamadas tutelares y las denominadas garantistas, designaciones que no siempre son apropiadas. En fin de cuentas, se alejó la idea de considerar a los adolescentes en un sistema penal y prevaleció la de asignarles un sistema integral de justicia propia. Fue un acierto del Poder Revisor de la Constitución, que echaría por tierra la nueva revisión de este asunto diez años más tarde.

X. LA REFORMA AMBIGUA DE 2008: ¿DEMOCRACIA O AUTORITARISMO?

La reforma constitucional promovida en 2007 y consumada en 2008, en la que coincidieron finalmente, a través de una “transacción” más que opinable, las corrientes garantistas y las corrientes autoritarias —que ya dije—, es la que reviste mayor alcance en materia procesal entre todas las realizadas a partir de 1917. De ella se desprenderían otras reformas —también constitucionales: la relativa a competencia legislativa del Congreso de la Unión, de 2013— y la normativa secundaria que rige en la actualidad: Código Nacional de Procedimientos Penales y regulación de las soluciones alternas, a reserva de que llegue pronto la ley de ejecución de sentencias.

Los panegiristas de la reforma de 2008 —que son numerosos, mucho más que los críticos— hablan acerca del establecimiento de un “nuevo paradigma” en la justicia penal mexicana. Las banderas desplegadas para instalar el “nuevo paradigma” aluden a los juicios orales —en realidad, se trata de juicios por audiencias— y al sistema acusatorio —que también se ha calificado, con desliz, como adversarial, voz grata a quienes pugnaron por la importación del *adversary system*—, bajo la idea, que ya mencioné, de que la Constitución ha abandonado el sistema inquisitivo y asumido el acusatorio. Sobra insistir en el rechazo de este equivocado diagnóstico constitucional, aunque no se deben negar —sino aplaudir— los ingredientes liberales que la reforma aporta al conjunto de la justicia penal.

La reforma de 2008 y sus derivaciones secundarias recogen elementos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada —un ordenamiento contaminante, con el que inicia la bifurcación del sistema penal mexicano, entre luz y sombra—, del impulso reformista sudamericano, principalmente el emprendido en Chile, más alguna lectura del excelente documento que es el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, elaborado al amparo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal por un grupo de respetables juristas que actuaron en varias etapas hasta llegar a la más reciente, que ya implicó la redacción del modelo presentado en 1988: Niceto Alcalá-Zamora, quien “lanzó la idea”, Sebastián Soler, Alfredo Vélez Mariconde, Jorge A. Clariá Olmedo, Víctor Fairén Guillén, Fernando de la Rúa, Julio B. J. Maier, Bernardo Gaitán Mahecha, Jaime Bernal Cuéllar, Ada Pellegrini Grinover y Alberto M. Binder.

Sin perjuicio de esas influencias, las nada estimables —la Ley contra la Delincuencia Organizada— y las muy estimables que también he mencionado, el ímpetu mayor para llevar a cabo la reforma provino de los Estados Unidos de América. Las instituciones norteamericanas, que han ganado terreno en todo el horizonte de las reformas procesales, han aportado sugerencias prontamente acogidas en México, e incluso recursos económicos que han concurrido a la construcción de instrumentos para la reforma a través de formación profesional y difusión académica, entre otros renglones.

He dedicado un libro —que contiene el subtítulo de “¿Democracia o autoritarismo?”— a la reforma de 2008, y a él me remito para conocer el origen, el desarrollo y la adopción de la mencionada reforma, que también he calificado de “ambigua” por los elementos contradictorios que aloja. Los propios documentos generadores de la reforma, que ponderan el garantismo a voz en cuello —y lo saludo—, también hablan de la exclusión de “falsos garantismos”, que quizá no son tan falsos, y de reducción de garantías —revisión de estándares, dicen— para la injerencia del Estado en el ámbito de la libertad, como ocurre en la orden de aprehensión y en el auto de procesamiento, al que la nueva terminología denomina de “vinculación” a proceso.

Ya me he referido a la infortunada escisión del sistema procesal en dos vertientes: ordinaria, la primera, con mayores derechos y garantías, y especial, la segunda para delincuencia organizada y “otros” supuestos que ameriten medidas restrictivas con respecto al procedimiento y la privación de libertad. Por este camino se puede internar el sistema penal en el rumbo de los extravíos autoritarios.

La reforma de 2008 pone fuerte acento en la solución consensual del litigio penal a través de mecanismos alternos, cuyo detalle consta en el Código Nacional de Procedimientos Penales y en la ley sobre mecanismos alternos. Este acento pudiera llevar hacia la justicia restaurativa, a la que no se menciona por su nombre, pero también plantea una colisión de “paradigmas”, para utilizar el vocablo tan socorrido: de un lado, el paradigma de la justicia; del otro, el de la economía, alentado por acuerdos entre partes —una de ellas el poderoso Ministerio Público—, verdades pactadas, aplicación del principio de oportunidad, etcétera.

Muestra de esa colisión, resuelta por el Poder revisor y por el legislador ordinario a favor de la economía, es la regulación del procedimiento abreviado o terminación anticipada, en la que son evidentes las

huellas del *plea bargaining* norteamericano, tan diversamente considerado, en su propia tierra, por partidarios y adversarios.

La reforma de 2008 ofrece innovaciones relevantes, positivas, en la vertiente del progreso procesal y el desarrollo de derechos y garantías, proclamadas bajo el rubro del proceso acusatorio. Mencionemos algunas, entre las más importantes: avanza en la relación y el desarrollo de principios del procedimiento y objeto del proceso, considera en mejor forma los derechos del ofendido y su acceso al proceso, crea los jueces de control —o jueces de garantía—, pone acento en la defensoría pública, tiende a reducir los supuestos de prisión preventiva —extremo que ha mejorado bajo el Código Nacional de Procedimientos Penales—, judicializa la ejecución y con ello abre la puerta al establecimiento de jueces de ejecución —previamente acogidos por algunas entidades federativas—, regula las medidas cautelares y precautorias —pero deja subsistente, con regulación desacertada, la posibilidad del arraigo—, reglamenta diversos procedimientos especiales, entre ellos el destinado a indígenas y el referente a personas morales —cuya normativa material persiste en los múltiples códigos penales federal y locales—, etcétera.

En lo que toca a distribución de competencias persecutorias, el giro constitucional del 2008 precisó —considerando la existencia de pareceres diversos que encaminaron diferentes acciones— que la materia de delincuencia organizada queda bajo la jurisdicción federal. Compete al Congreso de la Unión, en exclusiva, legislar acerca de esta cuestión, erizada de problemas, lo cual descarta los ordenamientos que algunas entidades —entre ellas el Distrito Federal, ahora Ciudad de México— habían comenzado a expedir con relación a esta materia.

Supra me referí al proyecto ético del sistema penal, alojado en el objetivo o fin de las penas, particularmente la más intensa y difundida —que es desacierto—: la privativa de la libertad. A partir del texto de 1917, ese fin fue la regeneración del reo; en 1964 se acogió el concepto de readaptación, que bajo ese nombre u otros equivalentes existe en muchos ordenamientos nacionales y en el derecho internacional de los derechos humanos; en 2008 aquel término fue sustituido por el de reinserción, sin razones suficientes para el cambio, más allá de algunas ideas demasiado vagas y prejuiciosas a propósito de lo que es —pero no es— la readaptación.

En 2008 se indicó que la reinserción y la evitación de la reincidencia, expresamente planteadas en la reforma constitucional, se busca-

rían a través del trabajo, la capacitación para éste, la educación, el cuidado de la salud, el deporte y la protección de los derechos humanos. Algunos de estos datos de readaptación o reinserción se hallaban en textos anteriores; otros son nuevos, como ocurre con la invocación explícita de los derechos humanos, que de ninguna manera es reprochable, pero resulta extraña si se considera que todas las personas, no sólo los reclusos, son titulares de semejantes derechos y acreedores a su protección. Seguramente el Poder revisor ha querido enfrentar, con la expresa alusión a los derechos fundamentales, la situación que ha prevalecido y prevalece en los reclusorios: violación sistemática y masiva de aquéllos.

La reforma de 2008 dispuso plazos *ad quem* para la vigencia plena de las novedades constitucionales. En lo que respecta al sistema procesal acusatorio, ocho años, que concluyeron en junio de 2015; en lo que atañe al sistema de ejecución penal —que supone revisión profunda del régimen penitenciario, normas y realidad, y judicialización de la ejecución—, tres años, que expiraron hace tiempo, sin que hubiera avances significativos.

XI. ABUNDANTES REFORMAS POSTERIORES: DE 2008 A 2015

Después del decreto reformador de 2008 han sobrevenido numerosas reformas penales, diversas, heterogéneas, que pudieron conformar —más en razón del tiempo en que se presentaron: siete años, que en función de sus temas— una nueva etapa del proceso de reformas penales constitucionales. Se trata, desde luego, de cambios importantes que reseñaré en los siguientes párrafos.

El 4 de mayo de 2009 quedó establecido —en una nueva reforma al artículo 73 constitucional, para seguir distribuyendo cargas penales entre la Federación y las entidades federativas— la facultad del Congreso de la Unión para expedir la ley federal en materia de secuestro, delito cuya comisión se ha incrementado y que causa extrema alarma social.

A propósito de esta reforma, es importante observar el empleo de un concepto de reciente ingreso al orden jurídico mexicano, con dudo-so sustento constitucional —aunque lo tuviera jurisprudencial— hasta el haz de reformas de 2009 y posteriores: las “leyes generales”, que tienen a su cargo —definió inicialmente la jurisprudencia federal— la fijación de competencias específicas a cargo de la Federación y las

entidades, en la hipótesis de que se requiera la convergencia de ambos planos del Estado.

En la reforma de 2009 y en las subsecuentes de 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015 —2 y 10 de julio—, a las que adelante me referiré, se halla el perfil “mínimo” de esas leyes generales en materia penal: tienen por objeto “establecer, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios”. Adviértase que la Constitución habla del contenido mínimo, el indispensable, el inexcusable, de las leyes generales, pero no determina el otro lindero: hasta dónde pueden llegar, y por ello el analista podría poner en juego la imaginación y quizá convertir una ley general en un ordenamiento exhaustivo sobre determinada materia, que abarque inclusive los temas generales del derecho penal.

El 14 de julio de 2011 se avanzó un trecho más en el despliegue de leyes generales: quedó sujeta a un ordenamiento de esta naturaleza, emitido por el Congreso de la Unión, la trata de personas, otro crimen frecuente. Una nueva redistribución de competencias se hizo merced a la reforma constitucional del 25 de junio de 2012, producto del clamor levantado por la frecuente comisión de delitos muy graves —desde amenazas hasta homicidio calificado— en agravio de periodistas: ilícitos aparentemente motivados por el ejercicio de esta profesión, que puede provocar violencia por parte de autoridades públicas o delincuentes.

Hechos de esta naturaleza han causado severo deterioro a la imagen pública del país, más allá de nuestras fronteras, y suscitado reclamaciones constantes por parte de comunicadores sociales y organizaciones promotoras de la libre expresión. De ahí que se hubiera querido brindar protección penal para la práctica segura de uno de los derechos básicos en el marco de una sociedad democrática: la libre expresión de noticias e ideas. En la especie —señala hoy la fracción XXI del artículo 73—, los órganos federales podrán conocer de delitos contra periodistas, personas e instalaciones que afecten el derecho a la información o las libertades de expresión e imprenta.

Llegó en seguida un alivio a lo que se ha denominado, con sobra de razón, “extremoso federalismo” en materia penal, que dispersó la legislación de esta especialidad entre la Federación, los estados de la República e incluso el Distrito Federal (anteriormente sujeto al mismo código federal).

A partir de un pronunciamiento presidencial del 1o. de diciembre de 2012 aparecieron varias iniciativas de revisión del régimen constitucional de competencias. En este punto no sólo influyó la evidente necesidad de racionalizar la legislación punitiva para disponer de la herramienta que sustentara —o reflejara— una verdadera política nacional, sino también los patentes desaciertos de la aplicación dispersa, a veces caprichosa, de la normativa procesal constitucional establecida en 2008: aparecieron distintas interpretaciones en diversos códigos locales, lo cual agravó los problemas que se pretendía resolver con la multicitada reforma del 2008.

Por lo dicho, se volvió a la carga sobre la fracción XXI del artículo 73, a fin de conferir al Congreso de la Unión competencia exclusiva para legislar, con alcance para toda la República, en diversas materias: procedimiento penal, mecanismos alternativos de solución de controversias de este carácter y ejecución de penas.

Lamentablemente quedó fuera de este giro competencial lo que más interesaba que quedara dentro: la ley penal sustantiva, cuya unificación ha sido requerida desde hace muchos años —constituye un planteamiento reiterado de la Academia Mexicana de Ciencias Penales—, y cuenta en su favor con sólidos argumentos. Como sea, los temas penales se volvieron a localizar en el centro de la escena donde se reconstruye el régimen federal mexicano. En este caso no se echó mano de los conceptos de ley general o ley reglamentaria, sino de una nueva categoría: Código Nacional, cuya naturaleza será preciso explorar dentro del conjunto de leyes de diferente carácter y designación que han llegado a nuestro orden jurídico.

El 10 de febrero de 2014 recibimos una “miscelánea” político-electoral, nueva presentación de una cauda de reformas de esta materia que han puesto en evidencia la pintoresca expresión, utilizada en 1996, de que se había llegado a una reforma electoral “definitiva”. La definitividad no ha caracterizado, en modo alguno, al sistema electoral, como tampoco al penal, según hemos podido ver a lo largo de esta exposición.

Dentro de esa miscelánea llegó una nueva figura auspiciada por la necesidad de introducir cambios en la localización político-constitucional y en la gestión funcional del Ministerio Público, cuyo emplazamiento actual viene de 1900. La nueva figura fue la Fiscalía General de la República, que hasta la hora de redactar estas notas carece de la regulación secundaria requerida por la norma constitucional. La Fiscalía

está concebida como órgano constitucional autónomo —uno más, en el conjunto creciente y abigarrado de entes de la misma naturaleza que han proliferado en años recientes—. Con el mismo impulso político-electoral, la reforma de 2014 aportó a la cosecha de leyes generales, introduciendo en esta categoría la especialidad penal electoral.

El 27 de mayo de 2015 hubo nuevas reformas importantes. Por una parte, se modificó el artículo 22 constitucional para ampliar los supuestos de extinción de dominio —una figura que también se halla pendiente de exploración seria desde la perspectiva de los derechos fundamentales, puesto que incide en éstos—, a fin de incluir el supuesto de enriquecimiento ilícito a los antes mencionados en el texto constitucional: delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas.

En la misma fecha últimamente citada —27 de mayo de 2015— se creó el Sistema Nacional Anticorrupción, previsto en el artículo 113 constitucional, cuyo propósito y funcionamiento van más allá de los temas penales, pero indudablemente los implican. De nueva cuenta se reformó el artículo 73 constitucional —pero no la fracción XXI— para facultar al Congreso de la Unión, en forma consecuyente con el cambio constitucional, a expedir una ley de bases de coordinación —que no se denomina reglamentaria, nacional, general o única— del referido Sistema Nacional.

El 2 de julio de 2015 reaparecieron en el plano constitucional los adolescentes en conflicto con la ley penal, tema que ya mencionamos al ocuparnos del grupo de reformas introducidas en 2005. En el cambio de 2015 a la fracción XXI del artículo 73 se hizo retroceder parcialmente las manecillas de la historia, que habían avanzado en 2005. El retroceso consiste en la adopción de una ley única —hasta aquí, un paso necesario, que no fue posible adelantar en 2005— en materia de justicia “penal” para adolescentes, “penalización” innecesaria y perturbadora.

El régimen de los adolescentes sigue el patrón relativo a los adultos: procedimiento acusatorio y oral, con derechos específicos y sin aludir —como antes se hacía— a la rehabilitación de aquellos sujetos. Se contempla el internamiento de los mayores de 14 años que incurran en hechos delictuosos, pero se ha omitido calificar esos hechos como graves, omisión que multiplica las posibilidades de internamiento, contrariamente a la tendencia mundial sobre esta materia.

Además, el Poder revisor adecuó la reforma sobre adolescentes a los lineamientos competenciales y materiales del régimen de adultos, en tanto dispuso que el Congreso de la Unión expidiera una ley única —no nacional— procedimental “penal”, de mecanismos alternativos, de ejecución de penas y de “justicia penal” (que por lo visto tiene un contenido diferente de la procedimental) destinada a adolescentes.

Pocos días más tarde, el 10 de julio de 2015 acudió la última reforma constitucional de contenido penal —última, hasta la fecha de elaboración de estas líneas—, también con relación a la fracción XXI del artículo 73. En un nuevo intento de amparar con eficiencia derechos humanos frecuentemente vulnerados, se atribuyó al Congreso de la Unión la potestad de expedir una ley general acerca de desaparición forzada —una cuestión que ha inquietado al país y determinado severos cuestionamientos por parte de órganos internacionales de defensa de los derechos humanos—, otras formas de privación ilegal de la libertad y diversos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

XII. COLOFÓN

Hasta aquí, pues, el curso de las estipulaciones penales en la Constitución General de la República, a partir del texto aprobado en 1917 por un Constituyente en el que participaron muchos diputados que habían conocido el rigor del régimen penal del porfiriato. No sólo leyeron las noticias o la doctrina en torno a la policía, el Ministerio Público, los tribunales, las prisiones. Algunos vivieron la experiencia de la letra de 1857 —una Constitución liberal con la que, sin embargo, “no se podía gobernar”— en contraste con la práctica punitiva que muchos cronistas, víctimas, testigos, relataron puntualmente.

En el camino constitucional recorrido desde 1917, pero sobre todo en el andado desde 1940, *dies a quo* de este trabajo, han proliferado las buenas intenciones y han abundado los tropiezos en la materialización de lo que llamé, casi al inicio del recorrido, las decisiones fundamentales en materia penal, y entre ellas la mayor de todas, rectora del conjunto: ¿Para qué sirve el sistema penal? ¿Qué queremos hacer de él y con él?

Hoy contamos con muchas normas plausibles y algunos trabajos de buena voluntad para que las disposiciones hagan el viaje que va del discurso del legislador a la realidad de la justicia cotidiana, la que he

llamado “micro-justicia”, la que se procura y administra en numerosos espacios del quehacer público, a gran distancia de la majestuosa escalinata de la Suprema Corte de Justicia en la que velan los monumentos a Rejón, Otero y Vallarta.

Lo que más debiera inquietar al observador del sistema penal de nuestro tiempo —aquí y fuera de nuestras fronteras— es la tentación de utilizar la herramienta punitiva más allá de su oficio natural en una sociedad democrática, alterando el desarrollo del pensamiento beccariano y el progreso de la normativa aplicable en todos los casos, tropiezo en el que incurrió, pese a todas sus bondades, la reforma constitucional de 2008. Fortalecer el costado humanista y liberal del aparato penal y ahuyentar esa tentación autoritaria es el cometido primordial de la política criminal avanzada, que no cede en el esfuerzo por implantar una verdadera justicia.

Los fundadores de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, la legislación penal y los debates sobre la justicia

Elisa Speckman Guerra*

EN EL marco de la celebración de los aniversarios de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en este trabajo analizaré la participación de los fundadores de la primera institución en la conformación de la legislación penal, así como en los debates sobre dicha legislación y sobre la impartición de justicia.

La Academia Mexicana de Ciencias Penales fue creada en 1940 por diez juristas y dos médicos: Francisco Argüelles Espinoza, Raúl Carrancá y Trujillo, José Ángel Ceniceros, Carlos Franco Sodi, Luis Garrido, José Gómez Robleda, Francisco González de la Vega, José María Ortiz Tirado, Emilio Pardo Aspe, Javier Piña y Palacios, José Torres Torija y Alfonso Teja Zabre. Para entonces, los fundadores llevaban años inmersos en el ámbito penal, habiendo participado en comisiones redactoras de leyes y habiendo publicado trabajos que reflejan una novedosa visión de la criminalidad, del derecho y de la justicia.

En palabras de Sergio García Ramírez, se trata de “la primera y más compacta, significativa y duradera generación del penalismo en el siglo XX”.¹ Efectivamente, el grupo constituye la primera camada de penalistas del México postrevolucionario; un grupo que marcó el rumbo de la legislación penal, de las instituciones de justicia y de castigo, y de la enseñanza del derecho desde mediados de la década de 1920 hasta fines de la década de 1950. Como afirma Francisco Alejandro Gonzá-

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ García Ramírez, “La Academia Mexicana de Ciencias Penales y *Criminalia*. Medio siglo en el desarrollo del derecho penal mexicano (una aproximación)”, *Los abogados y la formación del Estado mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 769.

lez Franco, “tanto la revista *Criminalia* como la Academia Mexicana de Ciencias Penales desempeñaron la difícil labor, por casi cuatro décadas, de desarrollar y encauzar la política criminal mexicana”.²

Su presencia resulta clara, entonces, desde mediados de los veinte. Tras la Revolución se produjo un cambio generacional. La mayor parte de los legisladores, funcionarios judiciales, litigantes, juristas y teóricos del derecho activos durante el Porfiriato renunciaron a su cargo tras el exilio de Porfirio Díaz o tras la derrota de Victoriano Huerta. Algunos, como Miguel Macedo, encontraron acomodo en la Escuela Libre de Derecho, como sostiene Sergio García Ramírez, “el profesor fue ampliamente celebrado por sus contemporáneos y por sus numerosos alumnos, hasta bien entrado el siglo XX”.³ El autor habla de una “numerosa feligresía”, algo similar menciona Emilio Pardo Aspe, quien postula: “no formaba discípulos, sino que lograba, sin proponérselo, fervientes devotos”.⁴ Así, al igual que otros profesores que también se incorporaron a la Escuela Libre de Derecho —pero quizá en mayor medida que ellos— Macedo sirvió como puente entre la generación porfiriana y la postrevolucionaria. Otros destacados legisladores o juristas porfirianos, como Querido Moheno, abrieron despachos de abogados y destacaron en los foros. Pero fueron los menos.

Asimismo, las revistas porfirianas —como *El Foro*, *El Derecho* o *La Ciencia Jurídica*— se dejaron de publicar antes de la Revolución. Al concluir la lucha armada surgieron nuevas publicaciones; primero, en 1921, la de la institución que había acogido a los viejos juristas: la *Revista de la Escuela Libre de Derecho*. Después la Escuela de Jurisprudencia publicó su *Revista de Ciencias Sociales* en 1922 y un grupo de abogados *Los Tribunales* en 1923.

Sin embargo, todavía no existían ni una publicación periódica especializada en el tema penal ni un grupo que difundiera una visión de la criminalidad diversa a la prevaleciente en el Porfiriato y que extendiera al derecho penal la tarea emprendida por los constituyentes, plasmando en las leyes el espíritu de la Revolución.

El espacio lo cubrieron los fundadores de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. En trabajos publicados en 1925 y en 1926, Mi-

² González Franco, *Criminalia y su aportación a la legislación penal mexicana. Tesis de maestría*, México, 2011, p. 87.

³ *Ibidem*, p. 760.

⁴ Tomado de *Idem*.

guel Macedo sostuvo la necesidad de reformar los códigos expedidos en el siglo XIX y que aún conservaban su vigencia (el penal de 1871 y el procesal penal de 1894).⁵ El autor, ya mencionado arriba, había encabezado a la generación de penalistas porfirianos formados en el espíritu positivista. Al mismo tiempo, en 1926, dos abogados, José Ángel Ceniceros y Luis Garrido, publicaron un tratado sobre la ley penal.⁶ Eran jóvenes, tenían 26 y 28 años respectivamente, pero Ceniceros contaba con experiencia en la justicia militar y Garrido había sido fiscal en el estado de Michoacán. En los siguientes cinco años Ceniceros publicó trabajos sobre los códigos penales expedidos en 1929.⁷ Lo mismo hizo otro abogado, Alfonso Teja Zabre, quien tenía aproximadamente 10 años más que los dos primeros y mayor trayectoria: había sido juez, defensor de oficio, diputado al Congreso constituyente, agente del Ministerio Público y magistrado del Tribunal Superior de Justicia.⁸ Por ende, mientras que Macedo publicaba su última obra, dedicada a la historia del derecho penal, Ceniceros y Teja Zabre escribían sobre los códigos que conservarían su vigencia durante todo el siglo XX. El primero miraba al pasado, los otros al futuro.

No es de extrañar que poco después, los tres personajes mencionados, Ceniceros, Garrido y Teja Zabre, fueran elegidos para formar parte de la comisión redactora de los códigos que se promulgarían en 1931. Su pertenencia a la comisión representa un paso decisivo en la vinculación del grupo, y en la definición de sus posiciones.

Dos años más tarde, con el fin de defender al nuevo código penal y de difundir sus ideas, Ceniceros, Garrido y Teja Zabre fundaron la revista *Criminalia*. Entre los creadores de la revista se cuentan también Francisco González de la Vega y Raúl Carrancá y Trujillo. El primero tenía 32 años, y había sido juez correccional y subprocurador de justicia del Distrito Federal; el segundo tenía 36 y había sido agente del Ministerio Público y juez. A un año del nacimiento de la publicación,

⁵ Macedo, “El código penal mexicano (Sancionado por el presidente Juárez el 7 de diciembre de 1871. Su sistema general y espíritu renovador que lo informa. Examen de la obra a la luz de las doctrinas novísimas)” y “Algunas ideas sobre la reforma de los códigos”, 1926.

⁶ Ceniceros y Garrido, *La ley penal mexicana*, México, Ediciones Botas, 1934.

⁷ Ceniceros, *El nuevo código penal*, México, Ediciones Botas, 1931, y *El código penal de 1929*, México, Ediciones Botas, 1931.

⁸ Teja Zabre, “Las nuevas orientaciones del derecho penal”, *Revista de Ciencias Sociales*, t. I, núm. 3, 1930.

José Ángel Cenicerros consideraba que los redactores debían centrarse en dos metas o temas, la unificación de la ley penal y la reforma material efectiva, positiva, auténtica de los sistemas de prevención y aplicación de sanciones.⁹ Según Sergio Correa García y Francisco Alejandro González Franco, la revista tuvo una amplia acogida en el país y en el extranjero, e inspiró una publicación italiana que llevó el mismo nombre.¹⁰

En 1940 se presentó un tercer y definitivo momento de integración: la fundación de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Se sumaron individuos que ya habían participado como redactores de *Criminalia*: Emilio Pardo Aspe (quien tenía 55 años y había sido agente del Ministerio Público, defensor de oficio y litigante), José Ortiz Tirado (tenía 46 años, había sido defensor de oficio, agente del Ministerio Público, litigante, magistrado y presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y ministro y presidente de la Suprema Corte de Justicia), Carlos Franco Sodi (quien a sus 36 años había sido juez penal, agente del Ministerio Público y director de la Penitenciaría del Distrito Federal), Javier Piña y Palacios (tenía 43 años y había sido secretario de tribunales y juez menor) y Francisco Argüelles (tenía 35 años y había sido secretario de tribunales). La integración de los dos médicos, José Gómez Robleda y José Torres Torija, da cuenta del carácter multidisciplinario del grupo.

Entre los fines de la asociación se contaban el estudio de las ciencias penales, pero también la colaboración en la promulgación de leyes, y el fomento de las políticas públicas tendientes a disminuir la criminalidad.¹¹ En lo individual, los fundadores perseguían las mismas metas. En palabras de Sergio García Ramírez “eran hombres de Estado y de cultura”.¹² Por su parte, Francisco Alejandro González Franco sostiene que estaban vinculados con los principales actores políticos y culturales de la época, siendo ellos mismos parte de ese grupo.¹³ Efectivamente, fueron gobernadores, secretarios de Estado, embajadores, procuradores de Justicia, ministros de la Suprema Corte, magistrados del Tribunal Superior de Justicia. Y casi todos ellos, pro-

⁹ Cenicerros, “Aniversario de *Criminalia*”, p. 253.

¹⁰ Correa García, *Historia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, México, Porrúa, 2001, p. 12, y González Franco, *op. cit.*, p. 10.

¹¹ Ver la nota publicada en *Criminalia*, septiembre de 1940, año VII, núm. 1, p. 1.

¹² García Ramírez, *op. cit.*, p. 769.

¹³ González Franco, *op. cit.*, pp. 9 y 87.

fesores universitarios y autores de obras jurídicas (algunos publicaban todavía en la década de 1960).

Tras presentar al grupo de fundadores de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, mostraré su incidencia en la legislación penal y en debates sobre el derecho y la justicia. En estas tareas destacan cinco académicos, que serán los personajes centrales de este trabajo: Carrancá y Trujillo, Ceniceros, Franco Sodi, Garrido y González de la Vega.

Retomando, en este trabajo persigo varios objetivos; en primer lugar, evidenciar la existencia de un relevo generacional de penalistas a partir de la segunda década del siglo XX, y el cambio en las ideas sobre la criminalidad y la justicia que lo acompañó, mostrando la importancia que los fundadores de la revista *Criminalia* y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales tuvieron en la formulación de la nueva visión; en segundo lugar, señalar la relevante presencia del grupo en la redacción de la legislación penal vigente a lo largo de casi todo el siglo; en tercer lugar, analizar sus observaciones relativas a la legislación penal y sus propuestas de cambio, y por último, estudiar su visión de las prácticas judiciales, una visión crítica a pesar de que ocuparon destacados puestos en instituciones gubernamentales, jurisdiccionales o culturales del México postrevolucionario.

I. LABOR LEGISLATIVA

Su labor legislativa inició en 1931, con su incorporación a la comisión redactora de los códigos penales que sustituyeron a aquellos que habían sido promulgados dos años antes, en 1929.

Los códigos de 1929 fueron los primeros ordenamientos penales promulgados en el México postrevolucionario. Los miembros de su comisión redactora, presidida por José Almaraz, expresaron su simpatía hacia la escuela positivista de derecho penal, y siguiendo sus postulados, no consideraron al delito como resultado de una decisión voluntaria del criminal, sino como producto de factores determinantes, propios del medio físico o social o derivados de anomalías orgánicas del infractor. Por ello, desecharon el principio de responsabilidad moral como fundamento del castigo y lo sustituyeron por el de peligrosidad. Creyeron que la sanción debía imponerse considerando el grado de temibilidad del delincuente y, por ende, sus características. Sin embargo, no podían desatender el principio de igualdad jurídica ni dejar de partir

del delito cometido como base para la sanción, por lo que, en palabras de Almaraz, se debieron conformar con un “código de transición”.¹⁴

No terminaron con el sistema que regía la aplicación de la sanción en el Código de 1871 —la determinación de una pena media que podía aumentarse o disminuirse hasta una tercera parte en razón a la presencia de circunstancias atenuantes o agravantes—, pero con el fin de brindar a los jueces la capacidad de considerar la temibilidad de cada procesado y su posibilidad de enmienda, les permitieron considerar circunstancias que podían resultar indicativas de lo anterior, aumentaron la sanción de los reincidentes e introdujeron el concepto de delincuente habitual.¹⁵

Creyeron que esta tarea exigía un estudio integral del procesado, y que sólo la podrían realizar jueces con conocimientos de derecho, medicina y criminología. Por lo anterior, optaron por suprimir el juicio por jurado, que había funcionado desde 1869; en su lugar, crearon Cortes Penales, integradas por tres jueces formados en el derecho. Uno de ellos se encargaba, por turno, de la fase de instrucción. Posteriormente los tres participaban en la audiencia y la sentencia se determinaba por mayoría de votos.¹⁶ Es decir, apostaron por una justicia colegiada de primera instancia.

Entre los principales críticos de los códigos penales expedidos en 1929 se cuentan Carrancá y Trujillo, Ceniceros, Garrido y González de la Vega. Menciono entre los principales, pues los ordenamientos recibieron diversos comentarios negativos.

Seguía tratándose de un código del delito que basaba la penalidad en los delitos cometidos y fijaba una sanción para cada uno de ellos, para poder ser considerado como un código del delincuente hubiera sido necesario que las sanciones se basaran en la personalidad del procesado, y que se contemplaran penas indeterminadas. Así lo entendieron los redactores y lo enfatizaron los críticos. Sin embargo, los segundos —entre ellos Ceniceros, Garrido y González de la Vega— sostuvieron que en su intento por avanzar hacia un código del delincuente, los redactores habían incurrido en incongruencias y señalaron

¹⁴ Almaraz, *Exposición de motivos del código penal promulgado en diciembre de 1929*, México, 1931, pp. 18-25.

¹⁵ Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929, artículos 47-55, 64-67, 175-176, con modificaciones en 1950. *Ibidem*, pp. 73-132.

¹⁶ Código de organización, de competencia y de procedimientos en materia penal para el Distrito Federal y Territorios de 1929, artículos 26-35.

la presencia de contradicciones flagrantes, duplicidad de conceptos, fallas de estructura y errores de redacción.¹⁷

Los fundadores de la Academia Mexicana de Ciencias Penales estimaron que, debido a lo anterior, el ordenamiento resultaba difícil de aplicar.¹⁸ De ahí, según Ceniceros, la resistencia por parte de operadores del derecho y otros grupos de la sociedad. Al respecto sostuvo: “El ambiente para la legislación es desfavorable y aún hostil, lo mismo entre los funcionarios judiciales encargados de aplicarla, que entre los litigantes y asociaciones profesionales”. Y enfatizó: “todo mundo está convencido del fracaso de los códigos”.¹⁹ El mismo panorama presentó Garrido, quien afirmó: “la prensa, los especialistas y hasta miembros del Congreso llevaron a cabo una campaña que dio al traste con el ordenamiento”.²⁰ Así, a menos de seis meses de que los códigos hubieran entrado en vigor, sintetizó Ceniceros:

Ha llegado un momento de crisis para la legislación penal, en el que la crítica académica y pública de sus preceptos, por medio de la prensa, es innecesaria, pues ya todo mundo está convencido del fracaso de los códigos, a los cuales se les atribuyen con exageración errores y lacras, aun olvidando las bondades que en algunos puntos tienen.²¹

Concluyó que tras “una dura y aun cruel crítica”, se imponía la necesidad de reformar la legislación. Ante la disyuntiva de redactar un nuevo código o de volver transitoriamente al de 1871 optó por lo primero, pues consideró que el antiguo cuerpo ya no respondía “a las necesidades del momento”, y que “se sentaría un funesto precedente de ensayos de «quita y pon» de leyes cada tres meses”. Pero, además, estaba convencido de la necesidad de cambio y temía, que restaurado

¹⁷ Ceniceros, *El nuevo código penal*, cit., p. 13 y “La escuela positiva y su influencia en la legislación penal”, *Criminalia*, año VII, núm. 4, diciembre, 1940, p. 203; Garrido, “La doctrina mexicana de nuestro derecho penal”, *Criminalia*, año VII, núm. 4, diciembre, 1940, p. 240; y González de la Vega, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1997, pp. 254 y 255.

¹⁸ Carrancá y Trujillo, *Derecho penal mexicano*, México, Antigua Librería Robredo, p. 77 y “La legislación penal mexicana”, p. 301; Garrido, *Ensayos penales*, p. 29; y González de la Vega, *La reforma de las leyes penales en México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1935, p. 20 y *Derecho penal mexicano*, cit., p. 254.

¹⁹ Ceniceros, *El nuevo código penal de 13 de agosto de 1931*, p. 79.

²⁰ Garrido, *Ensayos penales*, México, Ediciones Botas, 1952, p. 29.

²¹ Ceniceros, *El nuevo código penal de 13 de agosto de 1931*, p. 79.

el código de Martínez de Castro, permanecería vigente por muchos años.²²

Su anhelo se cumplió y el connotado jurista, como representante de la Secretaría de Gobernación, formó parte de la comisión encargada de redactar nuevos ordenamientos penales. Lo acompañaron Garrido (por parte de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal) y Teja Zabre (como portavoz del Tribunal Superior de Justicia). También participaron en algunas fases otros tres fundadores de la Academia Mexicana de Ciencias Penales: Ortiz Tirado, González de la Vega y Pardo Aspe. El ordenamiento no cuenta con exposición de motivos, pero el faltante se cubre con una exposición que fue presentada por Teja Zabre, a nombre de la comisión, en el Congreso Jurídico Nacional.²³

Los redactores del ordenamiento de 1931 asumieron una postura ecléctica, y optaron por tomar principios de la escuela liberal y de la positivista. Negaron la posibilidad de ceñirse a una corriente pues consideraban que “ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un código penal”, mientras que el eclecticismo “permitía escapar del dogmatismo unilateral o del sectarismo estrecho de una escuela o de un sistema”.²⁴

Siguieron rechazando el postulado de responsabilidad moral y se inspiraron en el de la defensa social, pero sin llevarlo hasta sus últimas consecuencias.²⁵ Pensaron que todo código debía combinar consideraciones en torno al acto y al sujeto, y para lograr esta combinación ampliaron más el margen de decisión de los jueces. En palabras de Ceniceros, la justicia

...exige para el juez facultad más amplia de arbitrio y de aplicación de las penas en razón de la particularidad objetiva y subjetiva de cada caso que debe juzgarse, como un medio de que la represión se adapte a la naturaleza del delincuente, hasta donde sea posible. En otros términos, la pena debe individualizarse, de acuerdo con la naturaleza del hombre a quien va a aplicarse, y esto no es posible, sin el arbitrio judicial. La ley puede

²² *Ibidem*, pp. 80 y 81.

²³ Teja Zabre, “Exposición de motivos del código de 1931”. El texto se incluye en algunas ediciones del código, me referiré al publicado por Ediciones Botas en 1936.

²⁴ Teja Zabre, “Exposición de motivos del código de 1931”, pp. 8 y 13. También Ceniceros, *El nuevo código penal de 13 de agosto de 1931*, pp. 25, 35 y 36.

²⁵ Ceniceros, “La escuela positiva y su influencia en la legislación penal mexicana”, pp. 204 y 210, y “El código penal mexicano”, pp. 256 y 257.

suministrar al juez bases de la individualización pero no puede realizar la individualización misma, porque solo el juzgador puede conocer al delincuente, cuyas peculiaridades varían de un sujeto a otro sujeto.²⁶

Apostaron, siguiendo con Cenicerros, por un “arbitrio racional”, que remediara “la rigidez excesiva, ciega, brutal y absurda de la métrica penal”.²⁷ Para lograrlo, ensacharon el margen entre el mínimo y el máximo de las penas contempladas para cada delito, y dejaron al juez la posibilidad de gradar libremente la condena considerando características del delito y del delincuente.²⁸ En cuanto a las características del delincuente, resulta interesante su mención de las condiciones económicas (reflejo de la preocupación social de los legisladores postrevolucionarios) y de la temibilidad (una demanda de la escuela positivista).²⁹

Justificaron la extensión de la discrecionalidad con tres argumentos:

1. Consideraron imposible eliminar completamente el arbitrio que, según expresó Teja Zabre, siempre existía, pero al tratar de eliminarlo se convertía en un arbitrio “clandestino y torcido”.³⁰

2. Estaban convencidos de que una mayor capacidad de decisión no implicaba un mayor margen de equivocación, de hecho supusieron, que más podía errar un “legislador estableciendo sanciones desde un gabinete de estudio, con respecto a casos que aún no han ocurrido y de sujetos absolutamente desconocidos”.³¹ Según planteó Cenicerros, el problema no estaba en “maniatar a los jueces”, sino en “hacerlos jueces”. Sostuvo: “Como desconfiamos de nuestros funcionarios, pensamos que con hacer leyes muy detalladas cerramos la puerta a la arbitrariedad, cuando lo único que logramos es crear más callejas por donde pueda llegarse a esa arbitrariedad”. Para concluir:

El problema de la integridad del juez no depende de que la ley sea casuista o no casuista; es problema más hondo que ningún legislador pueda resol-

²⁶ Cenicerros, *El nuevo código penal de 13 de agosto de 1931*, p. 91.

²⁷ *Ibidem*, p. 98.

²⁸ Código penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal de 1931, artículos 51, 52 y 74.

²⁹ Cenicerros, *El código penal de 1929*, pp. 91-99, “El código penal mexicano”, pp. 257 y 258; y Cenicerros y Garrido, *La ley penal mexicana*, p. 151.

³⁰ Teja Zabre, “Exposición de motivos del código de 1931”, p. 23.

³¹ *Ibidem*, p. 21.

ver, porque nunca se han creado hombres buenos o sapientes por decreto legislativo, como no han crecido los árboles por mandato del rey.

Insistió en la creación de una carrera judicial para reclutar a funcionarios probos y responsables ante la sociedad.³²

3. Por último, consideraron que “la división de clases y de castas por diferencias económicas y raciales, ocasionaba en México graves dificultades en la aplicación de las leyes penales”, y que un amplio margen de arbitrio permitiría al juez solventar las dificultades y contemplar las diferencias.³³

En suma, los miembros de la comisión redactora de los códigos penales promulgados en 1931, creyeron que los jueces no podían prescindir de cierto margen de interpretación y que tenían una cercanía con el caso y el delincuente que el legislador no podía poseer.

Por otra parte, reivindicaron el carácter revolucionario de la legislación. En palabras de Francisco González de la Vega, se trataba de una “hija legítima de la revolución y de su tiempo” y reflejaba la “nueva coordinación de valores colectivos, lejos del dominio de un grupo social privilegiado por su riqueza o su filiación política”.³⁴

Asimismo, su visión de la criminalidad era diferente a la que había tenido la generación anterior de penalistas. La mayor parte de los penalistas porfirianos adoptaron una explicación propia del determinismo orgánico o una explicación ecléctica, pero tan cargada de un causalismo vinculado al factor étnico que no se diferenciaba radicalmente de la primera. Los miembros de la comisión redactora del código de 1929 oscilaron entre un determinismo orgánico y social, según expuso su presidente, creyeron que las acciones delictivas eran resultado de la personalidad física (temperamento) y psíquica (carácter), ambas determinadas por la herencia psicofisiológica; pero pensaban que la personalidad se modificaba por el ambiente.³⁵ Mientras que los miembros de la comisión redactora de 1931 tuvieron otra visión. Entre los factores criminógenos —y pongo como ejemplo un texto de Teja Zabre— se privilegiaba “el pauperismo consecuencia de la crisis del

³² Ceniceros, *El nuevo código penal de 13 de agosto de 1931*, p. 92.

³³ Teja Zabre, “Exposición de motivos del código de 1931”, pp. 23 y 24.

³⁴ González de la Vega, *El código penal comentado*, p. 44.

³⁵ Almaraz, *Exposición de motivos del código penal promulgado en diciembre de 1929*, pp. 18 y 19.

sistema capitalista, el crecimiento de la población y la aglomeración, la carencia de servicios e instituciones públicas o el quebrantamiento del hogar”.³⁶ Entendieron al derecho penal como último recurso, pues creyeron que primero debían funcionar adecuados sistemas de educación y de trabajo. Esta visión, propia del México postrevolucionario, se refleja en otras fuentes. Por ejemplo, en la película *Los olvidados*, de Luis Buñuel, el director de la Escuela Granja al confinar a Pedro exclamó: “ojala que en lugar de encerrarlos a ellos pudiéramos encerrar para siempre a la miseria”.³⁷

Por cuestiones de espacio, no resulta posible extenderse en los cambios propuestos al código de procedimientos penales, pero considero relevante mencionar, que en lo tocante a los tribunales que impartían justicia para adultos y tratándose de los delitos más penados, los miembros de la comisión redactora de 1931 preservaron la existencia de las Cortes Penales, ampliando su competencia.

Durante los siguientes años, fundadores de la Academia Mexicana de Ciencias Penales formaron parte de comisiones creadas con el fin de revisar los códigos vigentes. Primero, la encargada de revisar el cuerpo penal, cuyo proyecto fue dado a conocer en 1949; formaron parte del grupo, convocado por la Secretaría de Gobernación, Argüelles, Carrancá y Trujillo y Garrido, además de otro académico, Celestino Porte Petit. Rechazaron la posibilidad de ahondar en problemas de orden histórico, metafísico o filosófico, y sostuvieron que sólo “buscaban corregir fallas y realizar adecuaciones que la práctica revelaba como necesarias” e imprimir al ordenamiento “un sello estrictamente mexicano”.³⁸ Propusieron cambios como la introducción de la figura de delito preintencional. También, en el marco del debate sobre la necesidad de ampliar la discrecionalidad judicial y siguiendo la ruta trazada por los redactores de un anteproyecto de 1934, pugnar por la inclusión del perdón judicial. Consideraron que esta figura impediría que los jueces “rompieran los moldes de la ley”, cuando se encontraban “imposibilitados para resolver algunas situaciones con el código”, y deseaban impedir o atenuar una injusticia. Pero lo contem-

³⁶ Teja Zabre, *Hacia una criminología social*, pp. 26 y 27.

³⁷ *Los olvidados*, película escrita y dirigida por Luis Buñuel, filmada y estrenada en México en 1950.

³⁸ Ver la nota publicada en *El Universal* el 23 de abril de 1948, “Serias reformas al código penal”, primera sección, pp. 1 y 8.

plaron para un número mínimo de situaciones, como aborto en ciertas circunstancias u homicidio cometido en reacción al adulterio.³⁹

Más tarde, en 1963, Garrido fungió como asesor de la comisión redactora de un código penal uniforme para la República, pues, como se verá más abajo, varios de los fundadores fueron decididos defensores de la necesidad de unificar o de uniformar la legislación penal mexicana. Sin embargo, ninguno de los proyectos prosperó.

II. LA UNIFORMIDAD O UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL

La principal crítica que los fundadores de la Academia Mexicana de Ciencias Penales formularon a la legislación se dirigió a la legislación mexicana en su conjunto, concretamente, a su falta de homogeneidad. Desde muy temprano y durante muchos años promovieron la necesidad de unificarla o de uniformarla. Así, una vez que la propuesta formó parte del Plan Sexenal del presidente Lázaro Cárdenas, Ceniceros, Teja Zabre, Garrido, Carrancá y Trujillo y González de la Vega, presentaron un documento en la Convención Nacional para la Unificación de la Legislación Penal y la Lucha contra la Delincuencia, que fue convocada por la Secretaría de Gobernación. Dentro del grupo, el más entusiasta defensor del proyecto fue Carrancá y Trujillo, quien, como él mismo afirma, por décadas lo promovió en obras, cátedras, pláticas y entrevistas.⁴⁰

Con el fin de poner fin a la pluralidad propusieron dos caminos: la unificación (que exigía la reforma de la Constitución que otorgaba a las entidades federativas la facultad de emitir sus ordenamientos penales, y la promulgación de códigos penales únicos por parte del Congreso de la Unión) o la uniformidad (lograda a partir de códigos tipo adoptados de común acuerdo por los integrantes de la federación). En general, pugnaron porque los códigos del Distrito Federal sirvieran como base, argumentando, ya sea sus bondades o el hecho de que en

³⁹ Para los motivos de la comisión Porte-Petit, *Exposición doctrinal del anteproyecto de Código Penal*, México, Cultura, 1950, p. 9, y Garrido, “Los delitos y las penas en el nuevo código”, *Ensayos penales*, pp. 147 y 148.

⁴⁰ Carrancá y Trujillo, “Un nuevo código penal local a la vista y urgencia de un código penal federal”, México, 1963, pp. 872 y 874.

la práctica habían servido como punto de partida a varias entidades federativas.⁴¹

Los autores hablaron de una “verdadera anarquía legislativa” (palabras de Garrido).⁴² Carrancá y Trujillo sostuvo que examinando los diversos códigos vigentes en el país era posible encontrar la presencia de tres escuelas de diferente orientación, la liberal, la positivista y la ecléctica, y afirmó, que en conjunto la legislación penal mexicana resultaba tan “informe e inorgánica” como el derecho virreinal.⁴³ El autor mencionó también divergencias concretas: relativas a la mayoría o minoría de edad,⁴⁴ por causas excluyentes de responsabilidad (por ejemplo, en 1953 mostró cómo Sonora suprimió la presencia de una fuerza física irresistible, mientras que Chiapas incluyó la figura de robo de indigente),⁴⁵ o a tipos penales (en el mismo año, Tabasco incluía la sodomía mientras que Yucatán había suprimido el adulterio).⁴⁶

Y defendieron la necesidad de poner fin a este panorama con diversos argumentos. Sostuvieron que la unificación no atentaba contra el federalismo, en palabras de Carrancá y Trujillo, el hecho de que las entidades cedieran parte de sus facultades no implicaba la pérdida de su autonomía.⁴⁷ Siguiendo con el autor, tampoco estaba reñida con las particularidades de las diversas regiones que un ordenamiento único podía abarcar “mediante fórmulas generales, de amplio valor normativo”.⁴⁸

⁴¹ Ver Ceniceros, Teja Zabre, Garrido, González de la Vega y Carrancá y Trujillo, “La unificación de las leyes penales en México y la Convención contra la delincuencia”, p. 53; González de la Vega, “Convención contra la delincuencia”, *Criminalia*, año III, núm. 1, 1o. de septiembre de 1936, p. 58; Carrancá y Trujillo, “La unificación de la legislación penal mexicana”, *Cuadernos Criminalia*, México, 1943, p. 239; del mismo autor, “El problema de la unificación legislativa mexicana en materia penal”, *Criminalia*, México, 1943, pp. 414-418, y “Un nuevo código penal local a la vista y urgencia de un código penal federal”, México, 1963, pp. 869-873.

⁴² Garrido, “La reforma penal”, p. 912.

⁴³ Carrancá y Trujillo, “La unificación...”, *cit.*, p. 238.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 237.

⁴⁵ Carrancá y Trujillo, “El problema de la unificación legislativa mexicana en materia penal”, *Boletín Jurídico Militar*, México, t. XVII, núm. 12, 1953, p. 416.

⁴⁶ Carrancá y Trujillo, “La unificación...”, *cit.*, p. 237.

⁴⁷ Carrancá y Trujillo, “Un nuevo código penal...”, *cit.*, pp. 880-882.

⁴⁸ Carrancá y Trujillo, “El problema de la unificación...”, *cit.*, p. 417.

Por otra parte, consideraron que el código penal único subsanaría las deficiencias y problemas que presentaban algunos ordenamientos estatales.⁴⁹ Además defendieron la necesidad de salvaguardar con igual energía en todo el país puntos esenciales, como la seguridad y la igualdad jurídicas. Al respecto, afirmó Carrancá y Trujillo:

Lo penal representa la especial, enérgica tutela de ciertos bienes jurídicos, representa la más eficaz protección para ciertos intereses jurídicos, bienes e intereses que se estiman como la base misma de la convivencia humana... Pues si lo penal ampara y protege por medio de la amenaza de la sanción determinados valores cuya subsistencia íntegra se juzga indispensable para una colectividad humana, me pregunto yo cómo es posible que, por efecto de un fácil tránsito de un lugar a otro dentro de un mismo país, a través de una convencional frontera que sólo razones de orden administrativo ha podido trazar entre un Estado federal y el otro, todos dentro de una misma Nación, pueda admitirse esa variante que afecta a la sustancia misma de una sociedad.⁵⁰

El autor concluyó que “la constante inestabilidad de nuestra legislación penal, la que está sometida a frecuentes caprichos e inmediatas reformas”, generaba inseguridad, falta de firmeza legislativa.⁵¹

Por último, Ceniceros y Carrancá y Trujillo consideraron que la pluralidad afectaba la capacidad de coordinación de las instituciones, y debilitaba el combate a la delincuencia, favoreciendo la impunidad y el aumento de la criminalidad.⁵²

Ni la unificación ni la uniformidad se llevaron a cabo en vida de los fundadores de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, pero otros académicos tomaron su bandera y defendieron la necesidad de terminar con la pluralidad de la legislación penal mexicana durante todo el siglo XX.

⁴⁹ Ceniceros, “La unificación de las leyes penales en México y el congreso contra la delincuencia”, p. 3; y Carrancá y Trujillo, “Un nuevo código penal...”, *cit.*, p. 883.

⁵⁰ Carrancá y Trujillo, “La unificación...”, *cit.*, p. 236.

⁵¹ Carrancá y Trujillo, “Un nuevo código penal...”, *cit.*, pp. 884 y 885.

⁵² Ceniceros, Teja Zabre, Garrido, González de la Vega y Carrancá y Trujillo, “La unificación...”, *cit.*, pp. 55 y 56; y Carrancá y Trujillo, “Criminalidad y legislación en México”, *Criminalia*, México, núm. 1, enero de 1947, p. 29.

III. DEBATES EN TORNO A LA JUSTICIA

Por último, me referiré a las propuestas que hicieron los fundadores de la Academia Mexicana de Ciencias Penales con el fin de mejorar el sistema de justicia o su impartición.

Lo primero que hay que decir es que defendieron la permanencia de una justicia de primera instancia profesional y colegiada. Lo hizo González de la Vega en 1936 cuando la Secretaría de Gobernación consideró la posibilidad de suprimir a las Cortes Penales. Consideró que resultaba peligroso “confiar la solución de los procesos a una voluntad judicial única, en ocasiones arbitraria y poco controlable”, siendo preferible confiarla al “consorcio de las voluntades de diversos jueces”. A ello agregó otros dos resultados positivos:

En la práctica, es frecuente observar la saludable intervención de diversos jueces pues muchas veces las ponencias del instructor son modificadas o ampliadas ante los argumentos de sus compañeros de judicatura. Además, el continuo intercambio de ideas que trae aparejado la organización judicial colectiva, ha producido necesariamente un principio no sólo de unificación de los usos jurisprudenciales, sino, por decirlo así, una especie de elevación intelectual en las resoluciones dictadas.⁵³

También lo hicieron cuando en 1937 se propuso la reinstalación del juicio por jurado. Franco Sodi rechazó la idea refiriéndose a la “ignorancia del derecho e imprevención científica” de los jurados y Ceniceros al protagonismo de los abogados y su influencia sobre los veredictos.⁵⁴ También Pardo Aspe, quien, sin definirse como antijuradista, advirtió que en los tribunales populares todo era “contingente, adventicio, incierto” y que la institución atentaba contra la obtención de la seguridad jurídica.⁵⁵

⁵³ González de la Vega, “Las Cortes Penales”, *Anales de Jurisprudencia*, 1936, año VI, t. XII.

⁵⁴ Franco Sodi, “Funcionarios y jurado popular”, *El Universal*, 12 de abril de 1940, primera sección, pp. 3 y 4, y Ceniceros en “¿Qué opina Ud. sobre la reimplantación del Jurado Popular?”, p. 19.

⁵⁵ Pardo Aspe, “Mariachis y juzgadores”, *Criminalia*, abril de 1939, año V, núm. 8, pp. 453-458. Ver también sus declaraciones en “Corriente en pro de la restauración del jurado popular”, *El Nacional Revolucionario*, 6 de agosto de 1941, p. 8.

Sin embargo, propusieron cambios a la legislación procesal. Insistieron en la necesidad de reforzar el carácter acusatorio. Según Carlos Franco Sodi, la diversificación de las funciones esenciales del proceso en tres actores —el que juzga, el que acusa y el que se defiende— resultaba necesario para “un país como México, que ha adoptado la forma democrática de gobierno”.⁵⁶ O bien, como mencioné, creyeron necesario ensanchar el margen de discrecionalidad de los jueces. Al respecto, en 1935 Raúl Carrancá y Trujillo sostuvo que imperando en el país una profunda desigualdad económica, social y cultural, “establecer leyes de uniforme aplicación es sólo una imposición de la mentira democrática que nos organiza y en que nos cimentamos como nación; mentira cruel para los de inferior cultura mientras beneficia desorbitadamente a los más cultos” y creyó que “sólo un amplio, amplísimo arbitrio judicial puede atemperar la injusticia tremenda que es tratar como iguales a los desiguales”.⁵⁷ De acuerdo con esta idea y refiriéndose a los grupos indígenas, Carrancá y Trujillo, Ceniceros y Franco Sodi rechazaron la adopción de leyes especiales y confiaron en que en al impartir justicia los jueces considerarían las distancias.⁵⁸

Por otra parte, Garrido y Franco Sodi insistieron en aumentar el número de cortes, que no se había incrementado al mismo ritmo que la población de la Ciudad de México: si en 1929 existían 8 cortes penales para un millón de capitalinos, en 1956 existían 7 cortes para una población cuatro veces mayor. Como ejemplo lo dicho por Franco Sodi, quien lamentó que “sin tomar en cuenta el crecimiento de la población y el aumento de la criminalidad” se hubieran suprimido seis juzgados y reducido su personal a la mitad.⁵⁹

También, y en ello coincido con Francisco Alejandro González Franco cuando se refiere específicamente a *Criminalia*, señalaron problemas relativos a la impartición de justicia.⁶⁰ Franco Sodi, Ceniceros

⁵⁶ Franco Sodi, “El anteproyecto del código de procedimientos penales. Sus características generales”, *Criminalia*, 1949, año XV, núm. 1, p. 226.

⁵⁷ Carrancá y Trujillo, “La injusta igualdad”, *Criminalia*, año II, marzo 1935, p. 100.

⁵⁸ Ceniceros, Carrancá y Trujillo, Franco Sodi y Piña y Palacios, “Las razas indígenas y la defensa social” (ponencia presentada en el Primer Congreso Indigenista Interamericano), t. II, Ponencias, Pátzcuaro (Michoacán), abril 1940.

⁵⁹ Franco Sodi, “Esa justicia señor regente”, *Excélsior*, 13 de diciembre de 1943, Primera Sección, pp. 3 y 4.

⁶⁰ González Franco, “*Criminalia* y su aportación...”, *cit.*, p. 92.

y Garrido, sostuvieron que en algunos tribunales se presentaban problemas de influyentismo o de corrupción.⁶¹ Como ejemplo de estas denuncias, incluyo fragmentos de una carta hipotética escrita por Franco Sodi a un juez relevado de su cargo:

Señor vengo a despedirlo. Es usted justo y bondadoso, pero nosotros necesitábamos algo distinto, un hombre dispuesto a doblegarse frente a los poderosos... ¿Corrupción, venalidad, fraude, codicia? Esto es cuento muy particular que si bien puede afectar al pueblo, arruinar a la sociedad, destruir el edificio del Estado, no afecta al muy natural deseo de quienes estando cerca del Poder quieren utilizarlo para satisfacer sus ambiciones. No entendió lo que queríamos, no podemos conservarlo...⁶²

Por su parte, Ceniceros sostuvo que el poder judicial no siempre era independiente porque “infinidad de fuerzas políticas, económicas y sociales influían en sus decisiones”.⁶³

Creyeron que la responsabilidad sobre prácticas como la corrupción o el peso de las influencias recaía también en litigantes. Al respecto, Garrido sostuvo que los abogados “con sus dadivas y recomendaciones” mantenían las corruptelas, mientras que Ceniceros sostuvo que los abogados sabían cuáles eran “los jueces de a cómo no” o los que “mercaban la justicia al mejor postor”, para agregar: “el delito de cohecho tiene un carácter bilateral: y presupone el concurso de dos voluntades, la del corruptor o sobornante y la del funcionario sobornado”.⁶⁴

⁶¹ Franco Sodi, “Se vende la justicia”, *El Universal*, 8 de junio de 1940, Primera Sección, p. 3; Ceniceros, “Corruptores y sobornados”, p. 74, “La revisión de las leyes penales mexicanas”, p. 311, “El problema de la justicia en México”, *El Universal*, 2 de mayo de 1965, Primera Sección, pp. 1 y 16, y “Programa para mejorar la administración de Justicia”, *El Universal*, 19 de febrero de 1968, Primera Sección, pp. 3 y 15; y Garrido, en *La administración de justicia. Opiniones de los señores Antonio Pérez Verdía, Manuel Escobedo, Gustavo R. Velasco...*, p. 8, y “La venda en los ojos y los pesos de la ley”, *Excélsior*, 14 de enero de 1966, Primera Sección, pp. 6 y 10.

⁶² Dado que la carta es muy larga incluí una selección de fragmentos: Franco Sodi, “Al buen juez”, *El Universal*, 11 de diciembre de 1940, Primera Sección, p. 3.

⁶³ Ceniceros, “Lacras administrativas y corrupción judicial”, *El Universal*, 5 de septiembre de 1966, Primera Sección, p. 3 y Segunda Sección B, p. 19.

⁶⁴ Garrido, “El problema de la justicia”, *El Universal*, 4 de junio de 1965, Primera Sección, p. 3 y Segunda Sección, pp. 20 y 23; y Ceniceros, “Lacras administrativas y corrupción judicial”, *El Universal*, 5 de septiembre de 1966, Primera Sección, p. 3 y Segunda Sección B, p. 19, y “Corruptores y sobornados”, p. 74.

Como solución a estos problemas, en el caso de los abogados pensaron en la posibilidad de inculcar principios morales y elaborar códigos éticos. En el caso de los jueces, hablaron de tres vías:

- Los juzgadores eran designados por el Tribunal Superior de Justicia, pero en algunas etapas se optó por la inamovilidad y en otras por la movilidad. Carrancá y Trujillo y Franco Sodi pugnaron por la permanencia. Sostuvo el primero: “Sólo con la inamovilidad judicial es posible que el juez declare el derecho frente al poderoso omnipotente y en favor del humilde desvalido”.⁶⁵
- También pusieron énfasis en la selección y la formación de los juzgadores: Garrido insistió en que los magistrados del Tribunal Superior de Justicia debían elegir a los candidatos en pleno, atendiendo a las propuestas de asociaciones de abogados y escuelas de derecho.⁶⁶ Por su parte, sostuvo Franco Sodi: “no acabará con el mal la reforma de las leyes, pues el mal está en quienes la aplican. La cuestión es de hombres honrados y con preparación”.⁶⁷ Mientras que Ortiz Tirado consideró necesario respetar el requisito de especialización para evitar que algunos nombramientos se hicieran por amiguismo o influencias, pues consideró necesario tomar en cuenta que jueces nombrados por amiguismo quedaban obligados a responder a los amigos.⁶⁸ Con los mismos argumentos todos ellos defendieron la carrera judicial o un sistema de ascenso escalonado a partir de concursos.⁶⁹
- Por último, hablaron de la necesidad de hacer efectiva la ley de responsabilidad a aquellos jueces que cometían infraccio-

⁶⁵ Carrancá y Trujillo, *Informe que en su calidad de presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal rindió al Tribunal Pleno*, p. 5. El discurso puede verse también en *El Nacional*, 4 de enero de 1944, p. 8. Para la opinión de Carlos Franco Sodi ver “Una justicia mejor”, *El Universal*, 15 de abril de 1942, p. 9.

⁶⁶ Opinión de Garrido en *La administración de justicia*, pp. 8, 10 y 13; “El problema de la justicia”, *Excelsior*, 13 de diciembre de 1963, y “El problema de la justicia en México”, *El Universal*, 2 de mayo de 1965, Primera Sección, pp. 1 y 16.

⁶⁷ Franco Sodi, “Nueva justicia”, *El Universal*, 9 de octubre de 1940, Primera Sección, pp. 3 y 7.

⁶⁸ González de la Vega, “J. M. Ortiz Tirado”, p. 114.

⁶⁹ Ver, por ejemplo, declaraciones de Luis Garrido en la nota de Armando Arévalo García, “La justicia en la balanza de la justicia”, *Novedades*, 2 de enero de 1965.

nes en su ejercicio profesional. En ello insistió mucho Garrido.⁷⁰ Todavía en 1971 Ceniceros, refiriéndose a la necesidad de sancionar a los jueces que lo ameritaban, preguntó: “¿Qué es más poderosa, la maquinaria de la corrupción judicial y administrativa o el deseo del país de acabar con ella?”.⁷¹

IV. REFLEXIONES FINALES

El último punto revela algo importante: los fundadores de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, a pesar de ocupar importantes cargos públicos, no renunciaron a la crítica. De hecho, dirigieron recriminaciones a la impartición de justicia.

Franco Sodi afirmó: “Nuestro pueblo no cree en la justicia y tiene razón: no existe en México”. En su opinión resultaba indispensable corregir las deficiencias, “pues la vida colectiva tiene como presupuesto forzoso que los hombres sientan asegurados sus derechos por la actuación del Estado a través de sus leyes y tribunales”.⁷² Lamentó que la Revolución hubiera ofrecido “calmar el hambre y la sed de justicia” y que después de luchar con las armas para lograrlo, el pueblo viera esta promesa incumplida.⁷³ En el mismo tenor Garrido afirmó: “el problema de la justicia se ha hecho permanente entre nosotros, gobiernos van y gobiernos vienen y el grave asunto está en pie”.⁷⁴ Aseguró que si bien los mexicanos llevaban años jactándose de haber realizado una revolución social, poco habían adelantado en el funcionamiento del Poder

⁷⁰ Garrido, “El problema de la justicia”, *El Universal*, 4 de junio de 1965, Primera Sección, p. 3 y Segunda Sección, pp. 20 y 23; y declaraciones en la nota de Armando Arévalo García, “La justicia en la balanza de la justicia”, *Novedades*, 2 de enero de 1966, Primera Sección, p. 20.

⁷¹ Ceniceros, “Lacras administrativas y corrupción judicial”, *El Universal*, 5 de septiembre de 1966, Primera Sección, p. 3 y Segunda Sección B, p. 19; “El saneamiento de la justicia”, *El Universal*, 18 de enero de 1971, Primera Sección, p. 3.

⁷² Franco Sodi, “Una justicia mejor”, *El Universal*, 15 de abril de 1942, Primera Sección, p. 3; y Garrido en *La administración de justicia. Opiniones de los señores Antonio Pérez Verdía, Manuel Escobedo, Gustavo R. Velasco...*, p. 7.

⁷³ Franco Sodi, “Esa justicia señor regente”, *El Universal*, 13 de diciembre de 1943, Primera Sección, pp. 3 y 4.

⁷⁴ Declaraciones de Luis Garrido en la nota de Armando Arévalo García, “La justicia en la balanza de la justicia”, *Novedades*, 2 de enero de 1966, Primera Sección, p. 20.

Judicial. Por su parte, Carrancá y Trujillo sostuvo: “si alguna bandera flameó la Revolución fue la bandera de la justicia”; sin embargo, creyó que el Estado no ofrecía una justicia satisfactoria.⁷⁵

Así, a 20 o 30 años de haber concluido el movimiento armado, en sus críticas a la impartición de justicia, los fundadores aducían una promesa pendiente: la promesa de la Revolución. Estaban convencidos de los ideales revolucionarios. Creían en las promesas de justicia social y en la eficacia de los programas sociales para prevenir la criminalidad, en jueces bien seleccionados y preparados que guiados por el espíritu de equidad podrían considerar las diferencias entre los mexicanos o las particularidades de cada procesado, así como en leyes penales protectoras de garantías fundamentales y que correctamente aplicadas resolverían los problemas de la justicia.

⁷⁵ Carrancá y Trujillo, “Meridiano de México. El país sigue esperando justicia”, *Excelsior*, 31 de julio de 1965, Primera Sección, pp. 6 y 8.

ANEXO LOS FUNDADORES DE LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES					
	<i>Fecha y lugar de nacimiento</i>	<i>Formación</i>	<i>Cargos</i>	<i>Actividades académicas</i>	<i>Fecha y lugar de muerte</i>
Francisco Argüelles Espinosa	1905 Lerdo, Durango	ENP Universidad Nacional de México, titulado en 1932	Secretario de juzgado penal. Secretario de Estudios y Cuenta en Sala Penal de la SCJ. Juez segundo de distrito en materia penal en el D. F. Juez de la Cuarta Corte Penal (1944-1951). Juez de distrito en materia penal. Subprocurador de Justicia del D. F. (1946-1952). Ministro de la SCJ.	Fundador de la AMCP.	1998 Ciudad de México
Raúl Carrancá y Trujillo	1897 Campeche, Campeche	Univ. Central de Madrid, titulado en 1925 Doctor por la Universidad de Madrid y la UNAM	Agente del MP (1928-1929). Juez penal (lo era en 1928, 1930 y 1934). Juez mixto de Coyoacán (entre 1934 y 1940). Magistrado de la Sexta Sala del TSJ (lo era entre 1940 y 1944, nombrado como inamovible en 1944, pero renunció en 1947). Juez de distrito (1944-1948).	Fundador de la AMCP, miembro de la Academia Mexicana de Geografía y Estadística. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (director entre 1950 y 1953), profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Secretario general de la UNAM. Miembro fundador del Instituto de Derecho Comparado de la UNAM (II).	1968 Ciudad de México

ANEXO LOS FUNDADORES DE LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES					
	<i>Fecha y lugar de nacimiento</i>	<i>Formación</i>	<i>Cargos</i>	<i>Actividades académicas</i>	<i>Fecha y lugar de muerte</i>
José Ángel Ceniceros Andonegui	1900 Durango, Durango	Escuela Normal de Maestros, titulado en 1922 ELD, titulado en 1925 Doctor por la UNAM, titulado en 1950	Director de Difusión Cultural (1948-1952). Secretario general de la UNAM (1952-1953). Jefe del Departamento Jurídico de Bonos del Ahorro Nacional (1953). Luchó en la Revolución, capitán del Ejército. En el fuero de guerra: defensor de oficio, agente del Ministerio Público y procurador de Justicia Militar (1931-1932). Subprocurador de la República. Oficial mayor (1933-1937), subsecretario (1935-1936) y encargado de la Secretaría de Relaciones Exteriores (1936-1940). Secretario de Educación Pública (1952-1958). Embajador en Cuba (1944-1947) y Haití (1948-1951).	Autor de obras literarias.	1979 Ciudad de México
			Fundador de la AMCP, miembro de la Academia Mexicana de Historia y Geografía, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados. Director del periódico <i>El Nacional</i> (1936). Profesor en la Escuela Normal de Maestros y la Normal Superior, la ENJ y las facultades de Derecho y Economía de la UNAM, y de la ELD.		

ANEXO LOS FUNDADORES DE LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES					
	<i>Fecha y lugar de nacimiento</i>	<i>Formación</i>	<i>Cargos</i>	<i>Actividades académicas</i>	<i>Fecha y lugar de muerte</i>
Carlos Franco Sodi	1904 Ciudad de México-Oaxaca	Instituto de Ciencias y Artes de Oaxaca ENI, titulado en 1929	Litigante en el despacho de su tío Demetrio Sodi (1928-1929). Juez penal en Pachuca (1929). Agente del MP en Corte Penal (1930-1934). Agente del MP federal (1934-1937 y 1938-1940). Director de la Penitenciaría del D. F. (1937-1938). Director del <i>Diario Oficial de la Federación</i> (1940-1945). Litigante (en 1944 aceptó defender gratuitamente a reos sin recursos del juzgado cuarto penal). Participó en la campaña presidencial de Miguel Alemán Valdés (1945-1946). Procurador de Justicia del D. F. (1946-1952). Procurador general de la República (1952-1956). Ministro de la SCJ (1956-1961).	Fundador de la AMCP. Autor de obras jurídicas. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM (1935-1961).	1961 Ciudad de México

ANEXO LOS FUNDADORES DE LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES					
	<i>Fecha y lugar de nacimiento</i>	<i>Formación</i>	<i>Cargos</i>	<i>Actividades académicas</i>	<i>Fecha y lugar de muerte</i>
Luis Garrido	1898 Ciudad de México	ENI, titulado en 1922 Maestro y doctor por la UNAM	Fiscal en Michoacán (1924-1925). Presidente del TSJ de Michoacán (1925-1928). Agente auxiliar del procurador de Justicia del D. F. (1929-1930). Juez penal en el D. F. (1930-1934). Jefe del Departamento Diplomático de la SRE (1935-1936). Director de Seguros de México (1939-1948). Rector de la UNAM (1948-1953).	Fundador y presidente de la AMCP, miembro de la Academia Mexicana de la Lengua. Profesor de la Escuela Nacional de Altos Estudios y de la Facultad de Derecho de la UNAM. Director de la Escuela de Derecho y rector interino de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Fundador de la Asociación Mexicana de Universidades.	1973 París, Francia
José Gómez Robleda	1904 Orizaba, Veracruz	Escuela Nacional de Medicina, titulado en 1929	Director de Servicios Periciales de la PGR (1938). Secretario del Comité de Educación Pública (1948) y subsecretario de la SEP (1952-1954).	Fundador de la AMCP. Profesor de la Facultad de Medicina de la UNAM y de la Universidad Veracruzana.	1987
Francisco González de la Vega	1901 Durango, Durango	ENI, titulado en 1923 Doctor por la UNAM	Juez correccional penal (1929). Subprocurador de Justicia del Distrito Federal (1930). Magistrado del Tribunal Superior de Justicia.	Fundador y presidente de la AMCP, miembro de la Academia Nacional de Historia y Geografía, de la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, de la BMA.	1976

ANEXO LOS FUNDADORES DE LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES					
	<i>Fecha y lugar de nacimiento</i>	<i>Formación</i>	<i>Cargos</i>	<i>Actividades académicas</i>	<i>Fecha y lugar de muerte</i>
		Recibió varios doctorados <i>honoris causa</i>	Procurador general de la República (1946-1952). Senador por Durango (1952-1956). Jefe del Departamento de Turismo del D. F. Gobernador de Durango (1957-1961). Senador, presidió la Comisión de Justicia (1962). Embajador en Argentina (1967-1970) y en Portugal (1970-1971). Asesor de la Presidencia de la República (1971-1976).	Profesor de la ENJ y de la Facultad de Derecho de la UNAM, de la ELD. Fundador de la Universidad Juárez de Durango.	
José María Ortiz Tirado	1894 Álamos, Sonora	ENJ, titulado en 1922	Defensor de oficio (1918). Abogado consultor del Ayuntamiento de la Ciudad de México (1919-1924). Agente del MP (1924-1929). Litigante (lo era en 1924 y 1928). Magistrado de la Séptima Sala (nombrado en 1928) y presidente (1934) del TSJ.	Fundador de la AMCP. Profesor en la ENJ (1922-1930).	1968 Ciudad de México

ANEXO LOS FUNDADORES DE LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES					
	<i>Fecha y lugar de nacimiento</i>	<i>Formación</i>	<i>Cargos</i>	<i>Actividades académicas</i>	<i>Fecha y lugar de muerte</i>
			Ministro (1934-1947 y 1953-1956) y presidente (1954-1955) de la SCJ. Con licencia como ministro: embajador de Colombia (1948-1952) y subsecretario de Gobernación (1952).		
Emilio Pardo Aspe	1885 Ciudad de México	ENP y ENJ (estudios de 1907-1913), titulado en Querétaro en 1946	Agente del MP (1926-1928). Defensor de oficio (1928). Litigante (1928 y 1932). Agente del MP federal (1938-1940). Ministro de la SCJ (1940-1947).	Fundador de la AMCP. Profesor en la ENJ y más tarde en la Facultad de Derecho de la UNAM; fue su director (1935-1938). Profesor en la ELD.	1963 Ciudad de México
Javier Piña y Palacios	1897 Ciudad de México	ELD, titulado en 1922	Secretario de Juzgado Correccional (1923). Secretario auxiliar de Sala del TSJ. Juez primero menor. Secretario de Acuerdos de Sala del TSJ. Secretario de Sala Penal de la SCJ. Director de Lecumberri (nombrado en 1947-1948).	Fundador y presidente de la AMCP, miembro del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación y de la Barra Mexicana de Abogados. Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM, ELD e INACIPE. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.	1983 Ciudad de México

ANEXO LOS FUNDADORES DE LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES					
	<i>Fecha y lugar de nacimiento</i>	<i>Formación</i>	<i>Cargos</i>	<i>Actividades académicas</i>	<i>Fecha y lugar de muerte</i>
Alfonso Teja Zabre	1888 San Luis de la Paz, Guanajuato	ENJ, recibido en 1909, titulado en 1911	Jefe de la Oficina Jurídica, director de Servicios Legales y director general de Gobernación del Departamento del D. F. Director del Instituto Técnico de la Procuraduría de Justicia del D. F. (1971-1977). Director del Centro de Adiestramiento para Personal de Reclusorios (1973-1980). Director técnico del Consejo Tutelar del D. F. (1980-1984).	Fundador de la AMCP y de la Academia de la Historia y de la Lengua. Autor de obras históricas y literarias. Profesor en la Facultad de Derecho e investigador en la UNAM.	1962 Ciudad de México

ANEXO LOS FUNDADORES DE LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES					
	<i>Fecha y lugar de nacimiento</i>	<i>Formación</i>	<i>Cargos</i>	<i>Actividades académicas</i>	<i>Fecha y lugar de muerte</i>
			Agente del MP (nombrado en 1911, lo era en 1920, 1926, 1928, lo era todavía en 1929). Magistrado de la Séptima Sala (nombrado en 1928, conservó el puesto hasta 1934, año en que terminó la inamovilidad). Miembro de la Comisión Redactora del Código Penal de 1931. Magistrado del Tribunal Fiscal de la Nación. Director de información de la Secretaría de Gobernación. Embajador ante Honduras (1947-1951) y República Dominicana (1951-1954).		
José Torres Torija	1885 Ciudad de México	EN Medicina, titulado en 1908	Médico legista (1905). Ayudante y jefe del gabinete antrópométrico de la cárcel de Belem (1909, nombrado jefe en 1916). Médico (1909-1922) y director (1922-1929) del Hospital Juárez.	Fundador de la AMCP, miembro de la Academia Nacional de Medicina. Profesor en la ENM y en las facultades de Medicina y Derecho, UNAM. Oficial mayor (1938) y secretario general (1941) de la UNAM.	1952

ANEXO LOS FUNDADORES DE LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES					
	<i>Fecha y lugar de nacimiento</i>	<i>Formación</i>	<i>Cargos</i>	<i>Actividades académicas</i>	<i>Fecha y lugar de muerte</i>
			Oficial mayor de la Secretaría de Salubridad y Asistencia (1929-1931). Médico del Hospital Juárez (1931-1948). Director del Servicio Médico Legal (hasta 1948).	Miembro de la Junta de Gobierno de la UNAM.	
FUENTES: Correa García, <i>Historia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales</i> , pp. 579-649; González Franco, “ <i>Criminalia y su aportación a la legislación penal mexicana</i> ”, pp. 96-108, y <i>Homenaje al maestro Javier Piña y Palacios y al doctor Mariano Jiménez Huerta</i> , pp. 7-13.					

La unificación de la legislación penal

Olga Islas de González Mariscal*

I. UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL

1. Antecedentes

A) EL TEMA de la unificación de la legislación penal en México ha transitado un largo camino, que no se puede soslayar; por tanto, aunque sea brevemente, me referiré a él. Pero empezaré por señalar que en la actualidad, en México, tienen vigencia 33 códigos penales; es decir, 31 códigos estatales, el del Distrito Federal y el Federal; a ellos se puede agregar el concerniente a la justicia militar. Esta diversidad de códigos penales ha dado margen al caos legislativo que padecemos, mismo que ha propiciado la impunidad y la injusticia.

Es importante dejar constancia de que los miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y la Academia como institución, desde hace más de 75 años, han venido manifestado, públicamente, su posición responsable, racional y realista a favor de la unidad legislativa penal. De ello da cuenta la doctora Elisa Speckman en un acucioso trabajo en el que, de manera muy puntual, recoge, en un número especial de la revista *Criminalia*,¹ las ideas más importantes vertidas en estudios realizados durante todos esos años.

La historia documenta que en consideración a las primeras ideas emitidas a este respecto por los fundadores de la Academia, y a la vez, redactores del Código Penal de 1931, en el plan sexenal del presidente Lázaro Cárdenas se acordó trabajar, dentro de un programa de política criminal, sobre la unidad legislativa penal. Con ese motivo, en

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ “*Hacia la Unificación de la Legislación Penal. Aportes de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*”, año LXXIX, núm. 1, enero-abril, México, Porrúa, 2013.

1936 (convocada por la Secretaría de Gobernación), se llevó a cabo la “Convención Nacional para la Unificación de la Legislación Penal y la lucha contra la delincuencia”. En ese evento, los reconocidos penalistas redactores del código penal —José Ángel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Raúl Carrancá y Trujillo y Francisco González de la Vega— presentaron un enjundioso estudio sobre el tema. En su proyecto unitario proponían tener como base el Código Penal de 1931,² que había sido tomado como modelo en la mayoría de las entidades federativas.

De ahí en adelante la idea de la unificación fue persistente. En 1940, don Raúl Carrancá y Trujillo, principal impulsor de esta propuesta, en un ciclo de conferencias sobre derecho penal organizado por la UNAM, pronunció una magnífica y muy documentada conferencia sobre “la unificación de la legislación penal mexicana”. El doctor Carrancá, en esa conferencia³ y en diversos estudios, abordó, con mucha puntualidad, todos los aspectos importantes sobre la materia. Hizo referencia precisa de las leyes que nos rigieron durante la Colonia, subrayando que tal legislación prolongó su vigencia por más de medio siglo; reseñó el panorama existente en los primeros años de la Independencia, en los ámbitos jurídico y político, hasta llegar a la adopción del federalismo. Asimismo, narró la forma como fue apareciendo la multiplicidad de códigos penales, y resaltó los inconvenientes alojados en esa multiplicidad.

Como estos actos públicos vinieron otros varios. En 1963, hace justamente 52 años, en el Segundo Congreso de Procuradores de Justicia de toda la República,⁴ organizado por el entonces procurador General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, doctor Fernando Román Lugo, partidario de la tesis unitaria, se programó como tema a debatir, precisamente, la unificación de la legislación penal, tanto sustantiva como adjetiva. En ese Congreso presenté una ponencia

² En la primera etapa de la Convención se aprobó, entre otros puntos, para lograr la unificación de la legislación penal en toda la República, que se tomara como Código tipo el “Código Penal del Distrito y Territorios Federales de 1931...” (Memoria Sintética de la Primera Convención Nacional, Secretaría de Gobernación, México, 1937, p. 8).

³ Pronunciada el 2 de septiembre, en el salón de actos “El generalito”, de la Escuela Nacional Preparatoria, en el evento organizado por la Asociación Cultural Universitaria.

⁴ Llevada a cabo del 4 al 11 de mayo, en la Unidad de Congresos del Centro Médico.

sobre el tema. Entre otros razonamientos, afirmé que “la diversidad de normas aplicables a la misma materia y la falta de coordinación de esfuerzos en la consecución de un mismo fin, nunca será ambiente propicio para el desarrollo de una política criminal científica y moderna que responda a las necesidades actuales y siempre cambiantes de una sociedad determinada”.⁵

Más recientemente, en noviembre de 2004, el Instituto Nacional de Ciencias Penales, en coordinación con el Instituto Max-Planck de Derecho Penal, la Fundación Konrad Adenauer y la Academia Mexicana de Ciencias Penales, organizó un Congreso Internacional que tuvo como finalidad analizar la posibilidad de unificar la legislación penal en México y en el mundo.⁶ En la presentación (por parte del Instituto Nacional de Ciencias Penales) se puntualizó que

El vasto marco jurídico... dificulta la coordinación interinstitucional entre las autoridades responsables de procurar justicia; motiva criterios de interpretación judicial contradictorios; posibilita que conductas idénticas sean tipificadas en forma diversa; permite criterios de punibilidad que establecen mínimos y máximos divergentes para un mismo tipo penal en distintas entidades federativas; y, en suma, contribuye a la impunidad.

En ese mismo Congreso, en representación del Instituto Max-Planck, en el discurso inaugural Ulrich Sieber Hans-Jörg Albrecht y Jan-Michael Simón fueron muy claros al señalar:

El fundamento de todo Derecho Penal es la claridad e inequívocidad de sus reglas y la falta de contradicciones en el sistema de normas... este fundamento es abandonado cuando diferentes normas dirigidas hacia un mismo destinatario prevén distintas consecuencias para el mismo comportamiento social... y así tampoco a la hora de cumplir su función específica *social*, de dirigir el comportamiento por medio del establecimiento de la previsibilidad respecto de las consecuencias para el propio comportamiento (p. XXI).

⁵ “Unificación de la leyes penales”, *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, año XXIX, núm. 8, agosto de 1963, pp. 421-426; *ibidem*, *Revista Mexicana de Derecho Penal*, México, segunda época, núm. 27, septiembre de 1963, pp. 79-86; Memoria del II Congreso de Procuradores, México, 1963.

⁶ El Congreso tuvo como rubro general: *Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, Memoria, Inacipe, Max-Planck Institut, México, 2006, p. XXI.

B) Una vez registrados estos significativos eventos, por el corto tiempo asignado a mi plática, no me referiré a cuestiones históricas relativas a los problemas y a la situación por la cual México, desde la Constitución de 1824, como rechazo al sistema centralista, se constituyó en un Estado federal; sin embargo, sí es necesario resaltar que con ese fundamento empezaron a surgir los diversos códigos de los estados: el primero, de Veracruz, en 1835; el segundo, del mismo estado, en 1869. En 1871 se expide el primer Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, y de ahí en adelante aparecen en los demás estados.⁷

No obstante, en aquellos años, la multiplicidad de ordenamientos no generó mucha discordancia entre ellos; pues en su mayoría siguieron las pautas del código federal.

Ahora, como se advierte, la situación es muy distinta; la uniformidad se fue perdiendo en razón de que cada ordenamiento penal ha tomado su propia ruta.

Cabe subrayar que el tema de la unificación ha sido sobradamente tratado. Los iuspenalistas han abordado todo a este respecto.⁸ Han pormenorizado las razones por las que es necesaria la existencia de un código penal único. Se han referido a los trabajos iniciados en Chile desde 1963 con el fin de armonizar la legislación penal en Latinoamérica mediante la elaboración de un código penal tipo.⁹ En esta trascendente labor participaron académicos y juristas mexicanos, entre otros, don Raúl Carrancá y Trujillo.¹⁰ Asimismo, han aludido, incluso, a los esfuerzos que la Unión Europea ha llevado a cabo para estructurar un

⁷ Surgieron, en muy pocos años, tomando como modelo el Código Penal de 1871: el de Sinaloa en 1873, el de Puebla en 1875, el de Aguascalientes en 1879, el de Sonora en 1884 y el de Hidalgo en 1894.

⁸ Han trabajado sobre el tema los siguientes miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales: Raúl Carrancá y Trujillo, José Ángel Cenicerros, Francisco González de la Vega, Raúl F. Cárdenas, Celestino Porte Petit, Luis Fernández Doblado, Ricardo Franco Guzmán, Sergio García Ramírez, Olga Islas de González Mariscal, Moisés Moreno Hernández, René González de la Vega, Jorge Nader Kuri, Miguel Ontiveros Alonso, Jesús Zamora Pierce.

⁹ La Convocatoria para la realización de los trabajos la hizo el Instituto de Ciencias Penales de Chile, presidido por el reconocido penalista Eduardo Novoa Monreal.

¹⁰ En la primera reunión, celebrada en 1963, participaron Luis Fernández Doblado, Ricardo Franco Guzmán y Arnulfo Martínez Lavalle. La comisión la presidió don Luis Garrido.

modelo que armonice los ordenamientos penales de todos los países que la integran. También han apuntado soluciones sobre cómo emprender esa unificación en México.

C) Ante esta situación, ahora sólo puntualizaré algunas de las múltiples razones que muestran la necesidad de un código penal único:

1. Si entendemos que el derecho penal tiene como finalidad la protección de aquellos bienes jurídicos que por su jerarquía se estiman indispensables para hacer viable la vida en sociedad (la convivencia humana) y el desarrollo integral y democrático de la propia sociedad, es absurdo que en un mismo país se considere que esos bienes varían de valor de una entidad federativa a otra; es decir, se protejan en forma diferente en cada estado de la Federación; Carrancá afirmaba que lo penal pertenece al orden público y esto no puede ser vario en un mismo país y en una misma sociedad humana.

2. Por otra parte, un código penal único —se ha dicho reiteradamente— permitirá contar con un instrumento que dé certeza a la justicia y que posibilite la estructuración de una política criminal coherente y científica que responda a las necesidades de nuestro país.

3. La dispersión y desarticulación de las normas penales determinan que se dé trato desigual a personas que realizan conductas delictivas de la misma clase y en similares circunstancias, con lo cual se violan los principios de igualdad y de certeza.

4. Específicamente, en cuanto a las penas, particularmente en lo tocante a la pena de prisión, el problema es grave; por un lado, se advierte la disparidad de las punibilidades (en cuanto a mínimos y máximos) entre los estados; y por otro, el incremento de las penas ha llegado a extremos irracionales, rompiendo con el principio de proporcionalidad. Así tenemos, en cuanto al máximo de punibilidad, que sólo en dos estados (Guanajuato y Michoacán), dicho máximo es de 40 años, en trece estados (Baja California, Baja California Sur, Campeche, Colima, Hidalgo, Jalisco, Nayarit, Querétaro, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas) es de 50 años; en tres (Guerrero, Nuevo León y Sonora) es de 60; en siete (Chihuahua,¹¹ Distrito Federal, Durango,

¹¹ El Código Penal del Estado de Chihuahua dispone en el artículo 32: “La prisión consiste en la privación de la libertad personal. Puede ser temporal o vitalicia, según lo disponga este Código. En el primer caso, su duración no será menor de seis meses ni mayor de setenta años. En el segundo caso, se denominará cadena perpetua o prisión vitalicia, y consiste en la privación de la libertad personal por todo el tiempo de vida del responsable del delito”.

Puebla,¹² San Luis Potosí, Tlaxcala y Veracruz) es de 70; en uno (Morelos) es de 80 años; en otro (Oaxaca) es de 105; en uno más (Chiapas) es de 110, y en cinco (Chihuahua, Estado de México, Puebla, Quintana Roo y Veracruz) la prisión es vitalicia.¹³ Los mínimos también muy variados: en trece (Baja California, Campeche, Chiapas, Colima, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Sonora y Tamaulipas) es de 3 días; en uno (Guanajuato) es de dos meses, en once (Distrito Federal, Durango, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas) es de 3 meses; en tres (Baja California Sur, Chihuahua y Quintana Roo) es de 6 meses, en Veracruz no se indica el mínimo. En dos estados de la República (Aguascalientes y Coahuila) no se determinan mínimos ni máximos de punición en la parte general.

5. Por otro lado, se han ido incorporando coyunturalmente tipos penales en unas legislaciones y en otras no. El desorden legislativo en cuanto a la tipificación de conductas es grave y hasta irracional. En la mayoría de los códigos no se sigue la directriz de ordenar los tipos penales en atención a la jerarquización de los bienes jurídicos.

6. Asimismo, no se debe olvidar que la delincuencia organizada es trasnacional¹⁴ y que con esta multiplicidad de normas penales desordenadas, y en ocasiones contradictorias y desfasadas de la normatividad internacional, es imposible garantizar la seguridad y la justicia y, como lo ha afirmado Ricardo Franco Guzmán, “de seguir manteniendo el sistema actual los únicos beneficiarios serán los delincuentes, especialmente los que integran la delincuencia organizada”.

¹² El Código Penal del Estado Libre y Soberano de Puebla prevé en el artículo 41: “La sanción consistente en la privación de la libertad corporal será de tres días a setenta años. Sólo en los casos en que la Ley expresamente lo autorice, se podrá imponer prisión vitalicia...”.

¹³ Con las precisiones que se establecen en los códigos de Chihuahua y de Puebla.

¹⁴ García Ramírez, Sergio, manifiesta lo siguiente: “No formamos parte de un mundo incomunicado, sembrado de fronteras territoriales, regionales o nacionales que impidan... la actividad criminal”. “Un signo de este tiempo es la proliferación criminal por encima de cualesquiera fronteras territoriales, merced a las crecientes posibilidades que brindan la información y el traslado de las ideas, bienes y personas”. “La unidad de la legislación penal en México. Antecedentes, iniciativas, obstáculos, razones”, *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, año LXXIX, núm. 1, enero-abril de 2013, p. 234.

2. Escollos

Paralelamente a estos razonamientos se ha manifestado, de manera reiterada, que uno de los escollos —aparentemente el más fuerte— respecto de la unidad de la legislación penal, es el relativo al sistema federal adoptado por México.

A este respecto, el doctor García Ramírez ha subrayado —con mucho acierto— que “la dispersión de facultades legislativas en el ámbito penal no es inherente a la organización político-jurídica que supone un régimen federal”, y agrega que no existe un “modelo federal” rígido como patrón universal “al que deban acomodarse todas las concreciones nacionales”, ya que “es obvio que cada Federación puede y debe adoptar fórmulas propias sobre su estructura y su desarrollo histórico, según su conveniencia y al amparo de sus propias circunstancias”.¹⁵ Se han planteado, como ejemplos de países organizados políticamente como Federación y que cuentan con un Código Penal único, entre otros, España, Alemania, Suiza, Brasil, Venezuela y Argentina.

México, no obstante estar constituido políticamente como Federación, tiene vigente un único ordenamiento en materia mercantil y en materia laboral.¹⁶

II. ACONTECIMIENTOS RECIENTES

A) A últimas fechas la pretensión persistente de implementar la unificación de la legislación penal mexicana al fin vio una luz en el camino: se dio la voluntad política del Ejecutivo Federal de instituir la.

El 1o. de diciembre de 2012 el presidente de la República, en su primer discurso, manifestó que enviaría al Congreso de la Unión una iniciativa de reforma constitucional que permitiera “contar con un solo Código Penal, y otro de Procedimientos Penales Únicos y de aplicación nacional”. De manera inmediata, en el “Pacto por México”, suscrito por todos los partidos políticos en 2013, se recogió la idea del

¹⁵ *Hacia la unidad de la legislación penal mexicana. Tendencias, avances y rezagos, derecho penal*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2015, p. 102.

¹⁶ Desde 1880 tenemos un código de comercio vigente para toda la República, tanto en el fuero común como en el federal. Respecto de la materia laboral, en 1929 se reformó la Constitución federal para otorgarle carácter federal a esta materia y, en 1931, entró en vigor la Ley Federal del Trabajo.

presidente en los “Acuerdos para la Seguridad y la Justicia”, y en el subrubro 3.4 se estatuyó, expresamente, el compromiso de “Implantar en todo el país un Código Penal y un Código de Procedimientos Penales Únicos”.¹⁷

Este pronunciamiento tuvo una gran recepción no sólo por los especialistas en la materia penal, sino por todos aquellos sectores sociales preocupados por la justicia penal y la seguridad pública. La Academia Mexicana de Ciencias Penales acogió, con gran entusiasmo, ese importante compromiso que durante muchas décadas había anhelado.¹⁸

Es oportuno apuntar que años antes, en 2007 (9 de marzo), un año anterior a la reforma constitucional de 2008 —que transformó el sistema de justicia penal—, mediante Iniciativa de Decreto enviada por el Ejecutivo Federal a la Cámara de Senadores, se propuso la reforma de diversos artículos de la Constitución, entre ellos el artículo 73 en su fracción XXI, a fin de facultar al Congreso para “expedir leyes en materia penal, procesal penal y de ejecución de sentencias”, (aplicables) en “toda la República por las autoridades de la Federación, los estados y el Distrito Federal, así como determinar la competencia de cada una de ellas”.

En la exposición de motivos correspondiente se manifestó que en la iniciativa se recogían “las propuestas presentadas por varios sectores sociales en el sentido de crear un solo ordenamiento en materia penal y procedimental penal... en razón de otorgar una mayor certeza a todos los habitantes del país y, al mismo tiempo, generar una coordinación de esfuerzos en la batalla contra la impunidad”. Se anotó,

¹⁷ En el Compromiso 78 textualmente se dispuso: “Se creará un Código Penal Único para homogeneizar las causales del delito en todo el país y así lograr acciones más coordinadas y eficaces de las policías y los sistemas de justicia”: y en el Compromiso 79 se dijo: Se legislará un Código de Procedimientos Penales Único para todo el país, con la finalidad de establecer elementos procesales homogéneos y congruentes con el establecimiento de un sistema penal acusatorio y oral”.

¹⁸ Entre otras manifestaciones, en 2013 la Academia Mexicana de Ciencias Penales entregó una “Propuesta sobre seguridad pública y justicia penal” al equipo de transición del gobierno de la República, y, en su momento, al nuevo titular de la Secretaría de Gobernación. En la parte correspondiente se destacó: “Es conveniente contar con una legislación penal-sustantiva, adjetiva y de ejecución de sanciones-única en todo el país. La dispersión prevaleciente, en la que abundan ocurrencias y diferencias, no favorece la lucha contra el crimen y da lugar al absurdo de que el mismo delito tenga sanciones distintas según si es común o federal o según la entidad en que se cometa”.

también, que “la unificación legislativa conlleva: por un lado, la certidumbre jurídica mediante la adopción de reglas claras que permitan delimitar competencias y, por el otro, la certeza jurídica mediante la adopción de figuras delictivas únicas para todo el territorio nacional, sus respectivas consecuencias jurídicas y la sustanciación de los procedimientos”, y se destacó que tales propuestas no invadían, de ninguna forma, la soberanía de los estados que componen la Federación.

Esta iniciativa no tuvo consecuencia jurídica alguna. En cuanto a los compromisos del Pacto por México, como ya lo apuntamos, la aceptación fue unánime; consecuentemente, lo primero que procedía, de acuerdo con el criterio más generalizado, era reformar la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fórmula que de manera reciente se ha seguido en México para la asignación de facultades al Congreso de la Unión.

Sobre este particular se presentaron tres iniciativas con proyecto de Decreto; la primera el 14 de febrero de 2013,¹⁹ otra el 9 de abril²⁰ y una tercera el 24 de abril del mismo año.²¹ En tales iniciativas se manifestó resistencia y hasta oposición a la unidad penal sustantiva.

La primera de ellas sólo consideró necesario reformar los artículos 17 y 20 y únicamente se refirió al Código Único de Procedimientos Penales (a la parte adjetiva) y no al Código Penal (parte sustantiva). Se acentuó la idea de dejar “a salvo los derechos que cada una de las legislaturas considere en esa materia”.

¹⁹ Presentada por “el senador José Rosas Aispuro Torres a nombre propio y del senador Roberto Gil Zuarth del grupo parlamentario del PAN”. La reforma propuesta consistía en adicionar diversas disposiciones de los artículos 17 y 20.

²⁰ Presentada por “la senadora María del Pilar Ortega Martínez a nombre propio y de los senadores Roberto Gil Zuarth, Raúl Gracia Guzmán, Carlos Mendoza Davis y José María Martínez Martínez, del Grupo Parlamentario del PAN. Propone reformar el párrafo primero de la fracción XXI del artículo 73; el inciso h) de la fracción V, de la base primera del apartado C del artículo 122”, y adiciona un último párrafo al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²¹ Presentada por “los senadores Arely Gómez González (PRI), Roberto Gil Zuarth (PAN) Manuel Camacho Solís (PRD) y Pablo Escudero Morales (PVEM), tuvo como objetivo central hacer posible: A) la Legislación Procedimental Penal aplicable en toda la República en el orden federal y en el fuero común, B) Una ley penal general que establezca las bases a las que debe sujetarse la legislación penal que expida la Federación, las entidades federativas y el Distrito Federal, dejando a salvo la facultad de cada cual para establecer los tipos penales, y C) La legislación única de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común”.

La segunda centró su objetivo en la expedición de un código único en materia procesal y de una única ley de ejecución de sanciones penales.

La tercera iniciativa propuso únicamente reformar la fracción XXI del artículo 73 constitucional, como era lo pertinente. En dicha propuesta se incluyeron algunas razones en contra de la expedición del Código Penal Único. Se adujo que la descripción de los tipos penales y las punibilidades correspondientes incumben al legislador local, en virtud de las variadas necesidades sociales de cada entidad federativa, y de la diversa incidencia delictiva; se aludió, asimismo, al mosaico plural de costumbres y tradiciones existentes en el país. Estas ideas dejan muy claro que no se consideró que ante figuras delictivas específicas, a las que se les ha dado tratamiento distinto en los diversos códigos penales, o que no se encuentran previstas en todos ellos y que, por ende, se les ha visto como obstáculo para la unificación penal (por ejemplo el abigeato y algunos otros supuestos), la solución es muy sencilla. El legislador debe regular todas las figuras delictivas que sean necesarias, aunque en algunos estados no se apliquen, y al disponer la punibilidad puede establecer un amplio intervalo entre los mínimos y los máximos respectivos, para que el juzgador, en su actividad punitiva, determine la sanción justa y proporcional de acuerdo con las necesidades de cada región o de cada entidad federativa.²² Otro caso muy debatido, que siempre sale a la luz cuando se aborda el tema de la unificación penal sustantiva, es el de la terminación voluntaria del embarazo (el aborto), el cual se pudiera regular en un ordenamiento diferente (pudiera ser la Ley de Salud u otra ley especial).

En cuanto a la parte general, se llegó a considerar la diversidad de trato en materias como el dolo, la legítima defensa y el error de prohibición, problemas doctrinarios que no pueden mantenernos en la dispersión legislativa penal, que imposibilita la política criminal que necesitamos para enfrentar a la delincuencia cruenta y expandida que padecemos.

²² García Ramírez, Sergio, afirma: “Es obvio que si algunas conductas de suyo ilícitas no se realizan en determinados lugares y en otros sí, sólo en éstos serán perseguibles y sancionadas. Y lo es que el amplio tramo para el ejercicio del arbitrio judicial en materia de punibilidades permitirá aplicar a los responsables de cada hecho punible la sanción que resulte racional, proporcional y equitativa”. “La unidad de la legislación penal en México: antecedentes, iniciativas, obstáculos, razones”, *Revista Criminalia*, México, año LXXIX, núm. 1, enero-abril de 2013, p. 245.

Con todos esos razonamientos, poco convincentes, no obstante aceptar que la diversidad legislativa da lugar a resoluciones contradictorias respecto del mismo problema, se excluyó la expedición del Código Penal Único y se propuso expedir “una ley penal general que establezca las bases a las que deba sujetarse la legislación penal que expidan la Federación, las entidades federativas y el Distrito Federal, dejándose a salvo la facultad de cada cual (*sic*) para establecer o excluir los tipos penales”. Dicha propuesta se descartó en el dictamen final del Senado.

Es necesario anotar que antes de concluirse los debates sobre las iniciativas que dieron origen al Código Único de Procedimientos Penales, específicamente antes de que se presentara la segunda iniciativa, fechada el 9 de abril de 2013 (a la cual ya nos hemos referido), se presentó una iniciativa por parte de la diputada Zuleyma Huidobro González, del partido Movimiento Ciudadano, en la que se proponía la expedición del “Código Penal Único” (consta en la Gaceta Parlamentaria del 19 de mayo de 2013).

En la exposición de motivos se argumentó: “Está demostrado que uno de los obstáculos a vencer en la lucha contra la delincuencia es la existencia de 33 códigos penales diferentes para un solo territorio geográfico... que regulan, en forma diferente, los tipos penales, los elementos que lo integran, las sanciones, su gravedad y modalidades”, y se agregaba que esa multiplicidad de ordenamientos es la que “ha dado origen a un orden penal nacional con graves deficiencias, en su aplicación, en su interpretación y en la adopción de un frente común en contra de la delincuencia”. Como es sabido, esta iniciativa no se debatió junto con las otras. Ante esta determinación el proceso legislativo siguió su curso.

Después del estudio y debate correspondiente de las tres Iniciativas, la Cámara de Senadores, al aprobar la reforma constitucional al artículo 73, en la fracción XXI, inciso c), lamentablemente sólo facultó al Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas, “que regirán en la República en el orden federal y en el fuero común”, y dejó fuera al Código Penal Único para toda la República.

Así, aprobada la reforma por el Senado, el 29 de abril de 2013 se turnó la minuta a la Cámara de Diputados. Todavía en ese momento la Academia Mexicana de Ciencias Penales hizo su último intento para

que se reconsiderara la reforma y se incluyera el código penal;²³ desafortunadamente no se tuvo éxito.

En el dictamen de la Cámara de Diputados (publicado el 17 de julio de 2013 en la Gaceta Parlamentaria de la propia Cámara) se subrayó que: contar con una legislación adjetiva única no iba en contra del pacto federal ni vulneraba la soberanía de los estados, en razón de que “nuestro sistema de derecho positivo tiene la flexibilidad de que puedan existir diversas normas de aplicación general, y no se ha visto afectado el federalismo, ni mucho menos la propia soberanía estatal”, y a manera de ejemplo se cita la legislación laboral, la mercantil, y las concernientes a la materia fiscal, enfocadas a resolver problemas de sus diversos ámbitos de competencia.

En el debate relativo, el diputado César Moreno Rivera destacó que

la pluralidad de legislaciones procesales propicia situaciones de injusticia y de arbitrariedad que en su aplicación atentan contra el derecho fundamental de igualdad, reconocida tanto por nuestra Constitución Federal como por diversos tratados internacionales, en virtud de que actualmente a quien se le imputa la comisión de un delito es tratado de manera diferente dependiendo del lugar en que lo cometió.

El trabajo legislativo finalmente culminó con la aprobación de la reforma por parte de las legislaturas de los estados; y el 8 de octubre de 2013 se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, la adición del inciso c) a la fracción XXI del artículo 73 constitucional. En tal virtud, continúan vigentes los 33 códigos penales y, por tanto, la dispersión normativa en materia penal sustantiva.

Ante tal situación, procedía avocarse a la elaboración del Código Procesal Penal Único.

²³ En el desplegado publicado en el periódico *Reforma*, del 20 de junio de 2013, se manifestó lo siguiente: “Consideramos absolutamente necesario y plenamente justificado que se faculte al Congreso de la Unión para expedir el Código Penal Único para toda la República. Esto resolvería los notorios problemas que suscita la existencia de más de treinta códigos penales en nuestro país, y nos permitiría contar con un instrumento eficaz al servicio de la seguridad y la justicia”.

“El proyecto aprobado por el Senado de la República no faculta al Congreso de la Unión para emitir el Código Penal Único. Deploramos esta omisión e invitamos respetuosamente a los integrantes de ambas Cámaras legislativas a reconsiderar la reforma aprobada por el Senado. Es indispensable que México cuente, por fin, con un solo Código Penal”.

III. CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Con la finalidad de formular el Código Nacional de Procedimientos Penales se presentaron tres iniciativas con proyecto de Decreto. Una, presentada por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) en 2011; otra, por el Partido Verde Ecologista de México, en 2012, y una tercera, por senadores unidos pertenecientes a diversos partidos, en 2013. Las tres iniciativas se turnaron para su estudio a las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos del Senado de la República, que fungió como Cámara de origen.

La Cámara de Senadores recibió el Anteproyecto de Dictamen (de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda) sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales el 17 de octubre de 2013 y lo aprobó muy rápidamente (el 5 de diciembre del mismo año), después de lo cual lo turnó a la Cámara de Diputados. Esta Cámara, en su carácter de revisora, aprobó (en lo general) el Anteproyecto el 5 de febrero de 2014 y, finalmente, al concluir el proceso legislativo, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014.

La expedición del Código fue muy aplaudida y generó grandes esperanzas. Al fin se habían superado los paradigmas tan arraigados sobre la imposibilidad de unificar la legislación penal, aunque sólo fuera en el ámbito adjetivo penal. Esta unificación, que terminaba con la dispersión normativa existente en materia procedimental penal, constituyó un hecho histórico para México. Sin embargo, de inmediato comenzaron a manifestarse múltiples críticas muy bien fundamentadas.

Como es sabido, el ordenamiento contiene aciertos y desaciertos.

B) Se ha reiterado que uno de los objetivos centrales fue el agilizar los trámites y reducir los tiempos y esfuerzos en el desarrollo del procedimiento, lo cual sería loable siempre y cuando no fuese en detrimento de la auténtica justicia penal. Este detrimento ocurre en diversos aspectos, entre otros, la terminación anticipada del procedimiento y los criterios de oportunidad, que aunque ya están postulados en nuestra carta magna (artículo 20, apartado A, fracción VII, y artículo 21, párrafo séptimo), se debió reflexionar sobre los límites de su regulación. Asimismo, se han cuestionado la negociación de la justicia y los mecanismos alternos de solución de conflictos. Otro punto vulnerable es la inclusión indebida de diversas materias que corresponden al derecho penal sustantivo, etcétera.

Como consecuencia de las críticas propositivas de los especialistas, particularmente de los miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, sobrevino un periodo para modificar algunas cuestiones antes de su entrada en vigor. En este periodo se han reformado diversos artículos.

El 25 de noviembre de 2014 se presentó una iniciativa en la Cámara de Senadores, con numerosas reformas.

De acuerdo con el artículo segundo transitorio:

...entrará en vigor a nivel federal gradualmente en los términos previstos en la Declaratoria que al efecto emita el Congreso de la Unión, previa solicitud conjunta del Poder Judicial de la Federación, de la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016.

Como consideración final quiero subrayar que la justicia penal requiere de transformaciones profundas. El proceso de internacionalización ha generado la necesidad de vínculos interestatales que obviamente repercuten en la estructuración de la política criminal que requerimos.

Se viven serios y complejos problemas, tales como la delincuencia organizada y trasnacional que nos arrasa, la crisis del sistema de justicia penal, la impunidad, la corrupción, la inseguridad, la violencia (individual, de grupo y estructural), que no han alcanzado solución.

Reflexionemos sobre todos estos problemas y continuemos esforzándonos para combatir, desde nuestros espacios, los problemas que aquejan al país.

MESA II

Los derechos humanos en las cárceles y centros de reclusión penitenciaria de México

*Mara Gómez Pérez**

EN ESTE trabajo nos proponemos discurrir en torno a la problemática de las cárceles y centros de reclusión penitenciaria en México y formular algunas propuestas para su mejora. Para ello, comenzaremos por analizar los propósitos de la pena carcelaria y los contrastaremos con las nociones del nuevo garantismo constitucionalista; analizaremos si las personas privadas de su libertad realmente tienen derechos y cuáles, y expondremos los principales datos que nos arrojan las estadísticas oficiales sobre la situación de las cárceles en México, para finalizar con algunas propuestas concretas.¹

I. INTRODUCCIÓN

Si bien todo el sistema de justicia penal presenta problemas de legalidad y de respeto a los derechos humanos, en las cárceles y centros de reclusión penitenciaria estas problemáticas son especialmente significativas.

Los recintos de las fuerzas de seguridad civil y militar, las fiscalías y ministerios públicos, los juzgados y tribunales del orden penal, en mayor o menor medida, constituyen espacios en los que se vulneran derechos fundamentales; empero, la cárcel, como elemento central de la justicia penal, presenta particularidades que hacen que las viola-

* Doctora en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), especialista en administración de justicia y derecho internacional de los derechos humanos.

¹ La autora expresa su más sincero agradecimiento al profesor Miguel Sarre, del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), por toda la asesoría y orientación prestadas durante la elaboración de este trabajo.

ciones a los derechos fundamentales que suceden ahí sean de mayor magnitud. Por ello, resulta primordial reflexionar sobre la situación de nuestras cárceles y los derechos humanos de las personas que por alguna razón se ven obligadas a vivir ahí.

Ya sea porque están cumpliendo una condena, o bien, mientras esperan a que se dicte la sentencia correspondiente y se determine si son culpables o no, se trata de personas bajo la tutela del Estado; en ese sentido, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, y como tal, asume deberes específicos de respeto y garantía de sus derechos fundamentales, lo que quiere decir que el poder de custodia del Estado, respecto de las personas encarceladas, lleva consigo la responsabilidad especial de asegurar que la privación de la libertad sirva a su propósito y no conduzca a la violación de otros derechos básicos, tal como lo afirma el *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* de la Organización de los Estados Americanos (OEA).² Y en todo caso, de lo que no existe duda, es de que el modo en que el Estado y las propias sociedades tratan a quienes han sido privados de la libertad, demuestra su grado de compromiso para con los derechos humanos; o dicho en palabras de Mandela: “Nadie conoce realmente un país hasta haber estado dentro de sus cárceles”.³

Por ello, y porque en ocasiones pareciera que los derechos de estos seres humanos no interesan a nadie, es que hemos decidido dedicar este trabajo a analizar la situación actual de las personas privadas de su libertad en México, y a proponer algunas ideas que, eventualmente, puedan servir de base para iniciar el indispensable debate que debe darse sobre este tema.

II. EVOLUCIÓN DE LA FINALIDAD DE LA PENA

El sistema carcelario en México tiene varios siglos de historia; desde las jaulas prehispánicas donde se guardaba a los condenados a muer-

² *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 64, 31 de diciembre de 2011, texto original en español, consultable en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>, consultada por última vez el 19 de noviembre del 2015.

³ *No one truly knows a nation until one has been inside its jails*, Mandela, Nelson *El largo camino hacia la libertad. Autobiografía*, Aguilar, 1995.

te, hasta las fortalezas como San Juan de Ulúa y el Palacio Negro de Lecumberri, o los actuales penales federales de alta seguridad. Estos espacios de encierro se han ido abriendo y cerrando, creciendo y transformándose de muchas maneras, y pese a ello, parece que desde hace siglos no dejan de enfrentar las mismas problemáticas: uso excesivo, hacinamiento, maltrato a los presos, corrupción en su administración, fugas y también motines. Este escenario nos conduce a preguntarnos cuál es el propósito de encerrar a una persona en una cárcel; cuál, concretamente, es la finalidad que perseguimos como Estado, cuando privamos a una persona de su libertad y la recluimos en un centro penitenciario.

En México, desde la promulgación de la Constitución general de la República hasta nuestros días, podemos hablar de tres periodos en cuanto a las finalidades de la sanción carcelaria:

1. Primer periodo: regeneración

Abarcó desde 1917 hasta 1965, es decir, 48 años, durante los que el artículo 18 de la Constitución general de la República estableció que el fin de la pena era la *regeneración del individuo a través del trabajo*.⁴

Implícita en esta norma estaba la concepción de que el individuo que delinque es algo así como un “degenerado” que requiere ser “regenerado”; un sujeto moralmente atrofiado que necesita de “regeneración”, o si se quiere desde una perspectiva etimológica, un ser que debe volver a generarse, volver a nacer.⁵

Esto en cierta forma explica por qué durante la vigencia de esta norma, que ya implicaba un avance enorme respecto de los sistemas carcelarios anteriores,⁶ legalmente se permitían agravios a los presos

⁴ “Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de ésta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas. Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal —colonias penitenciarias o presidios— sobre la base del trabajo como medio de regeneración”. Disponible en www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf, consultada por última vez el 27 de octubre del 2015.

⁵ Sarre, Miguel, *De la criminología crítica al garantismo*, México, 2013, texto inédito.

⁶ “Durante siglos las cárceles, que fueron subterráneas o mazmorras, eran sólo el medio para asegurar la presencia del reo ante el juez, para ser juzgado, o ante el ver-

que, en teoría, tenían como finalidad “regenerar” a quienes habían delinquido.

Por ejemplo, en esa época el código federal de procedimientos penales establecía que si el preso no mostraba “señales exteriores” de arrepentimiento o de enmienda, esto es, si no se había “regenerado”, aunque ya hubiera cumplido íntegramente su condena se le podía *retener* hasta por una mitad más de la duración original de la pena; es decir que si el juez condenaba a una persona a 20 años de prisión, la autoridad penitenciaria legalmente podía, si así lo consideraba adecuado, mantenerla hasta 30 años en reclusión penal, por el simple hecho de no mostrar signos exteriores de contrición.

2. Segundo periodo: readaptación

En 1965 fue reformado el artículo 18 constitucional para introducir a nuestra carta magna el llamado “sistema de readaptación social”, el cual estuvo vigente 43 años, hasta el 2008.⁷ La gran mayoría de los abogados que actualmente ejercemos la profesión en México, estudiamos bajo esta noción de la finalidad de la pena.

Subyace en esta reforma constitucional la idea de que el delincuente ya no es propiamente un “degenerado”, sino que está enfermo. Quien comete un delito es un sujeto “mental o psicológicamente desviado” que requiere de ayuda. Sin embargo, bajo esta noción caben ciertas premisas que justifican graves violaciones a los derechos humanos de las personas sujetas a reclusión penal:

dugo, para ser ejecutado...”. Cfr. Zumárraga Ramírez, Alexandra *et al.*, “Los derechos humanos en la arquitectura penitenciaria”, en Silva Portero, Carolina (ed.), *Ejecución penal y derechos humanos. Una mirada crítica a la privación de la libertad*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 43 y ss.

⁷ “Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto...”. Véase http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_062_23feb65_ima.pdf, consultada por última vez el 18 de noviembre de 2015.

- En la idea de la “readaptación” hay implícita una presunción de reincidencia, pues el delincuente es un individuo enfermo que mientras no se cure completamente, tendrá una tendencia natural a delinquir.
- Por la misma razón de que se trata de un individuo enfermo, están no sólo permitidos, sino indicados, toda clase de estudios y tratamientos psicológicos del recluso, quien debe someterse dócilmente a ellos, dado que se trata de una parte importante de su “curación”.⁸
- Dado que el objetivo es curar a un enfermo, se concede a la autoridad administrativa ejecutora de la pena, una enorme discrecionalidad para valorar y determinar si la persona privada de su libertad ya está “curada”; esto es, para decidir, por ejemplo, el lugar de cumplimiento de la pena; o su posible reducción; o los castigos por mal comportamiento, entre muchas otras cosas más.⁹

La visión descrita en los tres puntos anteriores son algunas de las cuestiones que deben cambiar con la implementación de la reforma constitucional que introdujo el sistema acusatorio-adversarial en nuestro país, al crearse los jueces de ejecución de sanciones penales.

3. Tercer periodo: reinserción social

En 2008 se reformó nuevamente el artículo 18 de nuestra Constitución para establecer ahora como finalidad de la pena la “reinserción social”. Esta norma tiene hoy día más de 7 años de haber entrado en vigor. Sin embargo, su instrumentación legal aún sigue pendiente.¹⁰

⁸ “De alguna manera, los Centros de Rehabilitación Social pretenden ser clínicas de conducta en las que se aplica un tratamiento, el cual se basa en un régimen progresivo; el tipo de conducta observado y analizado puede avanzar o retroceder. La adaptación a la penitencia es la medida del sistema; sistema progresivo que busca remodelar la conducta a partir de dosis de aislamiento, mayor encierro como castigo, así como de libertad como recompensa”, *Cfr.* Coba Mejía, Lisset, “*Rehabilitación*, el verdadero castigo. Un análisis del gobierno de las prisiones regido por el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social”, en Silva Portero, Carolina, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

⁹ Sarre, Miguel, *De la criminología crítica...*, *cit.*

¹⁰ “Artículo 18... El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la

Pareciera que esta reforma constitucional continúa considerando al delincuente como una persona no-integrada o fuera de la sociedad, y que el cambio de terminología de *readaptación* a *reinserción* no implica una reforma mayor, sino solamente un cambio de énfasis legal, de la anormalidad personal a la disfunción social del individuo; esto es, que la persona que sufre de la privación de su libertad deja de ser un enfermo físico o mental para convertirse en un *enfermo social*.

No obstante, visto el nuevo texto del artículo 18 constitucional a la luz de la reforma constitucional del 2011 en materia de derechos humanos,¹¹ no hay duda de que hay que quitarle a la pena su pretensión curativa, para verla simplemente como una restricción coactiva de la libertad sujeta al debido proceso penal.¹²

Esto es, quien enfrenta un proceso o una responsabilidad penal, enfrenta un problema de naturaleza jurídica con múltiples implicaciones, pero no necesariamente requiere ser considerado un enfermo, un psicópata o un sociópata. De hecho, si realmente fuera un enfermo, un verdadero enfermo mental, técnicamente sería inimputable. O dicho en palabras de Miguel Sarre:

Aun cuando numerosos críticos de los sistemas penitenciarios durante las décadas pasadas fueron cayendo en la cuenta de la quimera que significa re-socializar, *sottovoce* toleraron el discurso paternalista-correctivo como un paliativo o mecanismo de control de daños... Han sido atroces los resultados de este canje táctico en el que se aceptó patologizar e infantilizar a las personas internadas a cambio de la esperanza de evitar males mayores; así lo muestran las llagas de la represión y el abandono que se obser-

salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto... (Reformado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio del 2011)". Véase <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/19.htm?s>, consultada por última vez el 27 de octubre de 2015.

¹¹ Más información sobre esta trascendental reforma en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

¹² Sarre, Miguel, *De la criminología crítica...*, cit. Véase también Sarre, Miguel, "Debido proceso y ejecución penal. Reforma constitucional de 2008", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, 2013, pp. 251-268, en www.internet2.scjn.gob.mx/seminario/docs/Debido_proceso_y_ejecucion_penalMiguelSarrePag251-268.pdf.

van en las prisiones de Latinoamérica y otras regiones, donde se continúa degradando a las personas privadas de la libertad a la categoría de seres anormales necesitados de un ‘tratamiento progresivo’.¹³

III. LA FINALIDAD DEL SISTEMA PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL GARANTISMO

El fin de la pena, y en general, el propósito de todo el sistema jurídico penal, continua siendo un tema central de la doctrina penalista que, pese al paso del tiempo, quizá no alcanza todavía a ser completamente esclarecido.

El punto clave es entender para qué sirve el sistema punitivo y luego alinear todo el sistema hacia ello; cuál es la utilidad de las leyes penales, cuál es el beneficio concreto de todo el régimen de procuración de justicia y de la extensa organización judicial especializada en materia penal; y muy en concreto, de qué le sirve a la sociedad mantener a los delincuentes en prisión.

El célebre jurista Luigi Ferrajoli, en su libro *Razón y derecho*, analiza la crisis de los fundamentos del derecho penal expresada en la profunda falta de correspondencia que existe entre el sistema normativo de las garantías y el funcionamiento efectivo de las instituciones punitivas, y propone una reformulación en el marco de una teoría general del garantismo.¹⁴ El tratadista de origen italiano considera que, en realidad, es muy difícil esperar que el sistema de justicia penal sirva para reducir la criminalidad; él opina que el sistema de justicia penal, en su conjunto, tiene poco o nulo impacto en la disminución del crimen, pero que, en cambio, sí se le puede exigir efectividad en la prevención de la violencia reactiva frente al delito.

Esto resulta todavía más claro si se comprende que las autoridades de persecución y procuración de justicia penal; las autoridades jurisdiccionales encargadas de la impartición de justicia en materia penal, y las autoridades administrativas que tienen a su cargo la ejecución de las penas, indefectiblemente actúan de forma *a posteriori*; esto es, cuando ya que se ha cometido el hecho delictivo. Por ello, en opinión

¹³ Sarre, Miguel, *De la criminología crítica...*, cit.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Razón y derecho. Teoría del garantismo penal*, 1a. reimp., Madrid, Trotta, 2011.

de Ferrajoli, el sistema de justicia penal más bien está destinado a otorgar protección al acusado, y ello tanto frente a la venganza privada (linchamientos), como frente a la venganza pública (abuso de autoridad), y sólo en segunda instancia, el sistema penal serviría para proteger a la sociedad del delito y evitar la impunidad.¹⁵

En ese sentido, el sistema de justicia penal en realidad, dice Ferrajoli, no disminuye el crimen; para lo que sirve es para evitar la violencia reactiva ante el delito, ya sea pública o privada; es decir, para evitar males mayores, pero no mucho más. Desde una perspectiva garantista, el sistema de reclusión carcelaria no puede tener por finalidad *construir nuevos individuos*, ya sea regenerándolos, readaptándolos, o reinsertándolos de nuevo a la sociedad; sino que se trata de utilizar un instrumento de última *ratio*, de última instancia, que evite males mayores y no que los agrave.

IV. DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE SU LIBERTAD

Pese a lo que hasta aquí hemos explicado, todavía parece estar fuertemente arraigada la percepción social de que los presos deben estar ubicados “fuera de la sociedad” o de que *per se* son personas “peligrosas”.

El Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha dicho que son precisamente estas nociones —que en ocasiones forman parte de la cultura social de los países—, junto con las reacciones de los medios de información ante la inseguridad pública, las que favorecen el abandono y la enorme vulnerabilidad de las personas en situación de cárcel, y tanto condenadas como en prisión preventiva.¹⁶

¹⁵ *Ibidem*, pp. 871 y ss.

¹⁶ Naciones Unidas, *Quinto informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 19 de marzo de 2012, 48o. período de sesiones del Comité contra la Tortura, en: <file:///C:/Users/SENADO/Downloads/G1241383.pdf>, consultada por última vez el 29 de octubre de 2015. Se recomienda, también, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*, 31 de diciembre de 2011, <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>.

Pero en realidad, desde que se inicia la privación de la libertad debe quedar claro que sólo se suspenden o se restringen algunos de los derechos de los reclusos; en tanto que otros se conservan, y otros más incluso se adquieren o se fortalecen.

He aquí una muy buena clasificación de los derechos de las personas privadas de su libertad que, sin duda, debe ser tomada en cuenta en cualquier proyecto de política pública que tenga por objeto mejorar la situación de quienes se ven obligados a vivir en cárceles y centros de reclusión penitenciaria:¹⁷

Derechos que se suspenden o limitan

- Libertad deambulatoria.
- Libertad de tránsito.
- Derecho a la intimidad en la celda (expresión de la inviolabilidad del domicilio).
- Derechos políticos.
- Libertad de expresión.
- Libertad de prensa.
- Libertad de asociación.
- Derecho de culto.
- Libre acceso a los medios de información.
- Derecho a las comunicaciones personales.
- Libertad de elección en materia laboral y educativa.

Derechos que se conservan

- Derecho a la vida e integridad corporal.
- Derecho a la libertad de conciencia.
- Derecho a la autonomía de la voluntad.
- Derecho a la autoimagen.
- Derecho a la dignidad personal.
- Derecho a la igualdad y no discriminación.
- Derecho a no autoincriminarse.
- Prohibición de marcas o estigmas.
- Derecho a conservar el proyecto de vida.

¹⁷ De acuerdo con el *Tríptico de los derechos en la ejecución penal*, elaborado por Miguel Sarre, con el auxilio de los defensores públicos que participaron en el curso-taller de “Derecho penal-penitenciario”, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, agosto de 2013.

- Derechos de familia.
- Legalidad y seguridad jurídica.
- *Non bis in idem* o prohibición de ser sancionado penalmente dos veces por los mismos hechos.
- Derecho a ser sujeto de derechos y obligaciones, y no objeto de tratamiento.
- Derecho a la inviolabilidad de la correspondencia.
- Libertad sexual.

Derechos que se adquieren o se fortalecen

Explicitos (de acuerdo con el artículo 18 constitucional)¹⁸

- Derecho al trabajo.
- Derecho a la capacitación para el trabajo.
- Derecho a la educación.
- Derecho a la protección de la salud.
- Derecho al deporte.

Implícitos

- Derecho a la ejecución plena de la sanción (sin abusos hacia unos, ni privilegios para otros).
- Derechos de acceso a la jurisdicción para proteger sus derechos (sobre todo los aquí establecidos).
- Derecho a una alimentación adecuada.
- Derecho al agua potable para beber sin restricción.
- Derecho al no hacinamiento (estancia digna, expresión del derecho a la vivienda).
- Derecho a la seguridad personal y jurídica.
- Derecho a la visita de familiares y parejas; visita íntima.
- Derecho a la defensa.
- Derecho al debido proceso.
- Derecho de petición.

El problema medular, como también lo ha hecho notar el Subcomité contra la Tortura de Naciones Unidas, está en el hecho de que no se encuentran bien establecidos en las leyes los derechos que conservan

¹⁸ Artículo 18 constitucional, 2o. párrafo: “El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte...”.

las personas mientras permanecen en prisión, y tampoco los mecanismos jurídicos para hacer valer esa normatividad.

Esto es, por un lado, existe una insuficiencia en la protección legal que se le debe dar a las personas en situación de cárcel, al no estar claramente establecidos en ley todos los derechos que conservan y menos aún los que se fortalecen o amplían. Pero peor aún, tampoco están claramente previstos en las normas jurídicas, los mecanismos o recursos procesales a través de los cuales las personas privadas de su libertad pueden quejarse de la falta de cumplimiento por parte de las autoridades carcelarias de estos derechos; o peor todavía, aunque dichos mecanismos estén previstos en ley —como el juicio de amparo, por ejemplo—, en muchas ocasiones no están dadas las condiciones fácticas en los reclusorios y centros de confinamiento carcelario para que estas personas puedan solicitar ante alguna autoridad imparcial e independiente, el cumplimiento de sus derechos; sobre todo de aquellos que se violan día tras día.

En la realidad, a las personas en situación de cárcel, sin importar si ya han sido condenados o si todavía están esperando a que se les dicte sentencia, se les invisibiliza, se les silencia, dejan de existir, dejan de ser parte de la sociedad.

V. INFRAESTRUCTURA Y POBLACIÓN CARCELARIA EN MÉXICO

Hasta hace muy poco era difícil obtener información del número y situación de los centros penitenciarios de nuestro país, y más difícil aún tener datos precisos sobre la población de estos centros, pero afortunadamente, la Comisión Nacional de Seguridad, junto con el Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social (OADPR) y la propia Secretaría de Gobernación, han comenzado a publicar en Internet datos importantes sobre el tema.

Las últimas estadísticas disponibles del Sistema Penitenciario Nacional, elaboradas en agosto de 2014, arrojan los datos siguientes:¹⁹

¹⁹ Comisión Nacional de Seguridad (CNS), *Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional*, disponible en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Cln7dQh5xkkJ:www.cns.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary%3FnodeId%3D/BEA%2520Repository/1350346//archivo+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=mx>, consultada el 29 de octubre de 2015. Al parecer estas estadísticas ya se están publicando mes con mes, pero éstas son a las que pudimos tener acceso íntegro.

En México, al mes de agosto del año pasado, teníamos un total de 257,807 personas en reclusión penitenciaria. Esto quiere decir que más de un cuarto de millón de seres humanos están confinados en cárceles mexicanas.

De ellos, 208,052 están presos por delitos del fuero común y 49,755 por delitos del fuero federal, lo que en números cerrados, más o menos equivale a una proporción de 80% de prisioneros del fuero común y 20% del fuero federal. Eso quiere decir que la gran mayoría de las personas que hoy tenemos en la cárcel no son parte de la delincuencia organizada, ni tampoco grandes narcotraficantes, ni menos aún temibles secuestradores, sino delincentes menores del fuero común.

FUENTE: Elaboración propia con información de las Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional de Agosto de 2014, realizadas por la CNS, el OADPRS y la SEGOB.

Ahora, de este cuarto de millón de personas en situación de cárcel, 244,597 son del sexo masculino y sólo 13,210 pertenecen al sexo femenino, o sea, que prácticamente 95% de los reclusos son hombres, lo que, sin embargo, de ninguna manera significa que ellas no sufran las injusticias del sistema.

DISTRIBUCIÓN POR SEXO	
Hombres en situación de cárcel	95%
Mujeres en situación de cárcel	5%

FUENTE: Elaboración propia con información de las Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional de Agosto de 2014, realizadas por la CNS, el OADPRS y la SEGOB.

Como bien lo ha demostrado Catalina Pérez Correa, hay un costo muy alto para las mujeres en todo el sistema penitenciario, pues básicamente son ellas las que visitan a los internos de los penales, y en su gran mayoría, se trata de mujeres de muy escasos recursos, sin educación, con trabajos muy precarios y que en muchos casos, debido al encarcelamiento de sus parejas o sus hijos mayores, se quedan con la carga completa de sacar adelante al resto de la familia:

...las personas que visitan a los internos provienen de contextos sociales desfavorecidos. En este caso, se trata principalmente de mujeres con hijos que llegan a los Centros a visitar a sus parejas o hijos, quienes se encuentran en reclusión. En promedio, presentan una escolaridad menor que la población general de sus estados y tienen trabajos precarios y/o eventuales por los que obtienen bajos ingresos. El principal trabajo de ellas es de empleadas domésticas o comerciantes... El 11.4% de las encuestadas(os) recibe menos de un salario mínimo al día y casi el 50% de ellos obtiene \$800 MXN o menos a la semana, equivalente a un máximo de \$3,200 MXN al mes.²⁰

Otro dato por demás importante de la población carcelaria es el relativo a los presos que están cautivos en un centro penitenciario esperando a que las autoridades judiciales decidan si deben ser sancionados con prisión o no, es decir, los presos en prisión preventiva.²¹ Las normas internacionales a las que nuestro país se encuentra sujeto disponen claramente que el uso de esta medida cautelar debe ser *excepcional*; que nunca debe ser la regla general, y que sólo se debe acudir a ella como último recurso.²² Pero ¿es así...? ¿O qué es lo que realmente sucede en la práctica penal mexicana?

²⁰ Pérez Correa, Catalina, *Las mujeres invisibles: los verdaderos costos de la prisión*, México, BID 2014, en <http://equidad.scjn.gob.mx/wp-content/uploads/2015/04/150417-Las-mujeres-invisibles.pdf>, consultada el 29 de octubre de 2015.

²¹ Gómez Pérez, Mara, *La prisión preventiva en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales*, trabajo presentado en las XV Jornadas Penales del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2014.

²² La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló desde hace más de una década 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" (Caso Tibi vs. Ecuador, criterio jurisprudencial que ha sido reiterado por la Corte por lo menos cuatro casos más). Aunado a ello, el artículo 9.3 del Pacto

Los datos duros de estas estadísticas señalan que de los 208,052 reclusos del fuero común, 121,416 están cumpliendo su sentencia y 86,636 están en prisión preventiva; en tanto que de los 49,755 reclusos del fuero común, 23,810 cuentan con sentencia y 25,945 todavía están esperándola. Estos datos son verdaderamente reveladores de la anómala situación que existe hoy día en las cárceles, y que es bastante peor para los presos del fuero federal.

Como se ve, al mes de agosto del 2014, más de 43% de la población carcelaria total en México está en la cárcel esperando a que le dicten una sentencia, que puede ser tanto absolutoria como condenatoria; es decir que en los hechos, el uso de la prisión preventiva en nuestro país no es excepcional.

Pero a nivel federal el problema es todavía mayor, pues en este caso, 25,954 de los 49,755 reclusos federales, son presos en prisión preventiva; es decir que en el fuero federal tenemos poco más de 52% de presos en prisión preventiva. Vale recordar aquí que la Constitución mexicana es la única norma constitucional de todo el continente americano que tiene en su texto un catálogo de “delitos graves” que indefectiblemente obligan al juez a enviar a prisión preventiva al procesado, en lo que espera a que se dicte sentencia en su caso.

PRESOS SIN CONDENA	
Reclusos en prisión preventiva	43%
Reclusos del fuero federal en prisión preventiva	52%

FUENTE: Elaboración propia con información de las Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional de Agosto del 2014, realizadas por la CNS, el OADPRS y la SEGOB.

En la *praxis* judicial, esto ha dado lugar a que una buena cantidad de juzgadores penales dicten sentencias condenatorias con penas de prisión iguales o ligeramente mayores a los años que el recluso ya ha

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que es obligatorio para nuestro país, dispone que “...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...”. Y de igual manera, el artículo 6.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1990 (*Reglas de Tokio*), establecen que en el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, y que éste deberá ser aplicado con humanidad y respeto por la dignidad humana.

estado en prisión preventiva, con el argumento de que si no lo hacen así, el sistema judicial penal “se vería muy mal” o bajo el prejuicio de que “si no son culpables de este delito, seguro sí son culpables de otro”.

Ahora bien, de acuerdo con estos mismos datos oficiales, en nuestro país hay un total de 386 centros penitenciarios con una capacidad total instalada para 201,080 reclusos.

De estos, un total de 294 centros, esto es, más de las tres cuartas partes, están bajo la responsabilidad de las entidades federativas, en tanto que 75 centros pertenecen a gobiernos municipales, y sólo 17 son centros penitenciarios del orden federal.

CENTROS PENITENCIARIOS EN MÉXICO	
Locales (Estados y D. F.)	294
Municipales	75
Federales	17
TOTAL	386

FUENTE: Elaboración propia con información de las Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional de Agosto de 2014, realizadas por la CNS, el OADPRS y la SEGOB.

Ahora, si hay 257,807 presos y sólo tenemos espacio para 201,080, esto significa que en México tenemos una sobrepoblación de poco más de 50 mil personas. Esta sobrepoblación realmente no sería mayor si la población carcelaria estuviera más o menos distribuida entre todos los centros penitenciarios, pero no es así.

Del total de los 386 centros penitenciarios, sólo 217, equivalentes a 56%, son los que sufren de sobrepoblación. Así, en tanto que hay centros que ni siquiera alcanzan a cubrir su capacidad total, hay otros que tienen más de 200%, o de 300% o hasta de 400% de exceso en su capacidad poblacional total. Destaca, por ejemplo, el caso del Cereso de Tlapa de Comonfort, en Guerrero, que de acuerdo con las Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional que venimos analizando, alcanza nada más y nada menos que un 411% de sobrepoblación penitenciaria, lo que quiere decir que tiene cinco veces el número de reclusos que realmente puede contener.

Por último, quisiéramos dar algunos datos más sobre lo que estas interesantes estadísticas oficiales llaman “incidencias”, así como el número de reclusos involucrados en ellas.

De acuerdo con estos datos, del mes de agosto del 2013 al mismo mes del 2014, en el sistema penitenciario mexicano hubieron 259 incidencias, divididas en los siguientes ocho rubros: 143 riñas en las que participaron 316 reclusos; 64 agresiones a terceros con 91 participantes; 33 muertes; 8 suicidios y 3 intentos de suicidio; 5 autoagresiones, 2 huelgas de hambre y sólo una fuga.

<i>Tipo de incidencia</i>	<i>Núm. de incidencias en el año</i>	<i>Núm. total de reos involucrados por incidencia</i>
Riñas	143	316
Agresiones a terceros	64	91
Muertes	33	33
Suicidios	8	8
Autoagresiones	5	5
Intentos de suicidios	3	3
Huelgas de hambre	2	121
Fugas	1	1
TOTAL	259	578

FUENTE: Elaboración propia con información de las Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional de Agosto de 2014, realizadas por la CNS, el OADPRS y la SEGOB.

Es difícil sacar conclusiones seguras de estos datos oficiales sin conocer los hechos y el contexto de cada caso en concreto, sin embargo, sí podríamos decir que al menos cuatro de estas incidencias, esto es, los suicidios y los intentos de suicidio, junto con las autoagresiones y las huelgas de hambre, son formas en las que se manifiestan inconformidades de vida muy importantes, y que las otras cuatro, o sea, las riñas, las agresiones a terceros, las muertes y las fugas, son evidencia clara de la falta de seguridad dentro de los penales.

Llama poderosamente la atención el hecho de que son más los convictos en prisión preventiva involucrados en “incidencias”, que los reos condenados. En el fuero común, 157 procesados intervinieron en “incidencias”, contra 155 sentenciados; mientras que en el fuero federal fueron 129 procesados los involucrados en “incidencias”, contra sólo 115 sentenciados. Esto puede deberse a muchas razones; sin embargo, ¿no será acaso que los reclusos en prisión preventiva están tratando

de decirnos algo? El hecho de que no sean la minoría, sino que incluso sean más los reclusos en prisión preventiva que los sentenciados quienes cometen actos de autoagresión (suicidios, huelgas de hambre, etcétera), o de daño a sus compañeros (agresión a terceros, riñas), puede deberse a muchas razones, pero quizá se deba a que no encuentran otra forma de manifestar su profunda inconformidad con la situación que viven. En todo caso, esto es algo que las autoridades penitenciarias deberían investigar a la brevedad.

VI. SITUACIÓN DE LAS CÁRCELES EN NUESTRO PAÍS

En agosto de 2013, la prestigiada organización no gubernamental México Evalúa publicó su trabajo denominado *La cárcel en México: ¿para qué?*²³ De este estudio nos permitimos extraer algunas de las muchas e interesantes conclusiones que junto con lo que hemos dicho antes, pueden ilustrar con mayor claridad la situación actual de las prisiones que componen el Sistema Penitenciario Mexicano.

1. En México se ha abusado del uso de la cárcel

96.4% de las sentencias condenatorias en México establecieron la cárcel como pena en 2011, y sólo en el resto de casos, es decir, en 3.6% de las sentencias, se hizo uso de penas alternativas, como multas y reparación del daño.

En ese mismo año de 2011, 58.8% de los internos cumplían sentencias de menos de 3 años de prisión. Esto quiere decir que casi 60% de las personas que entonces fueron privadas de su libertad, estaba ahí

²³ México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, *La cárcel en México: ¿para qué?*, agosto de 2013, disponible en: http://www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2013/08/MEX-EVA_INDIX-CARCEL-MEXICO-VF.pdf, fecha de última consulta: 30 de octubre de 2015. Véase Bergman, Marcelo et al., *Delito y cárcel en México, deterioro social y desempeño institucional. Reporte histórico de la población carcelaria en el Distrito Federal y el Estado de México, 2002 a 2013: indicadores clave*, CIDE, agosto de 2014, disponible en: <https://cidecyd.files.wordpress.com/2014/11/delito-y-cc3a1rcel-online-2014.pdf>, fecha de última consulta: 26 de noviembre de 2015, con la única desventaja de que este estudio abarca únicamente al Distrito Federal y al Estado de México.

por delitos no violentos ni tampoco graves. O sea que, tal y como lo dijimos antes, en las cárceles mexicanas básicamente tenemos encerrados a delinquentes menores.

2. Las cárceles le cuestan mucho a la sociedad

La prisión preventiva representa hoy en día un costo social gigantesco, tanto para los reclusos y sus familias como para la sociedad en su conjunto.

Hay un costo social enorme derivado de las aportaciones económicas que la sociedad y las familias dejan de percibir por el cuarto de millón de personas reclusas en la cárcel. Pero el costo público que paga la sociedad con sus impuestos es mucho peor. En 2009 se estimó, con datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), que el costo diario de alimentar y vestir a una persona encarcelada en los penales del fuero común en México era aproximadamente de \$140.00 diarios.²⁴ Por lógica, ese gasto actualmente debe ser mayor, y además, en el caso de los reclusos de penales federales, el costo del alimento y vestido debe ser todavía mayor.

No obstante, si tomamos esta cantidad con la intención de tener al menos una idea aproximada de lo que cuesta la manutención de los reclusos en nuestro país, y la multiplicamos por el total de los 257,807 presos que tenemos actualmente en las cárceles en México, en los que se incluye tanto a los presos del fuero común como a los del fuero federal, ello nos arroja un total de \$36'092,980 diarios, y de \$13,173'937,700 al año. Esto es, más de 13 mil millones de pesos anuales, y eso solamente por alimento y vestido.

No queremos decir que el Estado no deba gastar en alimentar y vestir a las personas en situación de cárcel; de hecho, quizá haya que gastar más en ello o gastar de manera diferente. Lo que queremos poner en evidencia es que tener a tantas personas en la cárcel implica un gasto enorme para el Estado que podría disminuirse si al menos no enviáramos innecesariamente a tantas personas a prisión.

²⁴ Zepeda, Guillermo, *Los mitos de la prisión preventiva en México*, 2a. ed., México, Open Society Institute, 2009, Serie Prisión Preventiva.

3. Los derechos humanos de las personas en situación de cárcel se violan recurrentemente

Los anteriores problemas son de enorme relevancia, pero quizá éste sea el problema mayor. Una persona que está obligadamente confinada a un espacio cerrado y vigilado por los entes del Estado, ya de por sí es altamente vulnerable. Pero si a eso le añadimos las condiciones de escasez y violencia que se viven en nuestras cárceles,²⁵ junto con la falta de mecanismos reales para que los reclusos puedan quejarse de las carencias o de los maltratos de que son objeto, ya sea por parte del personal de las prisiones, o bien por parte de los otros reclusos —lo que en esencia constituye también una responsabilidad de las autoridades penitenciarias que no garantizan la seguridad e integridad de los reclusos bajo su responsabilidad y custodia—, tenemos la situación ideal para que se den toda clase de violaciones y malos tratos, tanto a culpables como a inocentes, y que prácticamente nadie se entere de ello.

Es decir, no sólo se cometen enormes violaciones a los derechos humanos dentro de las cárceles mexicanas, sino que prácticamente no existe vía jurídica alguna para que las personas privadas de su libertad se quejen o se opongan de alguna manera a ello.

La pregunta entonces, tal y como la formulan con toda claridad los investigadores de *México Evalúa* es la siguiente: ¿Para qué tenemos a tantas personas en la cárcel?

VII. COMENTARIOS FINALES

El espacio carcelario es un espacio oculto al resto de lo social. La propia naturaleza de la institución penitenciaria encubre las prácticas que se desarrollan en su interior. La convivencia permanente entre presos y custodios, junto con las facultades legales o incluso *de facto* reconocidas a estos últimos, convierten a la ilegalidad y al abuso en conductas cotidianas. En la práctica, la cárcel termina por marginar a quienes ya de por sí habían sido marginados fuera de ella.²⁶

²⁵ Para mayor información se puede acudir a los Diagnósticos Nacionales de Supervisión Penitenciaria que elabora periódicamente la CNDH. Consultables en: http://www.cndh.org.mx/Diagnostico_Nacional_de_Supervision_Penitenciaria.

²⁶ Bovino, Alberto, *Control Judicial de la Privación de la Libertad y Derechos Humanos*, Conferencia Inaugural sobre “Control judicial de la privación de libertad

Quizá la mejor manera de entender el grave problema de las cárceles en nuestro país es observándolas desde una perspectiva netamente personal; entendiendo que cualquiera podemos ser acusados de un *delito grave* e ir a parar a una cárcel en lo que se decide si somos culpables o no; o ser objeto de una equivocación judicial; o incluso, de una persecución política malintencionada. Cualquiera de nosotros puede ir a parar a una cárcel y sufrir esta absoluta indefensión.

Pese a ello, la opinión pública sigue inclinándose por incrementar las penas y encarcelar a más personas, pero como hemos visto aquí, ni la evidencia de lo que ocurre en nuestras cárceles, y quizá tampoco los sucesos de nuestras calles, justifiquen el uso abusivo que se hace en México de la cárcel.

Lo cierto es que las personas no se reinseran a la sociedad por el hecho de cumplir una pena carcelaria; después de todo, la cárcel es un lugar de encierro y aislamiento social, que difícilmente puede enseñar a vivir en sociedad. En realidad, lo único posible es privar de la libertad en las condiciones más dignas posibles.

Para ello, lo primero es reconocer en las leyes todos y cada uno de los derechos que los reclusos adquieren al ingresar a un centro penitenciario, y también aquellos otros que si bien ya tenían, deben verse fortalecidos por el simple hecho de encontrarse reclusos bajo la guarda y custodia del Estado.

En segundo término, es necesario establecer en las leyes las *garantías* de todos y cada uno de esos derechos. Y es que no basta con reconocer derechos en las leyes, sino que también deben establecerse en ellas los mecanismos procesales y procedimentales, tanto administrativos como jurisdiccionales, para protegerlos. Es necesario que cada uno de los derechos que estén consignados en las leyes tengan una forma jurídica de exigirse —y no únicamente el inaccesible amparo—, y que en todos los casos, se pueda demandar su cumplimiento, y que incluso, se pueda lograr que se sancione a quien o quienes, de

en América Latina y derechos humanos”, en el Seminario sobre Judicialización de la Ejecución de la Pena. Evaluación a un año de vigencia, organizado por la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Justicia de Costa Rica y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en San José, el 25 de febrero de 1999. Véase también Bergalli, Roberto, “Cárcel y derechos humanos”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 5, núm. 7, julio de 1993, en: www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/03/doctrina40752.pdf, fecha de consulta: 19 de noviembre de 2015.

una forma u otra, transgreden estos derechos en perjuicio de los reclusos y de sus familiares.

En tercer lugar, y quizá esto sea lo más importante, una vez que se hayan reconocido todos estos derechos a los presos, y que se hayan establecido en las leyes los mecanismos jurídicos adecuados para proteger su cumplimiento, es necesario que las autoridades penitenciarias establezcan las condiciones fácticas que les permitan a los reclusos, y también a sus familiares, abogados y representantes, acceder de manera fácil y sencilla a estos mecanismos, y a través de ellos, poder exigir el cumplimiento o la no violación a sus derechos. Al fin y al cabo, se trata de controlar una esfera de la actuación estatal que debe ser sometida al control de la legalidad de sus actos, como cualquier otro organismo estatal.

Sólo así, quizá algún día las cárceles y centros de reclusión penitenciaria de nuestro país dejen de ser espacios de contagio del crimen y de graves violaciones a los derechos humanos, para convertirse, de manera similar a lo que debe ocurrir en todos los ámbitos del Estado mexicano, en sitios en los que se respeten los derechos humanos de las personas.

Evolución de la presunción de inocencia

Raúl Fernando Cárdenas Rioseco*

I. INTRODUCCIÓN

TODAVÍA AL inicio de este siglo XXI el tema de la *presunción de inocencia* no era suficientemente conocido en nuestra doctrina nacional o captada por nuestra jurisprudencia, y en la práctica definitivamente no era aplicado. En efecto, por lo que hace a la doctrina mexicana el derecho fundamental de *presunción de inocencia*, era prácticamente inexistente, y respecto a la jurisprudencia, tampoco se había abordado este tema, hasta que el 15 de agosto de 2002 se emitió, finalmente, por primera vez, una *Tesis* (XXXV/2002) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que consideró que la *presunción de inocencia* se contenía de manera implícita en la Constitución federal, interpretando en forma armónica y sistemática los artículos 14, 16, 19, 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹ No

* Abogado litigante en materia penal. Socio director del despacho jurídico Raúl Fernando Cárdenas Rioseco, S. C. Miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Miembro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A. C. Miembro de número del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

¹ Tesis núm. XXXV/2002, Pleno, amparo en revisión 1293/2002, 15 de agosto de 2002.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculcado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga)

obstante que el reconocimiento de la presunción de inocencia por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue de gran importancia, y fue, sin duda, un gran avance para la cultura jurídica de nuestro país, la *Tesis*, a nuestro juicio, confundió *presunción de inocencia*, *debido proceso* y *principio acusatorio* como *sinónimos*,² cuando en realidad estos institutos jurídicos son distintos y obedecen a concepciones jurídicas diferentes.

La garantía del *debido proceso* consiste en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso, pero no cualquier proceso, sino un proceso correcto o equitativo.³ Con relación al *principio acusatorio*, sus elementos esenciales consisten en que un órgano del Estado, entre nosotros el Ministerio

de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, *a priori*, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002, once votos, ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, secretarios: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXV/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.

Novena época, reg. 186185, Pleno, tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, agosto de 2002, tesis: P. XXXV/2002, p. 14.

² Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2003, p. 147.

³ Carrocca Pérez, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1998, p. 165.

Público, ejercite y sostenga la acción penal y la separación que debe existir entre el órgano que acusa y el órgano que juzga; pero además, este principio abarca o comprende los llamados principio de contradicción, prohibición de indefensión, derecho a conocer de la acusación formulada, y deber de correlación entre la acusación y la sentencia. En conclusión, se insiste que fue equivocado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación considerara como sinónimos de la presunción de inocencia los institutos jurídicos antes mencionados. La tesis a que nos estamos refiriendo también fue incompleta, ya que no mencionó que México había suscrito diversos tratados internacionales que reconocen la presunción de inocencia.⁴

A partir de la emisión de la tesis referida en el párrafo anterior, podemos sostener que empezó en nuestro país la evolución del derecho humano a la presunción de inocencia. Antes de referirnos a esta evolución considero interesante referirnos a su evolución histórica.

II. DERECHO ROMANO

La *presunción de inocencia* se remonta al derecho romano, Ulpiano sostenía que: “nadie debe ser condenado por sospechas, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”;⁵ por su parte, Luigi Ferrajoli nos recuerda los escritos de Trajano, Pablo, así como brocárdicos medievales que establecían lo mismo.

III. EDAD MEDIA

Este principio de la *presunción de inocencia* se fue debilitando, hasta invertirse por los procesos inquisitivos de la Edad Media, en que se formula una presunción de culpabilidad sobre el acusado. Es decir, la presunción de inocencia se invirtió por una presunción de culpabilidad.

⁴ La Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.2).- Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8o.).

⁵ Montañés Pardo, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 29.

IV. ESCUELA CLÁSICA

Podemos atribuir a la escuela clásica del derecho penal (fines del siglo XVIII y mitad del siglo XIX), que representó una corriente filosófico-jurídica que sigue a la Revolución francesa y recogiendo la tradición del Iluminismo-liberal, impuso una serie de reformas en el campo penal tanto *sustantivo* como *adjetivo*, como reacción frente a los excesos punitivos de la justicia penal de la Edad Media.

Carrara, que fue el máximo representante de esta orientación en Italia (escuela clásica), sostenía igualmente que el fundamento filosófico se encuentra en el derecho natural; pero lo que se quiere resaltar, para efectos de nuestro tema de la presunción de inocencia, es que las enseñanzas de la escuela clásica propiciaron que se modificaran anacrónicas instituciones penales para ser reemplazadas por otras más justas y humanitarias, poniendo en contraste lo relativo al trato, que se daba al presunto delincuente en el proceso inquisitivo con relación al proceso acusatorio, que reconoció lo que ahora conocemos como presunción de inocencia.

V. ESCUELA POSITIVA

La formulación de la escuela clásica y liberal fue objeto de duras críticas por la escuela positiva italiana, siendo sus mayores opositores Enrique Ferrei y Raffaele Garofalo, quienes consideraron absurda e ilógica la fórmula de la presunción de inocencia, exigiendo la prisión provisional para los delitos graves e inclinándose a una justicia sumaria, más allá de las pruebas de culpabilidad, “pero el golpe decisivo lo fue dado al principio por la autoridad de Vincenzo Manzini, que estigmatizó la fórmula como «un extraño absurdo extraído del empirismo francés», y la juzgó «burdamente paradójica e irracional»”.⁶

El autor Luigi Ferrajoli, con relación a “La Scuola Positiva”, nos dice que Raffaele Garofalo sostenía que “A los que repiten la consabida, vacía y absurda frase de la presunción de inocencia hasta la sentencia definitiva, respondo que muchas veces el juicio se anticipa y la condena se pronuncia por el tribunal de la opinión pública”.⁷

⁶ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 550.

⁷ *Ibidem*, p. 627, nota 20.

Por su parte, Enrico Ferri después de admitir en la presunción de inocencia un “fondo de verdad”, la juzga “ilógica” cuando sea “absoluta e indiscriminada”, esto es, aplicada también a los reincidentes y en general a los que los indicios orgánicos y psíquicos ofrecidos por la antropología y la estadística criminal, los hagan aparecer como culpables. Los mismos delincuentes, interrogados por mí a estos fines.⁸

Por los criterios referidos, el Código Rocco de 1930 rechazó de plano la absurda presunción de inocencia que algunos querían reconocer al imputado, liquidándola como “una extravagancia derivada de los antiguos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución francesa, que llevan a las garantías individuales a los más exagerados e incoherentes excesos”.⁹

Con toda razón, el maestro Jiménez de Asúa llegó a sostener que la escuela positivista con sus postulados “preventivistas”, ha significado una “agresión científica” contra el derecho penal liberal.¹⁰

Choclán Montalvo sostuvo: “la llamada lucha de escuelas no es en verdad otra cosa que una disputa en torno a los principios legitimantes del derecho penal”.¹¹ En este trabajo sólo se quiere destacar que fue la escuela clásica italiana la que formuló el principio jurídico a que se refiere este estudio.

VI. ANTIGUO DERECHO INGLÉS Y CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Este principio de la presunción de inocencia también lo encontramos, desde hace varios siglos, en el antiguo derecho inglés, ya que desde principios del siglo XIII la nobleza inglesa se rebeló contra los excesos de la monarquía, los varones rebeldes huyeron a Francia, donde redactaron en la abadía de Pontigny la Magna Carta Libertatum en 63 artículos redactados en latín, y con relación a la libertad de las personas se estableció “ningún hombre libre será detenido o encarcelado como no sea en virtud de un juicio legal de sus pares o de la ley del país”.

⁸ *Idem.*

⁹ *Ibidem*, p. 551.

¹⁰ Calderón Cerezo, A. y Choclán Montalvo J. A., *Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1999, t. I, parte general, p. 11.

¹¹ *Op. cit.*, p. 8.

En 1775 se rebelaron las trece colonias inglesas de América del Norte y esos principios se introdujeron posteriormente en el artículo 8o. de la Constitución de Virginia, que establecía también “Que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales”, para después introducirlo formalmente en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, a través de la V Enmienda.

VII. CONCEPCIÓN FRANCESA

La Revolución francesa, además del derramamiento de sangre y terror, aportó a la humanidad fundamentos ideológicos. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano es, junto con los decretos del 5 y 11 de agosto de 1789 sobre la supresión de los derechos feudales (presunción de inocencia, contenida en el artículo 9o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), donde se redacta en un texto legal, por primera vez, este principio jurídico en los siguientes términos: *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable*.¹²

VIII. ANTECEDENTES MEXICANOS

En México, el principio de presunción de inocencia fue aceptado por el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, en el que se establecía en el artículo 30 “que todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado”, el doctor Jesús Zamora-Pierce sostiene que

Este decreto, dictado en plena guerra de independencia, nunca estuvo en vigor. Ya durante la vida independiente de México, nuestros constituyentes se inspiraron en otras fuentes, principalmente en la declaración norteamericana, y la presunción de inocencia, no aparece mencionada ni en la Constitución de 1857 ni en la de 1917.¹³

¹² Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 26 de agosto de 1789.

¹³ Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 10a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 421.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, después de más de 85 años en que se expidió la Constitución de 1917, que estableció las llamadas garantías constitucionales en materia penal en los artículos 13 a 23, no había reconocido en sus sentencias este principio fundamental del derecho penal liberal y garantista. Finalmente, como lo mencionamos al inicio de este trabajo, el 15 de agosto de 2002 se emitió la tesis XXXV/2002 del Pleno, en que se consideró que la presunción de inocencia se contiene de manera implícita en la Constitución federal, aun cuando para estas fechas casi todos los países de la cultura jurídica occidental habían constitucionalizado este principio. Miguel Ángel Montañés Pardo sostiene que después de la Segunda Guerra Mundial “se produce en Europa la constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona y la tutela de las garantías mínimas, que debe reunir todo proceso judicial”.¹⁴ La presunción de inocencia se ha constitucionalizado de manera expresa en diversas constituciones nacionales; sin embargo, en la Constitución mexicana esto sucedió tardíamente, hasta la reforma constitucional del 18 de junio de 2008.

IX. PRESUNCIÓN DE INTENCIÓN DELICTUOSA

En el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931, y seguramente por la influencia del Código Positivista Rocco de 1930, concretamente en su artículo 9o., se reconoció la “intención delictuosa”, creando un sistema en el que la configuración de un delito como “intencional” se establecía *a priori*, sin necesidad de que el Ministerio Público demostrara que existió, por parte del inculpado, el conocimiento y el ánimo de cometer el delito, y aceptar el resultado; es decir, se sancionaba el delito sin necesidad de probar el dolo, al revertir la carga de la prueba al inculpado que debía probar su inocencia.¹⁵

El artículo 9o. antes mencionado establecía lo siguiente:

Artículo 9o. La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 31.

¹⁵ Aguilar López, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia. Derecho humano en el sistema penal acusatorio*, 2a. ed., Lex Editores, 2015, p. 23.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I. Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño;

II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho.

III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;

IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso;

V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y

VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93.

Esta disposición fue reformada, ya que como nos enseña el magistrado de Circuito Aguilar López, para “suprimir continuas injusticias, ya que tales presunciones legales no admitían prueba en contrario y se castigaban como intencionales, delitos que en realidad no tenían tal carácter”.¹⁶

En efecto, el artículo 9o. fue reformado según publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de enero de 1984, para eliminar la presunción de dolo que contenía, pues como ya mencionamos, daba lugar a continuas injusticias, según quedó asentado en el Dictamen de la Cámara de Origen, en que se señaló lo siguiente:

2. Se propone la reforma del artículo 9o., para suprimir las presunciones de intencionalidad, que dan lugar a continuas injusticias, ya que, en virtud de tales presunciones legales, que no admiten prueba en contrario, se sancionan como intencionales. Delitos que en realidad no tienen ese carácter.

El artículo 9o. fue reformado nuevamente mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1994, y en la exposición de motivos de esa reforma se señaló lo siguiente:

II.6.2. Dolo y Culpa... Se propone reformar los artículos 8o. y 9o. del Código penal, los que, si bien fueron objeto de importantes modificaciones en 1984, que desecharon la tan criticable ‘presunción de intencionalidad’ y definieron la conducta intencional, imprudencial y preterintencional,

¹⁶ *Idem*.

aún plantean puntos críticos que nuevamente motivan su transformación (énfasis agregado).

Después de la reforma del 10 de enero de 1994, el artículo 9o. quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 9o. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Con las reformas al artículo 9o. de 1984 y la de 1994 quedó suprimida la nefasta y criticable “presunción de intencionalidad”.

X. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO HUMANO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN MÉXICO

Ya comentamos que después de la Segunda Guerra Mundial, la cultura jurídica occidental empezó a constitucionalizar el principio de presunción de inocencia de manera expresa en diversas Constituciones nacionales; pero en México no se legisló sobre este principio durante todo el siglo pasado, no fue sino hasta la reforma constitucional del proceso penal, del 18 de junio de 2008, que se incluyó este derecho humano fundamental; esto se logró después de un proceso de múltiples iniciativas que no llegaron a madurar, pero fueron, sin duda, importantes antecedentes para la gran reforma penal en nuestro país. Podemos mencionar la iniciativa del 29 de marzo de 2004 del presidente Vicente Fox, en que se proponía, por primera vez, constitucionalizar la presunción de inocencia. Lo mismo sucedió poco después con la iniciativa del Partido de la Revolución Democrática por conducto del diputado Miguel Ángel García Domínguez.

El tema continuó siendo de actualidad en diversas entidades federativas, que reformaron sus códigos de procedimientos penales, como Nuevo León, Estado de México y Chihuahua. Asimismo, el presidente Felipe Calderón presentó una iniciativa de reforma ante la Cámara de Senadores. Por su parte, en la Cámara de Diputados

del Congreso de la Unión, legisladores de distintos partidos políticos presentaron diez iniciativas que fueron objeto de dictamen por esta Cámara el 10 de diciembre de 2007, y con motivo de la aprobación de este dictamen, durante 2008, se suscitó un intenso diálogo que culminó con la reforma procesal penal constitucional, que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008. En esta reforma, como en todos los demás proyectos de iniciativas que se mencionaron anteriormente, siempre se incluyó el principio de presunción de inocencia.

En el Decreto de Reforma de junio de 2008, finalmente se constitucionalizó expresamente el derecho humano fundamental de presunción de inocencia en el artículo 20, que establece:

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

B. De los derechos de toda persona imputada:

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

XI. RECONOCIMIENTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El Código Nacional de Procedimientos Penales recoge este principio en su artículo 13, que estatuye:

Artículo 13. Principio de presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano Jurisdiccional, en los términos señalados en este Código.

Vertientes de la presunción de inocencia:

1. Como regla de trato procesal

Consiste en que se debe tratar a la persona como inocente durante el proceso penal, en tanto no se declare su culpabilidad, razón por la

cual el juzgador tiene prohibido tratarlo, por regla general, como culpable, imponiéndole cualquier tipo de pena anticipada.¹⁷

Nos queda claro que la prisión preventiva es un mal necesario, razón por la cual el legislador ha buscado atenuar su uso mediante el establecimiento de medidas cautelares diversas a la prisión preventiva. Dichas medidas precautorias están previstas en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales, de entre las que destacan: la prohibición de salir del país o del ámbito territorial que fije el juez, la vigilancia por parte de una persona o institución, la colocación de localizadores electrónicos, y el resguardo en el domicilio particular. Eso sí, la prisión preventiva se continuará utilizando, en forma oficiosa, en delitos especiales previstos en el artículo 167 de la ley procesal penal.

Incluso, en la fracción IX del apartado B del artículo 20 de la Constitución federal, se prevé lo siguiente:

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

Derecho fundamental que es ampliado en el Código Nacional de Procedimientos Penales, cuyo artículo 165 dispone:

¹⁷ Jurisprudencia 1a./J. 24/2014 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 5, abril de 2014, p. 497, cuyo rubro y texto dice: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL. 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 sus vertientes se manifiesta como «regla de trato procesal» o «regla de tratamiento» del imputado, en la medida en que este derecho establece la forma en la que debe tratarse a una persona que está sometida a proceso penal. En este sentido, la presunción de inocencia comporta el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria. Dicha manifestación de la presunción de inocencia ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena”.

Artículo 165. Aplicación de la prisión preventiva. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. La prisión preventiva será ordenada conforme a los términos y las condiciones de este Código.

La prisión preventiva no podrá exceder de un año, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha dictado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

Al respecto, deseamos que el mundo prescriptivo de la actual ley procesal penal encuentre una eficaz aplicación en la realidad penal, so pena de que la presunción de inocencia, como regla de trato procesal, siga siendo una de las más bellas quimeras contadas a aquellos pobres infelices que están en prisión.

Además, y también como parte del tema de regla de trato procesal, la ley prevé expresamente la efectividad de la presunción de inocencia en todas las etapas del procedimiento (lo cual incluye la investigación ministerial). Inclusive, ya se prevé en el artículo 113, fracciones XIV y XV del Código Nacional de Procedimientos Penales, dos reglas que derivan del principio de presunción de inocencia:

Artículo 113. Derechos del imputado

El imputado tendrá los siguientes derechos:

...

XIV. A no ser expuesto a los medios de comunicación;

XV. A no ser presentado ante la comunidad como culpable;

2. Como regla de trato extraprocesal

Consiste en el derecho a que el imputado reciba el trato de inocente antes y a través de la averiguación previa (estando detenido o no), siendo la obligación correlativa de las autoridades investigadoras de no tratarlo como culpable, verbigracia, mediante su exposición pública ante los medios de comunicación como culpable de los hechos delictivos, lo cual puede llegar a contaminar el proceso penal.¹⁸ La

¹⁸ Tesis 1a. CLXXVI/2013 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XX, mayo de 2013, t. 1, materia constitucional, p. 564.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió las tesis cuyos rubros y textos son los siguientes:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. SU CONTENIDO Y CARACTERÍSTICAS. A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el derecho fundamental a la presunción de inocencia como regla de trato, en su vertiente extraprocesal, debe ser entendido como el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina, por ende, el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza. Asimismo, es necesario señalar que la violación a esta vertiente de la presunción de inocencia puede emanar de cualquier agente del Estado, especialmente de las autoridades policiales. Dada la trascendencia de una acusación en materia penal, la Constitución otorga al imputado una serie de derechos fundamentales a fin de garantizar que se efectúe un juicio justo en su contra, sin embargo, de nada sirven estos derechos cuando las autoridades encargadas de investigar el delito realizan diversas acciones que tienen como finalidad exponer públicamente a alguien como responsable del hecho delictivo. Frente a estas acciones se corre el enorme riesgo de condenar al denunciado antes de tiempo, ya que el centro de gravedad que corresponde al proceso como tal, se puede desplazar a la imputación pública realizada por la policía.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. INFLUENCIA DE SU VIOLACIÓN EN EL PROCESO PENAL. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que como regla de trato, el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que cualquier persona imputada por la comisión de una conducta tipificada como delito, sea tratada como inocente durante el trámite del procedimiento e, incluso, desde antes de que se inicie, pues puede ser el caso de que ciertas actuaciones de los órganos del Estado —sin limitarlos a quienes intervienen en la función jurisdiccional propiamente dicha— incidan negativamente en dicho tratamiento. En este sentido, la violación a esta faceta de la presunción de inocencia puede afectar de una forma grave los derechos relativos a la defensa del acusado, ya que puede alterar la evolución del proceso al introducir elementos de hecho que no se correspondan con la realidad y que, en el ánimo del tribunal, y sobre todo de las víctimas y de los posibles testigos, actúen después como pruebas de cargo en contra de los más elementales derechos de la defensa. Así, la presunción de inocencia como regla de trato, en sus vertientes procesal y extraprocesal, incide tanto en el proceder de las autoridades en su consideración a la condición de inocente de la persona, como con la

respuesta que pueda provenir de las demás partes involucradas en el juicio. Particularmente, la violación a la regla de trato de la presunción de inocencia puede influir en un proceso judicial cuando la actuación indebida de la policía que pretenda manipular la realidad, tienda a referirse a: (i) la conducta, credibilidad, reputación o antecedentes penales de alguna de las partes, testigos o posibles testigos; (ii) la posibilidad de que se produjere una confesión, admisión de hechos, declaración previa del imputado o la negativa a declarar; (iii) el resultado de exámenes o análisis a los que hubiese sido sometido alguien involucrado en el proceso; (iv) cualquier opinión sobre la culpabilidad del detenido; y, (v) el hecho de que alguien hubiera identificado al detenido, entre muchas otras.

De acuerdo con la última tesis citada, la vulneración de la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de trato extraprocesal, que llegue afectar gravemente la defensa del inculcado, puede acarrear la nulidad de actuaciones policiales o ministeriales.¹⁹

3. Como regla de estándar de prueba y carga probatoria

Es desde el punto de vista probatorio donde encontramos la connotación más importante de la presunción de inocencia. En efecto, la sentencia condenatoria en materia penal que pretenda tener por acreditada plenamente la responsabilidad del imputado de algún delito, debe ser aportada invariablemente por el órgano acusatorio. Es decir, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo que se produzca sin pruebas y teniendo la carga total de tal actividad el Ministerio Público. La presunción de inocencia se configura como una presunción *iuris tantum* o verdad interina, por virtud de la cual el acusado es inocente mientras no se practique, con las debidas garantías procesales, una mínima actividad probatoria, de cargo, referida a su participación en el hecho punible.

Sobre este particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la siguiente tesis:²⁰

¹⁹ Tesis 1a. CLXXVII/2013 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XX, mayo de 2013, t. 1, materia constitucional, p. 563.

²⁰ Jurisprudencia 1a./J. 26/2014 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 5, abril de 2014, t. I, p. 476.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA. 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 inculpadados 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.

Por su parte, la Constitución federal en su artículo 20 establece:

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

A. De los principios generales...

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.

Por otro lado, el artículo 130 del Código Nacional de Procedimientos Penales prevé: “Artículo 130. Carga de la prueba. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal”.

4. Como regla también aplicable al legislador

Desde que se constitucionalizó el derecho humano a la presunción de inocencia, el legislador secundario no puede válidamente insertar en la ley ordinaria reglas de trato que vayan en contra de este derecho fundamental, como sucedió, según ya lo expusimos, en el Código Pe-

nal de 1931 que en su artículo 9o. estableció la “intención delictuosa”. Recientemente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró inconstitucional el artículo 102 del Código de Justicia Militar, por violar el principio de presunción de inocencia, ya que dicho Código Militar, en el artículo antes mencionado, conservaba la presunción de intencionalidad que existió en 1931 en el Código Penal. En efecto, la Suprema Corte de Justicia emitió la siguiente tesis:²¹

CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR. EL ARTÍCULO 102, QUE PREVÉ UNA PRESUNCIÓN DE INTENCIÓN DELICTUOSA EN LOS DELITOS MILITARES, VIOLA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, EN SU VERTIENTE DE ESTÁNDAR DE PRUEBA. El precepto legal de referencia prevé, que en los delitos del orden militar, la intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario. Dicha presunción viola el principio de presunción de inocencia, cuando se entiende como estándar de prueba, el cual vincula a los jueces a decretar la absolución de los inculpadados cuando durante el proceso no se han aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona. Así entendida, la presunción de inocencia no aplica al procedimiento probatorio (la prueba entendida como actividad), sino al momento de la valoración de la prueba (entendida como resultado de la actividad probatoria). En estas circunstancias, toda vez que el dispositivo legal citado autoriza a que el órgano acusador prescinda de pruebas de cargo para demostrar el ánimo doloso del sujeto activo del delito, entonces por mayoría de razón vulnera el principio de presunción de inocencia como estándar de prueba, toda vez que el juez ni siquiera contará con la posibilidad de no tener por acreditado el elemento subjetivo relativo a la intencionalidad del sujeto activo, por deficiencia de pruebas del órgano acusador.

Con lo anterior doy por concluida mi disertación del tema “Evolución de la presunción de inocencia”, no sin antes agradecer y felicitar al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y a la Academia Mexicana de Ciencias Penales por haber cumplido 75 años de ardua labor académica en beneficio de la cultura jurídica de nuestro país.

²¹ Tesis 1a. CLXXXIV/2013 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XX, mayo de 2013, t. 1, p. 523.

MESA III

Panorama sobre la evolución del PJF en materia penal

*Juan N. Silva Meza**

LA EVOLUCIÓN del derecho penal sólo se puede entender a través de los cambios que se presentan en la sociedad misma, ya que se trata de una rama jurídica cuya existencia está subordinada a la necesidad de implantar el orden social, a través de penas y castigos para sancionar delitos y garantizar así la plena convivencia de los ciudadanos.

Estos cambios sociales, que pueden ser generados por factores demográficos, ideológicos, culturales, tecnológicos, entre otros; provocan el surgimiento de tipos y modalidades de delitos diferentes a los que están regulados, por lo que se vuelve necesaria la actualización del derecho penal para ajustarse y así poder regular estas situaciones novedosas.

Cesare Beccaria hablaba de la necesidad de un sistema en el que se privilegie la prevención del delito más que la punición, esto por medio de la educación para la libertad, es decir, que los ciudadanos aprendan a ser libres por sí mismos, y no a través de un orden jurídico restrictivo, que puede derivar en injusticias y desigualdades sociales.

Subraya la necesidad de penalizar sólo aquellas conductas que sean estrictamente necesarias, ya que la idea de la prevención y readaptación de aquellos que infringen la ley sólo puede ser posible a través de un sistema que considere múltiples aspectos (sociales, políticos o económicos) para la elaboración de su política criminal.

En México, el derecho penal ha ido evolucionando, desde el periodo prehispánico, pasando por el colonial, el independiente, el contemporáneo y el periodo actual, con la implementación del nuevo sistema de justicia penal acusatorio lo cual pone de manifiesto esta necesi-

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1995-2015; presidente en el periodo 2011-2014. Investigador visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM desde 2016. Miembro numerario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

dad de ajuste que viven las leyes jurídicas para adaptarse al entorno social.

Pero no son sólo los factores internos los que provocan la evolución del sistema jurídico, sino también los externos, que sirven como influencia para adaptar las leyes, tal y como se logró en nuestro país en la etapa independiente, al abolir la esclavitud, o más actualmente, con la reforma al código penal en 2005 para prohibir la pena de muerte.

Asimismo, esta adaptación a las circunstancias sociales se refleja en la implementación del nuevo sistema de justicia penal, pues, en busca de una impartición de justicia más pronta y expedita —necesaria ante el aumento demográfico—, se intenta adaptar un modelo anglosajón a la idiosincrasia, valores, costumbres y especificidades de nuestro país.

Esta misma situación ocurrió en la evolución del derecho prehispánico al de la etapa colonial, pues, ante el cambio de paradigma social, aztecas, mayas y demás pueblos indígenas dejaron de estar a cargo, por lo que los colonizadores impusieron un derecho muy similar al modelo español, lo cual, sin duda, debió ser un cambio radical para estos pobladores.

De igual forma, al concretarse la Independencia, los constituyentes crearon nuevas normas, las cuales tardaron en aplicarse debido a la difícil transición entre un sistema jurídico y otro; sin embargo, poco a poco fueron sentando las bases, que incluso ahora son fundamentales para entender el derecho penal en México.

Sin embargo, a lo largo de los años han sido necesarios algunos ajustes y reformas para cubrir las necesidades sociales, por lo que el código penal ha sufrido modificaciones con el paso de los años, para agregar nuevos tipos y penas más acordes con la realidad social que se vive, atendiendo a la constante transformación de la sociedad.

Por ejemplo, la explosión demográfica y el aumento de desigualdad social obliga a replantear las penas para el delito de robo, ya que el aumento de casos, derivado de estas situaciones sociales, provoca una sobresaturación de las cárceles con crímenes que no representan, en algunos casos, una amenaza real para la población.

También la evolución de la tecnología ha derivado en la aparición de delitos, que antes no se contemplaban en el código penal, debido a que las circunstancias no hacían posible siquiera imaginar que existirían, por lo que se debieron crear nuevas normas para poder tipificarlos, e

incluso, deben ser modificados sobre la marcha ante el surgimiento de nuevas situaciones, como los delitos virtuales y el acoso por esta vía.

Desde la trascendente reforma constitucional de 1994¹ —que trajo consigo la reestructuración del Poder Judicial de la Federación— a la fecha, nuestra Carta Magna ha sufrido importantes modificaciones en materia penal, las cuales, han impactado no sólo en los conceptos, sino también en la estructura orgánica, competencia y especialización de los órganos jurisdiccionales que componen el Poder Judicial de la Federación.

Sin duda, los cambios en el Poder Judicial de la Federación han correspondido a la evolución social, derivada de tantos y variados acontecimientos que han marcado las nuevas tendencias de las relaciones interpersonales, interculturales, intergubernamentales e, inclusive, medioambientales.

Hemos sido testigos de grandes transformaciones, atribuidas —muchas veces— a acontecimientos suscitados en los márgenes de la geografía nacional, pero muchas otras, como efecto de factores externos que nos han llevado a concebir las relaciones, a las que he hecho referencia, de otra manera.

Muchos de estos cambios se pueden atribuir a la evolución tan radical que han tenido los derechos humanos y que nos ha llevado a replantear, desde un enfoque más humanista, algunos conceptos; han inspirado el diseño de nuevos espacios —como los Centros de Justicia Penal—, que fueron pensados para contar con espacios diferenciados destinados a los diversos intervinientes en los procedimientos penales; y, a través del empleo de nuevas tecnologías, que vuelven más eficiente la administración de justicia.

Sin duda, esos cambios han repercutido directamente en la labor que desempeña la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues al ser el órgano garante de la Constitución, está llamado a procurar el Estado de derecho, a través de la interpretación de las normas que día con día surgen como una posible respuesta a los cambios sociales.

Es por ello que el análisis de las normas ha ido evolucionando al interior del máximo tribunal, creando nuevos conceptos, que se ajus-

¹ Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 21, 55, 73, 76, 79, 89, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 116, 122 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 3 de enero de 1995 en el *Diario Oficial de la Federación*, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_133_31dic94.pdf.

tan a la realidad social, o transformando aquellos que se dieron en otro momento histórico.

Por ejemplo, en los años noventa el incremento en el fenómeno de la delincuencia organizada llevó a los legisladores a presentar una iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en la que se facultaba al Ministerio Público de la Federación para llevar a cabo la intervención de las comunicaciones privadas como una técnica de investigación.

Así, en 1996² se reformó la Constitución para reconocer el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones privadas, garantizando el derecho a la intimidad y vida privada de los gobernados, sin embargo, en el mismo Decreto se estableció el régimen de excepción, mediante el cual se legitimó la medida empleada por los órganos de investigación de delitos, que quedaba sujeta al control judicial especializado.³

No obstante, los cambios en la carta magna no fueron novedosos para el máximo tribunal, ya que en 1986 la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se había pronunciado acerca del tema, en una destacada aportación por parte del ministro Guillermo Guzmán Orozco, en la que resaltó que las intervenciones telefónicas constituían una trasgresión a la garantía de inviolabilidad del domicilio, consagrada en el artículo 16 constitucional, afirmando —además— que eran un atentado a la propiedad y vida privada de los ciudadanos, que no podía quedar desprovista de protección judicial, a pesar de que el texto de la Constitución —entonces vigente— no reconociera dicha garantía,⁴ pues los avances en la electrónica no eran previsibles para el constituyente de 1917.

² Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 16; 20, fracción I y penúltimo párrafo; 21; 22 y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 3 de enero de 1995 en el *Diario Oficial de la Federación*, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_135_03jul96.pdf.

³ Ver Acuerdo General 75/2008 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se crean seis Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigo e Intervención de las Comunicaciones. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 2008. Acuerdo General 23/2009 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que crea el Juzgado Séptimo Federal Especializado en Cateos, Arraigos e Intervención de las Comunicaciones Privadas.

⁴ Tesis aislada (penal), de la Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 217-228, séptima parte, séptima época, p. 75, amparo directo 1993/86. Fernando

Dicho criterio ha venido evolucionando con las distintas integraciones del máximo tribunal, así como los cambios en la legislación y la notable injerencia que han tenido los derechos humanos en todos los ámbitos de nuestras vidas, pues a pesar de no haber cambiado en la esencia, es visible la evolución que han sufrido los conceptos, ya que al día de hoy, la inviolabilidad de comunicaciones abarca las formas existentes de comunicación y las que son fruto de la innovación tecnológica.⁵

El diverso debate que se vive en el país desde hace varios años es la implementación de la pena de muerte, la cual fue abolida definitivamente del código penal en la reforma de 2005; sin embargo, algunos legisladores han planteado su reincorporación ante la saña con la que actúan algunos delincuentes, así como su grado de peligrosidad, que los convierte en una amenaza constante para la sociedad.

Sin embargo, con la expansión de la defensa de los derechos humanos es más viable pensar en la prevención del delito que en la aplicación de la pena de muerte. En este sentido, la comunidad internacional ha mostrado interés en abolir completamente esta pena; el 18 de diciembre de 2008 la Asamblea General de la ONU adoptó otra resolución relativa a la pena de muerte sobre la aplicación de la Resolución 62/149 de 2007, a través de la cual exhorta a los Estados que han abolido la pena capital a que no la reintroduzcan.

Otro de los conceptos que claramente sufrió un cambio es el de defensa adecuada, que fue concebido en la fracción IX del artículo 20 de la Constitución de 1917, como el derecho de todo inculcado a ser oído en “defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad”,⁶ y que no fue modificado sino hasta 1993, cuando se reconoció —literalmente— como un derecho humano a una “defensa ade-

Karam Valle y otro, 31 de marzo de 1987, cinco votos, ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

⁵ Tesis: 1a./J. 115/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XVII, febrero de 2013, t. 1, de la Primera Sala, p. 431, Jurisprudencia (constitucional). DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN SE EXTIENDE A LOS DATOS ALMACENADOS EN EL TELÉFONO MÓVIL ASEGURADO A UNA PERSONA DETENIDA Y SUJETA A INVESTIGACIÓN POR LA POSIBLE COMISIÓN DE UN DELITO.

⁶ Artículo 20, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf.

cuada por sí, por abogado o persona de su confianza”.⁷ Actualmente, derivado de las reformas constitucionales en materia penal y seguridad pública de junio de 2008, el concepto de “autodefensa” y “persona de confianza” fueron suprimidos, limitando el ejercicio de ese derecho a través de un “abogado”.

En ese mismo sentido, el criterio del máximo tribunal fue evolucionando, previo —inclusive— a los cambios de la Constitución, sirviendo así de inspiración a la función legislativa.

Muestra de ello encontramos que la concepción de una *adecuada defensa* transitó desde la última década del siglo pasado, en la que se consideró como una garantía que permitía a cualquier persona —sin contar con conocimientos especializados—, intervenir como defensor de un inculpado;⁸ hasta el actual criterio, que afirma que ese derecho humano implica que el imputado debe estar asistido jurídicamente por un defensor que tenga el carácter de profesional del derecho, en todas las etapas procedimentales en las que intervenga,⁹ e incluso que los medios de prueba derivados de actos en los que no se actualice dicha

⁷ Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119, y se deroga la fracción XVIII, del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 3 de septiembre de 1993, en http://www.scjn.gob.mx/normativa/analisis_reformas/Analisis%20Reformas/00130022.pdf.

⁸ Como se desprende del criterio aislado que sostuvo el Pleno de la Suprema Corte en 1991, en el que dijo que la garantía de una adecuada defensa se encontraba delimitada por la Constitución (1917), por lo tanto, ninguna legislación secundaria podría limitar la posibilidad que los inculpados fueran asistidos por defensores (entendiéndose como aquellos que ejerzan habitualmente la profesión de licenciados en derecho), pues ello iba en contra de lo dispuesto en el artículo 20, fracción IX, de la Constitución federal, que requería para ejercer esa función, únicamente ser persona de confianza del imputado. Tesis aislada (constitucional, penal) P. LXIV/91, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VIII, diciembre de 1991, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. DEFENSOR EN MATERIA PENAL. EL ARTÍCULO 19 DE LA LEY DEL EJERCICIO PROFESIONAL DEL ESTADO DE OAXACA, VIOLA EL ARTÍCULO 20, FRACCIÓN IX, CONSTITUCIONAL”.

⁹ Jurisprudencia 1a./J. 26/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 18, mayo de 2015, t. I, p. 240, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. LA FORMA DE GARANTIZAR EL EJERCICIO EFICAZ DE ESTE DERECHO HUMANO SE ACTUALIZA CUANDO EL IMPUTADO, EN TODAS LAS ETAPAS PROCEDIMENTALES EN LAS QUE INTERVIENE, CUENTA CON LA ASISTENCIA JURÍDICA DE UN DEFENSOR QUE ES PROFESIONISTA EN DERECHO.

exigencia, deberán ser tildados de ilegales y, por tanto, excluirse como medios de prueba.¹⁰

Abundan a lo anterior, los criterios que igualmente ha sostenido el máximo tribunal, en los que ha llevado el derecho humano de una defensa adecuada a otros ámbitos, como en el caso del reconocimiento a través de la cámara de Gesell, en el que la Primera Sala afirmó que era necesaria la presencia del defensor, al ser un acto en el cual participa físicamente el inculcado, para asegurar que se cumpla puntualmente con los requisitos legales en el desarrollo de tal diligencia.¹¹

Al abordar el derecho a una defensa adecuada, conviene entrar al tema de las personas indígenas, quienes por sus especificidades culturales —constitucionalmente adoptadas y reconocidas por instrumentos internacionales— tienen reconocidos derechos mínimos, que deben observarse en todos los procesos penales en los que intervienen, como aquel que establece la obligación de estar asistidos de intérpretes y defensores que conozcan su lengua y su cultura. En ese sentido, la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha consistido en delimitar los alcances de ese derecho, dejando en claro que el Estado tiene la obligación de contar con los medios necesario para garantizar la presencia de un intérprete o —solo en casos excepcionales— un traductor, que tenga conocimientos no sólo de la lengua, sino también de la cultura, sin que sea necesario que la figura del defensor e intérprete recaigan, necesariamente, en la misma persona.¹²

La evolución también significa crecimiento, y en ese sentido valdría la pena hacer referencia al incremento en el número de defensores indígenas que ha tenido el Instituto Federal de la Defensoría Pública

¹⁰ Jurisprudencia 1a./J. 27/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 18, mayo de 2015, t. I, p. 242, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. LA ILICITUD DE LA DECLARACIÓN RENDIDA POR EL IMPUTADO SIN LA ASISTENCIA TÉCNICO-JURÍDICA DE UN DEFENSOR PROFESIONAL EN DERECHO, NO ADMITE CONVALIDACIÓN.

¹¹ Jurisprudencia 1a./J. 10/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1038, emitida por la Primera Sala; RECONOCIMIENTO DEL INCUPLADO A TRAVÉS DE LA CÁMARA DE GESELL. EN DICHA DILIGENCIA ES NECESARIA LA ASISTENCIA DEL DEFENSOR A EFECTO DE GARANTIZAR EL DERECHO A UNA DEFENSA ADECUADA.

¹² Jurisprudencia 1a./J. 60/2013, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, emitida por la Primera Sala, libro 1, diciembre de 2013, t. I, p. 283; PERSONAS INDÍGENAS. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE SER ASISTIDOS POR INTÉRPRETES Y DEFENSORES QUE TENGAN CONOCIMIENTO DE SU LENGUA Y CULTURA.

—órgano auxiliar del Poder Judicial de la Federación y encargado de la asistencia y protección de los sectores más vulnerables de la sociedad—, que cuenta con veinticinco elementos bilingües, que hablan veintiún lenguas indígenas, como amuzgo, chinanteco, chol, maya, entre otras; mismos que han asumido la defensa, como simple referencia —en 2014— de 2,469 personas indígenas en toda la República.

Asimismo, en el marco de la reforma constitucional en materia penal se incorporaron al sistema jurídico mexicano nuevos derechos para los intervinientes en los procesos penales, como es el caso de las víctimas, que no tenían calidad de parte activa para intervenir en el procedimiento penal, salvo para controvertir lo relacionado con la reparación del daño.

La referida reforma integró al artículo 20 constitucional un apartado C, en el que se reconocen una serie de derechos que permiten a las víctimas de delitos participar activamente en el procedimiento penal, controvertir las determinaciones del Ministerio Público y recibir atención médica y psicológica, entre otros. Ello, aunado al principio de equilibrio procesal, ha permitido que el tribunal supremo lleve a cabo novedosas interpretaciones, que han mejorado el acceso pleno a la justicia, al colocar en un plano de igualdad a la víctima u ofendido y al acusado.

Sin duda, la adopción del sistema de justicia penal de corte acusatorio busca garantizar la igualdad entre los intervinientes, quienes, evidentemente, tienen intereses contrapuestos, lo cual no significa que el sistema jurídico se oriente a un derecho penal de reacción, sino por el contrario, de reparación, tomando como punto de partida que los derechos de las víctimas deben estar dentro de los fines de la justicia penal y de la pena misma.

Garantizar la igualdad procesal entre víctima u ofendido e imputado es difícil, si tomamos en consideración la marcada disparidad de las fuerzas en conflicto. Sin embargo, desde principios del siglo, la labor interpretativa que ha ejercido la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha enfocado en el reconocimiento de derechos a favor de las víctimas, incluso antes de las reformas constitucionales en materia penal y de derechos humanos.

Así, podemos ver que a través de la interpretación de las reformas constitucionales se reconocieron los derechos de las víctimas a recurrir las determinaciones del Ministerio Público, relativas al no ejercicio de la acción penal, desistimiento o archivo de la investigación,

partiendo del hecho que tales determinaciones transgredían derechos humanos de las víctimas, en especial, si con ello se le privaba de la reparación del daño.¹³

En tiempos recientes, los derechos de las víctimas han sido materia de interpretación del tribunal supremo, desde el reconocimiento de la legitimidad que tienen para impugnar la constitucionalidad de los apartados que conforman las sentencias, diversos al de la reparación del daño, hasta el punto de reconocer a su favor la procedencia de la suplencia de la queja deficiente, que se incorporó al texto de la nueva Ley de Amparo, vigente a partir de abril de 2013.

La evolución de los conceptos, o el reconocimiento de nuevos derechos en el sistema jurídico nacional, también tienen como efecto criterios que se habían sostenido durante algunos años, sean abandonados o superados, al incorporarse nuevas premisas a los argumentos que les dieron origen.

Se hace referencia a un caso en particular, en el que se puede evidenciar, de forma contundente, el abandono de criterios interpretativos debido a la incorporación de nuevos elementos, como la progresividad de los derechos humanos y su máxima protección.

Nos referimos al discernimiento sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivado de la contradicción de tesis 16/2000, relativo a la culpabilidad y los elementos que deben tomarse en cuenta para determinar su grado, en el que se sostenía que, de una interpretación de la reforma de 10 de enero de 1994, a los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, se concluía que el juzgador, al determinar el grado de culpabilidad del acusado, debía tomar en cuenta sus antecedentes penales, como una forma de identificar aspectos reveladores de su personalidad, y con ello verificar si la política de prevención del delito, basada en la aplicación de una pena al caso en concreto para evitar la posterior comisión de delitos por parte del sentenciado, era efectiva.¹⁴

¹³ Jurisprudencia 1a./J. 103/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XIV, diciembre de 2001, p. 112, emitida por la Primera Sala de la SCJN; REPARACIÓN DEL DAÑO. EL OFENDIDO O LA VÍCTIMA DE ALGÚN DELITO ESTÁN LEGITIMADOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES QUE AFECTEN ESE DERECHO, ÚNICAMENTE POR LO QUE A ESE ASPECTO SE REFIERE Y SIEMPRE QUE CONTRA ÉSTAS NO PROCEDA MEDIO ORDINARIO ALGUNO DE DEFENSA.

¹⁴ Jurisprudencia 1a./J. 76/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de

Es decir, en ese momento, los integrantes de la referida Sala, consideraron que la intensión del legislador, al modificar los citados artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, era implementar una política criminal basada en la figura del reproche de la culpabilidad; dicha figura reside en el hecho de que la persona está dotada de una facultad de autodeterminación ética, libre y responsable, siendo por lo tanto capaz, tan pronto como haya alcanzado la madurez moral, de ajustar su conducta a lo que dicten las normas.

Lo anterior daba como resultado que los juzgadores, al momento de llevar a cabo la determinación de la culpabilidad, se encontraban comprometidos a analizar la personalidad del inculpado, pues se afirmaba que era uno de los aspectos que indicaba el ámbito de autodeterminación del autor, que a su vez era necesario para conocer por qué había adoptado una resolución de voluntad antijurídica, pudiendo adoptar una diferente.

Este criterio fue abandonado mediante solicitud de modificación 9/2011, en la que la Primera Sala estableció que la determinación de la culpabilidad se decidía en función de lo que el inculpado había hecho y no por lo que se creía que iba a hacer, pues —afirman— el sistema jurídico recoge un derecho penal de acto y no de autor, en el que no se pueden sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, pues se debe limitar a juzgar los actos.

También sostuvieron que los numerales referidos en la tesis abandonada, establecían que los juzgadores debían tener en cuenta las “circunstancias exteriores de ejecución” y “las peculiaridades del procesado”, señalando que las primeras corresponden a la gravedad del ilícito; y las segundas a su edad, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas; por lo tanto, el nuevo criterio concluye que la revelación de la personalidad del autor únicamente se puede considerar en relación con el hecho cometido, ya que la individualización de las penas y medidas de seguridad, con base en el grado de culpabilidad, implican la relación del autor con el ilícito cometido, y, por lo tanto, los antecedentes penales no se pueden incluir en los factores que los juzgadores deben tener en cuenta para determinar el grado de culpa-

la Nación, en el tomo XIV, de octubre de 2001, en la p. 79; CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO, DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10 DE ENERO DE 1994.

bilidad, pues no corresponden a una característica propia del sujeto y no es posible hacer alusión a conductas anteriores al hecho delictivo.¹⁵

Actualmente, la labor del Poder Judicial Federal se ha destacado a raíz de la multicitada reforma constitucional de 2008, que en su transitorio segundo estableció la obligación para la federación y los estados de adoptar, paulatinamente, un sistema procesal penal de corte acusatorio, basado en una normativa de aplicación tanto para la federación como para los estados, misma que fue publicada en marzo de 2014.

Dicha reforma y su consecuente ley adjetiva establecieron fuertes compromisos para el Poder Judicial, que han significado un reto de grandes magnitudes, como son la instalación de Centros de Justicia Penal, integrados por jueces de control, tribunales de enjuiciamiento y, posteriormente, de ejecución de penas.

Lo anterior constituye un gran avance, no sólo para el sistema normativo e interpretativo, sino para la labor que desempeñan los juzgadores de primer grado en los estados de la república donde ya se ha instalado el nuevo sistema de justicia penal. En los que se ha requerido de espacios especializados, como salas de audiencia, accesos diferenciados para el personal, víctimas u ofendidos e imputados, así como áreas de seguridad y resguardo.

La evolución tecnológica, además de las reformas, han obligado al Poder Judicial a actualizar su infraestructura tecnológica, así como la implementación de nuevas tecnologías que ayuden a hacer más eficiente la labor de quienes laboran en los órganos jurisdiccionales que integran el Poder Judicial.

Prueba de ello, el sistema informático empleado por los juzgados especializados en cateos, arraigos e intervenciones telefónicas, que permite la interacción entre las distintas autoridades que participan en los procedimientos de su competencia, ya que todos los pedimentos a esos órganos especializados, así como las pruebas o la información que el solicitante considere necesaria para sustentar su petición, son enviados y recibidos de manera remota, garantizando la seguridad y celeridad de los procedimientos. De esa manera, el Poder Judicial de la Federación ha aprovechado los avances tecnológicos en pro de la seguridad, eficiencia y eficacia de los procedimientos a su cargo.

¹⁵ Jurisprudencia 1a./J. 110/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, libro V, febrero de 2012, t. 1, p. 643; CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO.

Con el sistema de justicia penal acusatorio se busca garantizar un acceso más eficaz y eficiente a la justicia, mediante la oralidad, que pretende agilizar los procesos y eliminar el papeleo, que provocaba retrasos y confusiones. Sin embargo, se trata de un sistema que va comenzando y que, por lo tanto, no es posible aún hablar de resultados, pero que representa una nueva etapa para nuestro país.

Este sistema aún se debe de ajustar, no sólo en cuanto a la punición de los delitos, sino a los sistemas de investigación y defensa, lo cual hará surgir nuevas circunstancias que harán necesario un nuevo ajuste, pues —como se ha comentado— el derecho es una materia viva que debe evolucionar a la par de sus circunstancias.

No obstante, la constante en el derecho penal mexicano, desde el tiempo prehispánico, ha sido que se trata de un sistema en el que se privilegia la punición por encima de la prevención y la readaptación, como sugirió en su momento Beccaria. Es decir, se trata de las penas que deben ser aplicadas a los delitos en vez de pensar, en primer lugar, en cómo evitarlos.

Esta parece ser la siguiente etapa en el modelo de impartición de justicia en México; sin embargo, para lograrlo se necesitan una serie de modificaciones estructurales en el país, no sólo por parte del Estado y del sistema judicial, sino también un cambio en la mentalidad y forma de actuar de los ciudadanos.

Esta transición exigiría, a su vez, una modificación en el paradigma de la impartición de justicia en México, pues depende de cambios sociales, algunos ajenos al derecho, que garanticen una sociedad más justa y preparada, con menos diferencias sociales, lo cual hace vislumbrar que aún estamos lejos como país de poder aplicarla.

El Ministerio Público, ¿garante de la libertad?

*Luis de la Barreda Solórzano**

I. LA FUNCIÓN MÁS DELICADA

LA INSTITUCIÓN del Ministerio Público tiene entre sus funciones una de especial importancia para la vigencia efectiva del Estado de derecho y la preservación de la convivencia civilizada: la persecución de los delitos, es decir, la búsqueda de pruebas, la fundamentación jurídica y el ofrecimiento de argumentos que permitan que el culpable de un delito sea debidamente sancionado por un juez.

Esa función se debe ejercer con calidad profesional, escrupulosidad ética, eficacia, prontitud y equilibrio emocional; así como con apego estricto al principio de legalidad y pleno respeto a los derechos humanos de todos los participantes en el procedimiento penal.

¿Por qué es tan relevante la tarea del órgano de la acusación? ¿Por qué su actuación debe ser impecable? Por una parte, porque los delitos son las conductas antisociales más dañinas, razón por la cual es de exigirse que se castiguen, sobre todo los más graves, en un porcentaje considerable. Por otra parte, porque las punibilidades previstas para los responsables son las más severas de todo el ordenamiento jurídico, por lo que resulta un abuso monstruoso que se acuse sin que se disponga de las pruebas y el fundamento legal que permitan sustentar correctamente la acusación.

Si el Ministerio Público falla en su tarea persecutoria por incapacidad para comprobar el delito cometido o demostrar la responsabilidad penal del acusado, la consecuencia es la impunidad, el triste fracaso de una de las tareas más importantes del Estado, fracaso que descorazona a las víctimas, desdibuja la función preventiva del derecho penal —al

* Coordinador del Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

castigarse a un delincuente se le aparta de la sociedad y se envía a todos el mensaje de que quien delinca sufrirá una pena— y erosiona los fundamentos mismos de la coexistencia pacífica.

Pero, por otro lado, si el Ministerio Público acusa sin razón, es decir, abusivamente, sin que exista el fundamento jurídico o las pruebas que hagan sostenible la acusación, el inculcado sufre un terrible atropello, aun cuando posteriormente el juez lo exima, pues —como hizo ver Francesco Carnelutti— la justicia penal funciona de tal manera que “no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes”.¹ Ese atropello es más grave aún, mucho más grave, en los casos en que el inculcado tiene que enfrentar el procedimiento privado de su libertad.

Para ejercer la acción penal, el Ministerio Público debe contar con los elementos de prueba, que razonablemente permitan aseverar que se ha acreditado la probabilidad de que el inculcado sea responsable del delito y fundamentar su acusación en el supuesto normativo precisamente aplicable.

No es ético ni apegado a derecho que el órgano de la acusación someta a un individuo a un proceso penal como chivo expiatorio para satisfacer al gobernante, a cierta prensa, al conjunto de la opinión pública o un segmento de ella, a determinado grupo de presión, o atendiendo a bajas pasiones.

La persecución de un inocente —aun si al final no es condenado— es mucho peor que dejar el delito sin castigo, porque de todos modos el delito queda también impune, ya que no se castigará al culpable, al verdadero culpable; y al mal de la impunidad se agrega otro, que ameritaría que lloviera fuego contra sus perpetradores: la persecución penal contra quien se sabe que no es culpable.

Siempre será posible, ¡ay!, que se castigue a un inocente, pues ni los acusadores ni los jueces son infalibles. La historia de la práctica forense es abundante en errores judiciales. Pero no es lo mismo el error involuntario que la ruindad carente de escrúpulos. Lo que es una vileza es que se acuse y/o se condene a un inocente a sabiendas de que lo es o por lo menos, de que no hay pruebas que justifiquen la acusación.

¹ Carnelutti, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Buenos Aires, Ejea, 1959, p. 37.

Así que de todas las atribuciones y de todos los poderes que ejerce el Estado, acaso ninguno sea tan delicado como el *ius puniendi*, la potestad de perseguir delitos. Quizá, en ningún otro ámbito de su esfera de facultades sea tan indispensable que se actúe con objetividad, buena fe, empeño y pleno apego a la legalidad, lo que, reitero, supone una estricta observancia de los derechos humanos del ofendido, el denunciante —si éste es distinto al ofendido—, los testigos y el indiciado o inculgado.

Es falso que el respeto a los derechos del indiciado o inculgado obre en detrimento de los derechos de la víctima. No hay una sola razón para que así suceda. La víctima tiene derecho a que el órgano de la acusación ponga todos sus conocimientos, sus recursos y sus afanes en procurar justicia, y el indiciado tiene derecho a que ese órgano no atropelle ninguna de sus garantías.

Enseña Sergio García Ramírez:

No es debido cargar el acento sólo sobre el derecho de uno, el infractor (culpable o inocente), a la justicia penal, y desatender el derecho de otro, el ofendido, a la justicia en general o el que tiene la sociedad o debiera tener plenamente, a la tutela que brinda dicha justicia penal. Tampoco sería plausible obrar a la inversa... desentendiéndose de la suerte que corre el supuesto infractor. Por eso se habla de equilibrio: por la atención a cada interesado, a cada sujeto del drama penal.²

Contar con un Ministerio Público de alta calidad profesional y gran eficacia, respetuoso sin excepción de la ley, con vocación de servicio y amor inquebrantable a la justicia —lo que supone amor a la verdad—, diligente y honesto, es *conditio sine qua non* para un sistema de justicia penal digno y respetable.

II. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SIGLO XIX

Desde las primeras leyes fundamentales de nuestro país, se integró, por la influencia española, a los fiscales dentro de los organismos judiciales. Véanse, al respecto, los siguientes documentos: Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814, Constitución

² García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, p. 222.

Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, las Siete Leyes Constitucionales de 1836 y las Bases Orgánicas de 1843.

La única tentativa de introducir algunos elementos del sistema francés se encuentra en las Bases Constitucionales de 1853, en las que se estableció (artículo 9o. de la sección primera) un procurador General de la Nación, dependiente del Ejecutivo. Este funcionario debía recibir las instrucciones de los diversos ministerios para atender los negocios contenciosos que versaran sobre los intereses nacionales; asimismo, era el encargado de proveer a la buena marcha de la hacienda pública y de prestar asesoría jurídica a los organismos gubernamentales.³

El artículo 91 de la Constitución de 1857 disponía que la Suprema Corte estaría integrada por once ministros propietarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general.

Las funciones del procurador general y del fiscal no estaban estipuladas en la ley fundamental: se precisaron en el Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (29 de julio de 1862).

De conformidad con este reglamento, el fiscal debía ser oído en todas las causas criminales o de responsabilidad, en los negocios relativos a jurisdicción y competencia de los tribunales, y en las consultas sobre dudas respecto de la ley (en este último caso, sólo que él lo pidiera y la Corte no lo estimase inoportuno). Por su parte, el procurador general intervenía ante la Corte en todos los negocios en que tuviera interés la hacienda pública.

La Ley de Jurados para el Distrito y Territorios Federales de 1869 estableció tres promotorías fiscales para los juzgados de lo criminal, que se debían constituir en parte acusadora y promover todo lo conducente al esclarecimiento de los hechos en los procesos penales. Esta ley constituye el modelo que posteriormente siguieron las diversas entidades federativas.

Es en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California de 1880, cuando, en lugar de “promotores fiscales”, se utiliza la expresión “Ministerio Público”.

Define el artículo 28 a esa institución como “...una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta en los casos y por los medios que señalan las leyes”.

³ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, 2a. ed., México, 1964.

En el código aludido y en el distrital de 1894, que lo sustituyó, el Ministerio Público asume, en el proceso, el carácter de parte acusadora, mas sin detentar el monopolio del ejercicio de la acción penal, pues en el proceso intervenían el ofendido o sus causahabientes, estimados como parte civil.

La reforma constitucional del 22 de mayo de 1900 modificó, sustancialmente, los artículos 91 y 96 de la Ley Fundamental, suprimiendo al procurador general y al fiscal como integrantes de la Suprema Corte de Justicia, y estableciendo que “...los funcionarios del Ministerio Público y el procurador General de la República que ha de presidirlo serán nombrados por el Ejecutivo”. A partir de entonces, el Ministerio Público es considerado una dependencia del Poder Ejecutivo, independiente del Poder Judicial, “El Ministerio Público —reza la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1908— es un litigante que ejercita el derecho de petición en nombre de la sociedad y del Estado”.

Esta ley orgánica federal tiene su antecedente en la Ley Orgánica del Ministerio Público en el Distrito y Territorios Federales de 1903, que por vez primera le daba al Ministerio Público una organización jerárquica.

De acuerdo con el artículo 5o., había tres procuradores, jefes del Ministerio Público: uno en el Distrito Federal que también tenía competencia en el partido norte de la Baja California y en el territorio de Quintana Roo; otro, para los partidos del centro y del sur de la Baja California, con residencia en La Paz, y un tercero en el territorio de Tepic, como residencia en la capital del mismo.

III. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL CONGRESO CONSTITUYENTE

El análisis de los artículos 21 y 102 del Proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza al Congreso Constituyente de Querétaro en diciembre de 1916 insiste en: a) la conveniencia del desvinculamiento del Ministerio Público del juzgador, confiriéndole la facultad exclusiva de investigación y persecución de los delitos, así como el mando de la policía judicial, que ya no sólo es una simple función (que incluía a funcionarios administrativos, al Ministerio Público y al juez), sino un cuerpo especial, y b) la facultad del Procurador General de la República de asesorar jurídicamente al Ejecutivo Federal.

Es de sumo interés lo que al respecto escribió Carranza en su exposición de motivos:

...Pero la reforma no se detiene allí, sino que propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante largo tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias.

Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia.

Los jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda desnaturaliza las funciones de la judicatura.

La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley.

La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará este sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes.

Por otra parte, el Ministerio Público, con la Policía Judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más mérito que su criterio particular.

Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige...⁴

⁴ Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución, presentado al Congreso de Querétaro el día primero de diciembre de 1916.

El fragmento transcrito es de una importancia insoslayable. Tanto en los ordenamientos mexicanos anteriores a la Constitución de 1917 como en la organización del Ministerio Público francés, los funcionarios de policía, el Ministerio Público y el juez forman parte de la Policía Judicial. Dentro del sistema jurídico francés, el comisario de policía sigue actuando, aun cuando intervienen el Ministerio Público y el juez. La idea de Carranza es otra: es el Ministerio Público a quien corresponde el ejercicio de la acción penal y la persecución de los delitos, para lo cual se le subordina la policía judicial (función de Ministerio Público y, además, cuerpo especializado).

De esta manera, los jueces se han de avocar, justamente, a su función de juzgadores, recobrando toda su dignidad como tales. Por otra parte, se trata de quitar a los funcionarios administrativos y a la *policía común* (se debe entender: a cualquier policía que no sea la policía judicial, esto es, a la policía preventiva o administrativa) la posibilidad de realizar detenciones fuera de los casos de excepción que señala el artículo 16 de la Constitución.

En los debates destacan las intervenciones de José Natividad Macías, explicando la distinción entre policía preventiva y policía judicial, y de Enrique Colunga, quien subraya que con la *nueva* institución del Ministerio Público queda asegurada la libertad individual. Fue, precisamente, Enrique Colunga quien propuso la redacción finalmente aprobada del artículo 21.⁵

Aun cuando en los debates no se discutió a fondo el problema de la función procesal del Ministerio Público, se aceptaron las ideas delineadas en la exposición de motivos.⁶

Libertad individual asegurada con la institución del Ministerio Público, dijeron Carranza y Colunga. La libertad protegida contra los abusos de autoridad, contra decisiones no justificadas, contra excesos irracionales. Un objetivo grandioso. El Ministerio Público perseguiría los delitos sin incurrir en procedimientos atentatorios y reprobados.

¿Qué ha sucedido con esa misión que los más soñadores imaginaron que cumpliría el Ministerio Público? ¿Quedó asegurada la libertad individual, uno de los bienes más valiosos del ser humano, contra procedimientos atentatorios y reprobados? Es una pregunta que urge responder a 100 años de aquella ilusión.

⁵ *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, t. II, pp. 236 y ss.

⁶ *Idem*.

IV. SIN LÍMITE DE TIEMPO

El artículo 19 constitucional fija a los jueces un plazo, contado a partir de que el detenido es puesto a su disposición, de 72 horas —que puede ampliarse si lo solicita la defensa— para dictar el auto de sujeción a proceso o de libertad por falta de elementos para el proceso penal. Todos los jueces del país han cumplido con este plazo.

Pero la Constitución no establecía inequívocamente cuánto tiempo podía permanecer detenida una persona antes de ser puesta a disposición del juez.

La fracción XVIII del artículo 107 constitucional, en su párrafo tercero, disponía: “...será consignado a la autoridad o agente de ella el que realizada una aprehensión no pusiera al detenido a disposición de su juez dentro de las veinticuatro horas siguientes”.

El párrafo cuarto señalaba una excepción: “Si la detención se verificare fuera del lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y el en que se efectuó la detención”.

Todos coincidían, en los círculos académico y forense, en que, con base en la disposición constitucional transcrita, la detención derivada de una orden de aprehensión no podía prolongarse, con la excepción referida, más de 24 horas sin que el detenido fuera puesto a disposición del juez. No todos estaban de acuerdo, sin embargo, en que ese fuera el plazo si la detención derivaba de situaciones distintas.

Ese desacuerdo posibilitó que un detenido en separos policíacos permaneciera allí, sin ser puesto a disposición de un juez, por días y días, incluso semanas, sin más confín cronológico que el trazado en cada caso por el agente del Ministerio Público o por los agentes policíacos a cargo de la investigación.

La mayoría de los autores sostuvieron que el párrafo tercero de la fracción XVIII del artículo 107 constitucional se refería, en exclusiva, a las detenciones derivadas de órdenes de aprehensión. Los razonamientos no eran uniformes.

Así, por ejemplo, Guillermo Colín Sánchez opinaba que

...la averiguación previa tal parece que no pasó en ningún momento por la mente de los constituyentes, sino más bien es creación de quienes elaboraron los códigos de procedimientos penales... si el término de veinticuatro horas de que hemos venido hablando se observara y dentro del mismo se

llevara a cabo la consignación, ello rompería con la realidad, porque la práctica ha demostrado la imposibilidad de que en ese lapso el Ministerio Público pueda realizar las diligencias características de una averiguación seria y consistente; de lo contrario, se llegaría al extremo de consignar hechos no constitutivos de delitos y a personas ajenas a los mismos.⁷

Por su parte, Rigoberto López Valdivia sustentaba su postura en antecedentes históricos: señalaba que

...el término de veinticuatro horas establecido por el artículo 226 del Código de Procedimientos Penales de 1894 que reformó al de 1880, consignado posteriormente en la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución, no es un término impuesto a las autoridades que tienen que practicar una averiguación previa, sino para aquellas otras cuya función consiste únicamente en aprehender al reo y ponerlo a disposición de las autoridades competentes.⁸

También en la práctica forense de nuestro país prevalecía el punto de vista según el cual no existía un plazo —salvo si se trataba de órdenes de aprehensión— para que el detenido fuera puesto a disposición del juez. En todo el país las detenciones prejudiciales se prolongaban indefinidamente.

A ello contribuyó el silencio de los códigos de procedimientos penales. A veces, el silencio fue roto desacertadamente. El artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales disponía: “Al recibir el Ministerio Público diligencias de Policía Judicial, si hubiere detenidos y la detención fuere justificada, hará inmediatamente la consignación a los tribunales”.

Véase que se trataba al Ministerio Público y a la policía judicial como si fueran dos instituciones distintas, a pesar de que el artículo 21 constitucional ponía a ésta bajo las órdenes de aquel; obsérvese, también, que se le imponía al Ministerio Público la obligación de consignar inmediatamente, pero *después* de que recibía las diligencias de policía judicial para las cuales “no se fijaba plazo alguno”.

⁷ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 3a. ed., México, Porrúa, 1974, p. 237.

⁸ López Valdivia, Rigoberto, *Ampliación del término constitucional de 24 horas*, ponencia presentada en la Primera Conferencia de Procuradores de Justicia, México, 1959.

Una persona podía permanecer detenida, antes de ser consignada ante un juez, indefinidamente: el tiempo necesario a criterio del Ministerio Público o de la policía judicial para integrar la averiguación previa. Estábamos en el reino de la inseguridad jurídica, de la ausencia de reglas claras y precisas.

La incertidumbre sufrida por un detenido respecto del tiempo que había de permanecer en los separos policiacos constituía, sin lugar a dudas, violencia moral —permitida por la ley— cuya intensidad podía llegar a configurar tortura. Imaginemos al detenido, al que no se le toca un cabello, pero se le advierte que no saldrá del separo mientras no firme la declaración que el agente ministerial o policiaco ha redactado. Al transcurrir los días persistiendo la incertidumbre, ¿no será el detenido presa de la zozobra?

Ante lo inaceptable de tal situación, a propuesta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se derogó en 1991 la fracción XVIII del artículo 107 constitucional y se estableció, en el artículo 16 de la ley suprema, el plazo de 48 horas para poner a un detenido a disposición de un juez o dejarlo en libertad, plazo que se podría duplicar en los casos que la ley previera como delincuencia organizada.

Este acotamiento es de la mayor importancia: significa seguridad jurídica. De aquí en adelante, el Ministerio Público estaba obligado a consignar en el lapso señalado —48 o 96 horas según el caso— o dejar en libertad al detenido.

V. PLAZOS

Hasta antes de la reforma de 2008, la Constitución mexicana enumeraba los siguientes supuestos en que una persona podía ser detenida:

- a) Por orden del juez competente, que sólo puede dictarse si obran datos que comprueben que se ha cometido un delito y establezcan la probabilidad de que el indiciado sea autor o partícipe. En este caso la detención la hace la policía de investigación y el indiciado debe ser puesto de inmediato a disposición del juez que dictó la orden.
- b) En flagrancia, esto es, en el momento en que el sujeto está cometiendo el delito o inmediatamente después de que lo ha

cometido. En esta hipótesis cualquier persona puede realizar la detención, y debe entregar al detenido sin demora a la autoridad más cercana, y ésta, igualmente sin tardanza, debe ponerlo a disposición del Ministerio Público.

- c) En casos urgentes, cuando se trate de delito grave y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia, el Ministerio Público está facultado, bajo su responsabilidad, a ordenar la detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder, siempre y cuando no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia.
- d) Tratándose de infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, procede la detención si el infractor es sorprendido en flagrancia, y la sanción máxima es de arresto hasta por 36 horas.

En los supuestos b) y c), el Ministerio Público cuenta, invariablemente, con un plazo de 48 horas para consignar al detenido ante un juez, plazo que se puede duplicar (96 horas) en los casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Si en ese lapso el Ministerio Público no consigue pruebas de que se ha cometido un delito y de la probable responsabilidad del detenido como autor o partícipe, debe dejarlo en libertad.

En ningún caso la detención prejudicial podía prolongarse más de 48 horas, o de 96 si se trataba de delincuencia organizada. Así, quedaba debidamente protegido el derecho de toda persona a no ser detenida injustificadamente ni retenida por un lapso excesivo. Hasta que...

VI. UNA EXCEPCIÓN

Del latín *ad* y *radicare*, “arraigar” significa, en la acepción que aquí interesa —dice el *Diccionario* de la Real Academia Española—, “notificar judicialmente a alguien que no salga de la población, bajo cierta pena”.

En los procesos civiles, el arraigo —medida cautelar cuyo propósito es asegurar el objeto y la buena marcha del proceso— procede, a petición de parte, cuando existe el temor de que se ausente u oculte la persona que vaya a ser o haya sido demandada, a fin de que no aban-

done el lugar del juicio, sin dejar representante o abogado que pueda intervenir en aquél y afrontar sus consecuencias.

En el procedimiento penal lo que interesa, asimismo, es que el inculpado comparezca ante la autoridad investigadora o ante la autoridad judicial y no escape a la acción de la justicia. Tradicionalmente se ha entendido que arraigar a una persona es ordenarle que permanezca dentro de la circunscripción territorial correspondiente al ámbito de competencia de la autoridad que persigue el delito o aquélla ante la que se realiza el proceso. Se entiende que dentro de ese territorio el arraigado es libre de desplazarse a discreción.

En concordancia con esa conceptualización, los códigos de procedimientos penales, federal y del fuero común, contemplaban el arraigo como la prohibición de abandonar el lugar del procedimiento o del proceso. En cambio, el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996 dispuso que el juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público, *en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud*. En el mismo sentido, en 1999 se reformó el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales a efecto de que el juez, a petición del Ministerio Público, pueda “decretar el arraigo domiciliario”.

El arraigo se convirtió entonces, contrariando su contenido semántico, en una privación de libertad, y no era precisamente domiciliario: el arraigado es recluso en el lugar solicitado por el Ministerio Público y no en su domicilio. Esa privación de la libertad procede sin que se esté en presencia de flagrancia ni haya datos que establezcan que existe la probabilidad de que el indiciado sea autor o partícipe de un delito; es decir, los datos que justificarían una orden judicial de aprehensión.

Reformas similares se llevaron a cabo en los diversos códigos procesales de las entidades federativas. Nació en nuestra legislación penal, con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, lo que Sergio García Ramírez llamó *el bebé de Rosemary*, evocando la memorable cinta de Roman Polanski, protagonizada por Mia Farrow, en la que el demonio engendra un hijo.⁹

Esa medida cautelar, aplicable sin que existan pruebas que permitirían al juez dictar una orden de aprehensión, tenía diversos periodos de duración en los distintos códigos, llegando hasta noventa días, lap-

⁹ García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 89.

so más que suficiente para arruinarle la vida al afectado, ¡90 días de privación de la libertad sin que haya pruebas para iniciar un proceso!

VII. LA SUPREMA CORTE BURLADA

En su resolución del 19 de septiembre de 2005, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró anticonstitucional la figura del arraigo con el siguiente razonamiento:

...en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.

Esa importante resolución de nuestro máximo tribunal fue burlada. Para evadir la inconstitucionalidad de la figura del arraigo, el Poder Constituyente Permanente (el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados) la introdujo posteriormente en la Constitución. Al ser incluida en ésta, ya no podía ser inconstitucional.

La reforma de 2008 adicionó el siguiente párrafo al artículo 16 de la ley suprema:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando

exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Además, el artículo decimoprimer transitorio del decreto por el que se publicó la reforma disponía que la medida sería también aplicable, desde la entrada en vigor de la reforma hasta 2016, a los delitos considerados graves en la legislación penal.

Así, el atraco se constitucionalizó. Una persona contra la que no hay las pruebas que justificarían una orden judicial de aprehensión y el inicio de un proceso, es decir, un mero sospechoso, puede estar preso —pues no otra cosa es permanecer coactivamente en un sitio cerrado y designado unilateralmente por la autoridad— hasta por ochenta días, lapso en muchos casos más que suficiente para arruinar la vida profesional, la vida familiar, la vida amorosa y aun la fortaleza espiritual y el buen ánimo de una persona.

VIII. REPROBACIÓN

El arraigo ha sido reprobado por organismos nacionales e internacionales de derechos humanos.

El Comité contra la Tortura de la ONU expresó, el 7 de febrero de 2007, preocupación por “la figura del «arraigo penal» que, según la información recibida, se habría convertido en una forma de detención preventiva con el uso de casas de seguridad (casas de arraigo) custodiadas por policías judiciales y agentes del Ministerio Público, donde se puede detener indiciados durante 30 días —hasta 90 días en algunos estados— mientras se lleva a cabo la investigación para recabar evidencia, incluyendo interrogatorios”, y propuso al Estado mexicano “garantizar que la figura del arraigo desaparezca tanto en la legislación como en la práctica, a nivel federal así como a nivel estatal”.

El Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU consideró, en el informe sobre su visita a México, que “la figura jurídica del arraigo puede llegar a propiciar la práctica de la tortura al generar espacios de poca vigilancia y vulnerabilidad de los arraigados, quienes no tienen ninguna condición jurídica claramente definida para poder ejercer su derecho de defensa”.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU lamentó, el 22 de marzo de 2010, la falta de aclaraciones sobre el nivel de pruebas necesarias para una orden de arraigo y recomendó al Estado mexicano la eliminación de esa figura jurídica.

La relatora especial de la ONU sobre la Independencia de Jueces y Abogados señaló, al concluir su visita a México en octubre de 2010, que la figura del arraigo es resultado del mal funcionamiento del sistema de investigación y procuración de justicia, pues coloca los incentivos en una dirección contraria al fortalecimiento de la capacidad investigativa de la autoridad, y viola el principio de presunción de inocencia.

La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), en su Recomendación 2/2011, consideró que “con la solicitud y otorgamiento de las órdenes de arraigo se prolongan privaciones de la libertad de las personas, sin controlarse la legalidad de la detención, lo cual viola el derecho a la libertad personal consagrado en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano”, y que

...el modelo de la reforma de 2008, al establecer en la Constitución el arraigo, se alejó de la concepción del derecho penal ciudadano y lo aproximó a modelos represivos de restricciones a los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en diversos instrumentos internacionales. A través del arraigo se establece un régimen de excepción.

IX. APLICACIÓN DESMEDIDA

En su origen, el arraigo se pretendió justificar como una medida cautelar que impediría que un sospechoso evadiera la acción de la justicia, dañara al denunciante o a los testigos, o destruyera pruebas. En la legislación se permite su aplicación sólo en esos casos. En los hechos se ha aplicado abusivamente, aun cuando no se presente ninguno de esos supuestos. El Ministerio Público frecuentemente lo ha solicitado sin medida, y ciertos lamentables jueces sumisos han aceptado esas solicitudes sin justificación jurídica.

El arraigo frecuentemente se ha concedido con base solamente en la declaración de un testigo protegido. Esta expresión se emplea para denominar a testigos que no sólo reciben protección de las autoridades

des, sino que son *pagados* por el órgano de la acusación: declarantes que cobran por su declaración. Algunos *pájaros de cuenta*, incluso delincuentes condenados judicialmente, han hecho de la venta de sus imputaciones un *modus vivendi* declarando en numerosas indagatorias exactamente lo que sus pagadores querían escuchar.

Las cifras son elocuentes. En el período de diciembre de 2006 a noviembre de 2012 —el gobierno del presidente Felipe Calderón—, exclusivamente en el fuero federal, la Procuraduría General de la República solicitó 2,337 órdenes de arraigo contra 8,109 personas. Los jueces que resolvieron acerca de esas peticiones fueron, en general, sumamente obsequiosos: otorgaron 2,227 mandatos contra 7,739 indiciados, es decir, el 95% de los solicitados.

¿El uso desmesurado de la figura mejoró la procuración de justicia, al concederse al órgano de la acusación un plazo extremadamente largo para integrar una buena averiguación previa con detenido? No. De las personas arraigadas solamente se consignó ¡al 5%! Contra el 95% restante nunca se consiguieron las pruebas que acreditaran su presunta responsabilidad en el delito o los delitos que se les imputaban. Esas cifras sugieren que la gran mayoría de los jueces no cumplieron con su función de proteger los derechos de los indiciados.

En un país con una cultura sólida de respeto a los derechos humanos, este abuso reiterado habría generado un escándalo. No en el nuestro. Ni la prensa ni los legisladores ni los partidos de oposición ni la Comisión Nacional de los Derechos Humanos parecen incómodos. Por el contrario, la aplicación desmedida del arraigo encuentra condiciones propicias en una opinión pública sobreexcitada por el tema de la inseguridad ciudadana.

En efecto, la opinión pública mayoritariamente prejuzga que la persona detenida por la policía es responsable de un delito, y, por tanto, el arraigo no sería más que un adelanto de la pena que ha de merecer. Los medios de comunicación dan a entender que dejar en libertad a un indiciado, en lo que se concluye la investigación, es dejarlo impune del delito por el cual mediáticamente ya se le ha juzgado. Se trata de un proceso paralelo en el cual al inculpado no se le concede la presunción de inocencia ni ninguno otro de los derechos que le corresponderían en el procedimiento penal. Contra lo que quizá supondría una postura izquierdista, el arraigo no sólo se aplica excesivamente contra indiciados pobres, sino también contra personajes encumbrados, ricos o famosos, con apoyo en el discurso de que nadie está por encima de la ley.

Si al final no se puede condenar al procesado, al menos el arraigo cumple en el imaginario social la función de hacer creer que algo se hizo contra la impunidad. La presunción de inocencia no es un principio que esté firmemente arraigado en la conciencia de la gran mayoría de los ciudadanos.

X. RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES

Ocho años después de su propia resolución, que declaró inconstitucional el arraigo, y cinco después de la reforma que lo constitucionalizó, la Suprema Corte tuvo la ocasión de expulsar esa figura cautelar de nuestro universo jurídico.

Otra reforma a la Constitución, la de 2011, modificó el artículo 1o., cuyo segundo párrafo quedó en los siguientes términos: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

La disposición no establece, en materia de derechos humanos, jerarquía alguna entre la Constitución y los tratados internacionales: es aplicable la norma que, independientemente de que forme parte de aquella o de éstos, tutele más ampliamente tales derechos.

Lo que el texto citado ha introducido en la Constitución es el principio que la doctrina denomina *pro homine* o *pro persona*, en virtud del cual queda superada la antigua polémica sobre jerarquía normativa. Prevalece la norma que brinde mayor protección a los individuos.

Con base en dicho principio, los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen jerarquía supraconstitucional cuando sus normas son más benéficas para la persona, pero la Constitución tiene una jerarquía superior a la de los tratados, cuando la disposición constitucional le otorga mayor protección al individuo.

Sin embargo, en sesión del 3 de septiembre de 2013, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por diez votos contra uno, que los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales pueden restringirse si así lo establece una disposición constitucional.¹⁰

¹⁰ Contradicción de tesis 293/2011.

La resolución de la Suprema Corte supone la inaplicación del principio *pro homine* siempre que un texto constitucional restrinja los derechos consagrados en los tratados internacionales, no obstante la redacción inequívoca, aunque peculiar, del párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución y el mandato del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual “los Estados Partes no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Como lo expresó el ministro José Ramón Cossío, al argumentar su voto en contra, con la resolución de la Suprema Corte —garante de los derechos humanos— van a prevalecer las restricciones que la Constitución imponga a los derechos convencionales —los contenidos en convenciones o tratados—, con lo cual el principio *pro persona* ya no jugará como un equilibrador o como un universalizador.

No obstante, los juristas Alejandra Medina Mora, Pedro Salazar y Daniel Vázquez defienden que

...la tarea de la justicia como intérprete de las restricciones constitucionales a los derechos no puede quedar zanjada con una regla general... En realidad, los jueces deberán seguir haciendo interpretaciones y adoptando decisiones abandonando la lógica de las jerarquías y dotando de sentido y contenido al principio *pro persona*.¹¹

Año y medio después, en sesión del 14 de abril de 2015, la Suprema Corte de Justicia avaló —aunque por mayoría de un solo voto, seis contra cinco— la figura del arraigo, que establece en un texto constitucional una severa restricción a la libertad al permitir que una persona permanezca detenida por un lapso considerable sin las pruebas que permitirían abrirle un proceso.

El fallo es congruente con la resolución del 3 de septiembre de 2013, pero viola lo ordenado en el párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución y el mandato del artículo 27 de la citada Convención de Viena. Todos los ministros reconocieron, a pesar del aval, que el arraigo es cuestionable. Tan cuestionable que no se le pudo defender con una sola razón jurídica. Los argumentos fueron, sin excepción, meta-jurídicos.

¹¹ Medina Mora, Alejandra *et al.*, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015, p. 131.

De los argumentos expuestos para defender el arraigo, dos me llaman particularmente la atención. Uno de ellos es curioso. La Corte —dijeron reiteradamente varios ministros en la sesión— tenía que “darle una deferencia al poder constituyente de manera indefectible”. Deferencia significa —dice el *Diccionario* de la Real Academia Española— “adhesión al dictamen o proceder ajeno, por respeto o por excesiva moderación; muestra de respeto o de cortesía, o conducta condescendiente”. Es decir, por cortesía, condescendencia o excesiva moderación, la Corte (los seis ministros que suscribieron el fallo mayoritario) admite que una figura indefendible prevalezca sobre los derechos humanos.

Con la misma deferencia también por el constituyente permanente, nuestro máximo tribunal pudo optar por aplicar en ambas resoluciones, la del 3 de septiembre de 2013 y la del 14 de abril de este año, el segundo párrafo del artículo 1o. reformado de la Constitución, que consagra el principio *pro homine*, y que igualmente es de la autoría de ese poder. De esa manera, además de la deferencia por el constituyente permanente, el alto tribunal asimismo la hubiera tenido con la supremacía jerárquica de los derechos humanos y con todas las víctimas —pasadas, presentes y futuras— de la aplicación del arraigo.

El otro argumento fue que el arraigo tiene entre sus finalidades la de hacer efectivos los derechos de las víctimas. Con esa lógica, cualquier abuso contra un indiciado —la detención indebida, la cancelación del derecho a la defensa, la tortura— estaría justificado: todos esos atropellos favorecerían un fallo condenatorio. Volveríamos a la Inquisición.

Pero ¿eso hace efectivos los derechos de las víctimas? Por supuesto que no. Lo que las víctimas quieren, además de que se les brinde una atención profesional y se les repare el daño, es que los culpables de los delitos sean castigados, y eso no se logra restringiendo o suprimiendo derechos a éstos, sino con una investigación escrupulosa y eficaz por parte del Ministerio Público. Por lo demás, hay que decir que el arraigo no ha aumentado la eficacia de dicho órgano de la acusación. De los miles y miles de arraigos que se han aplicado, en 97% de los casos no se han obtenido pruebas para iniciar un proceso penal contra los indiciados.

Burlada su resolución que declaró inconstitucional el arraigo, la propia Suprema Corte optó por dejar intocada esa medida cautelar y blindarla contra las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos. Una decisión lamentable.

XI. UN NUEVO ARRAIGO, *AD INFINITUM*

La expedición de un código nacional de procedimientos penales —fundamento para el establecimiento en todo el país del sistema penal acusatorio ordenado en la reforma constitucional de 2008— generó grandes esperanzas. Se cuenta ahora, por primera vez, con un ordenamiento que pondrá fin a la dispersión legislativa en la materia, estableciendo el enjuiciamiento penal acusatorio en todo el país, tanto en el fuero federal como en el fuero común, dentro del plazo concedido en la reforma constitucional, que vence en junio de 2016.

El nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial* el 5 de marzo de 2014 —que entrará en vigor gradualmente—, contiene disposiciones plausibles, pero también normas contrarias a los principios democráticos y de derechos humanos de un enjuiciamiento penal. Una de esas normas es la más inadmisibles.

El arraigo —la medida cautelar más abusiva porque, contrariando los más elementales principios de la justicia y los derechos humanos, como aquí ha quedado apuntado, permite que se detenga por largo tiempo a una persona sin pruebas de que probablemente haya cometido un delito— no se menciona en el articulado del código, pero al disponerse que no quedan derogadas las normas de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, esa figura seguiría vigente en apariencia sólo para los delitos previstos en dicha ley.

Sin embargo, una disposición del código instaaura, sin atreverse a decir su nombre, un arraigo mucho más abusivo.

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares

A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

...

VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a (*sic*) institución determinada;

...

Esta medida cautelar no se limita a cierta clase de delitos —graves, federales, de delincuencia organizada—, por lo que podrá ser aplicada a todo imputado, independientemente del delito de que se trate. Por otra parte, su duración no ha quedado señalada, por lo que dependerá exclusivamente del arbitrio del juez.

En consecuencia, esta medida resulta peor que el anterior arraigo, porque se puede aplicar sin que importe la clase del delito imputado y no tiene plazo de duración, por lo que se puede prolongar indefinidamente durante todo el procedimiento. En cambio, el arraigo previsto en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que es el que permite el artículo 16 constitucional, se aplica solamente a los delitos llamados de delincuencia organizada enlistados en las siete fracciones del artículo 2o. de dicha ley, y tiene un plazo máximo de duración de ochenta días (artículo 12).

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra otras disposiciones del nuevo código, pero extrañamente no contra esta nueva medida cautelar.

Es inadmisibles que dicha medida anticonstitucional y desmesurada permanezca en el código, y que se pueda aplicar en los nuevos procedimientos acusatorios a los que contaminaría gravemente por ser una flagrante contradicción al enjuiciamiento penal auténticamente acusatorio propio de un sistema democrático y respetuoso de los derechos humanos.

El arraigo se tiene que eliminar de la legislación penal mexicana, pero es particularmente urgente que el Congreso de la Unión derogue este nuevo arraigo *ad infinitum* y sin restricciones del Código Nacional de Procedimientos Penales. Así lo solicitó el Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México (PUDH-UNAM) al Congreso de la Unión en mayo de 2014. No se ha recibido respuesta alguna.

XII. TELÓN

La conclusión es triste: nuestro Ministerio Público, además de que ha sido sumamente ineficaz en la persecución de los delitos, lejos de ser garante de la libertad como esperaban y anhelaban los constituyentes de Querétaro, ha incurrido contra ella en los procedimientos atentatorios y reprobados que éstos creyeron desterrados.

La defensoría pública

*César Esquinca Muñoa**

Es UN honor participar en estas Décimo Sextas Jornadas sobre Justicia Penal, conmemorativas del Septuagésimo Quinto Aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, ambas a la vanguardia en las áreas de su competencia.

Me corresponde disertar respecto a un antiguo tema, la defensoría pública, ahora más vigente que nunca con motivo de la implantación del nuevo proceso penal acusatorio, que tantas expectativas ha generado, quizá más de lo razonable.

I. ANTECEDENTES

Antiguo tema, porque en nuestra patria se remonta al año de 1847, cuando el Congreso de San Luis Potosí aprobó la “Ley de Procuradurías de Pobres”, proyecto visionario de Ponciano Arriaga Leija, ilustre liberal mexicano, que al establecer el derecho de defensa para personas desvalidas respecto de cualquier exceso, agravio o vejación de los órdenes judicial, político o militar, rebasó el ámbito judicial, y le dio dimensiones de protección y denuncia públicas.

La semilla sembrada en esa ley local fructificó diez años después en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, que en su artículo 20 estableció, en cinco fracciones, las garantías del acusado, y en la última, de manera preponderante, la de ser oído por sí, por persona de su confianza o por ambos según su voluntad, determinando en forma explícita que: “En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que o los que le convengan”. Desde entonces, el derecho a la defensa en general y a la defensa pública en particular, quedó plasmado como una

* Doctor en derecho por la UNAM. Trayectoria de más de 40 años en el Poder Judicial de la Federación.

garantía constitucional en nuestro país, un derecho humano a partir de la reforma al artículo 1o. de la norma suprema.

Surge, simultáneamente, la figura de quien proporciona ese servicio público, el denominado “defensor de oficio”, de gran contenido social, que por el abandono absoluto en que se le tuvo por largas décadas, y en el que aún se le sigue teniendo en no pocas entidades federativas, se fue deteriorando hasta identificársele como un defensor indolente, mal preparado, que poco o nada hacía en beneficio de sus defendidos.

Siguiendo la ruta trazada, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en el texto originario del artículo 20, estableció en diez fracciones las garantías del acusado en todo juicio de orden criminal, especificando en la fracción número IX que

Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que, o los que le convenzan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio...

En esencia, el contenido del artículo 20 de ambos códigos políticos es el mismo, en lo que atañe al tema de la defensa pública, como se desprende de su simple lectura.

II. EVOLUCIÓN

Ahora bien, el texto primigenio del artículo 20 de la Constitución de 1917 se ha reformado, sucesivamente, en los años de 1948, 1984, 1993, 1996, 2000, 2008 y 2011, reformas que inciden en diversas de sus fracciones.

De particular importancia para la defensa fue la de septiembre de 1993, que en la parte inicial del artículo aludió al inculcado como destinatario de las garantías que contempla, y en la fracción IX extendió el derecho de defensa a la fase procedimental de la averiguación previa, lo que permitió a la defensoría pública irrumpir, en lo que hasta entonces era coto privado del Ministerio Público, con todas las consecuencias negativas imaginables para el inculcado. Además, en esta fracción introdujo el concepto “defensa adecuada”, que fue punto

de partida para la superación del servicio de defensoría pública en el ámbito federal.

Importante también la reforma del 21 de septiembre de 2000, que dividió el contenido del artículo en dos apartados: el A) que se refiere a las garantías del inculpado, y el B) que alude a las de la víctima o del ofendido, estableciendo así un sistema de equilibrio en el que ambas partes del drama penal —inculpado y víctima u ofendido— tienen salvaguardados sus derechos fundamentales.

A virtud de estas reformas —1993 y 2000—, el texto constitucional quedó referido a una defensa adecuada, que califica tanto la idoneidad de la persona que la proporciona como la efectividad de su actuación, derecho del inculpado desde la fase de averiguación previa ante el Ministerio Público, hasta la ejecución misma de las penas.

Sin perjuicio de lo anterior, la reforma de mayor trascendencia es la del 18 de junio de 2008, que estableció en los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123, los principios básicos del que será el nuevo proceso penal mexicano, con características de acusatorio, adversarial, contradictorio y oral.

En lo específico, el artículo 20 quedó dividido en tres apartados: el A) que establece en diez fracciones los principios generales; el B) que consagra en nueve fracciones los derechos de toda persona imputada, entre ellos el de declarar o guardar silencio, careciendo de todo valor probatorio la confesión rendida sin la asistencia del defensor; a que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso; a acceder tanto él como su defensor a los registros de la investigación, y a una defensa adecuada por abogado que elegirá libremente desde el momento de su detención, designándole el juez un defensor público si no quiere o no puede nombrar un abogado después de haber sido requerido para hacerlo, y el C) que especifica en siete fracciones los derechos de la víctima o del ofendido.

Desde el punto de vista de la defensa, constituye un avance que la fracción VIII del apartado B), conservando el concepto de defensa adecuada, establezca que ese derecho lo ejercerá el imputado por abogado elegido libremente, desde el momento de su detención, suprimiendo así la posibilidad de que sea defendido por “persona de confianza”, figura que tiene una justificación histórica, pero que en los últimos tiempos lo único que generaba eran abusos e indefensión, particularmente en la averiguación previa, ya que en un proceso penal, cada vez más técnico, poco o nada puede defender quien no sea perito en derecho, e

inclusive experto en materia penal. Se suprime también la posibilidad de defenderse por sí mismo, supresión que se debe entender operante en aquellos casos en que no cuente con asesoramiento profesional, ya que si éste existe sería ilógico privar al imputado de la posibilidad de actuar dentro de su causa.

En esta misma fracción quedó establecido que si el imputado no puede o no quiere nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público, dejando a un lado la figura del “defensor de oficio” que a través de los años se fue desgastando, hasta perder credibilidad por la falta de apoyo, y adoptando la del “defensor público”, que introdujo la Ley Federal de Defensoría Pública de 1998.

Destacable también que por primera vez la defensa pública, como institución, sea motivo de atención en la norma constitucional, al establecer en el sexto párrafo del artículo 17 que

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

Esto es así porque tanto la Constitución de 1857 como la de 1917 se refirieron al defensor de oficio que se debía designar al inculcado cuando no quería o no podía nombrar defensor particular, pero nada establecieron en cuanto a la institución responsable de proporcionar el servicio.

Sin embargo, aun cuando trascendente, la reforma no colma el vacío debido a que omitió determinar los principios básicos que permitan modernizar de manera homogénea el marco normativo de la institución —sobre todo en el fuero local—, investirla de independencia operativa y dotarla de recursos humanos y materiales que garanticen su adecuado funcionamiento.

Por otra parte, la homologación de las percepciones de los defensores a las de los agentes del ministerio público no fue una decisión acertada en atención a que en el fuero federal los defensores públicos perciben mayores emolumentos que dichos agentes, y en el fuero local la constante es que los mismos no tengan percepciones importantes, y esa será la suerte de los defensores.

III. REGLAMENTACIÓN

Para que los principios consagrados en la norma suprema tengan plena vigencia y eficacia transformadora, es necesaria su regulación en las leyes secundarias.

En el tema que nos ocupa, debido al doble sistema competencial de nuestro sistema jurídico-político, la defensoría pública está regulada en una ley federal expedida por el Congreso de la Unión y en leyes locales expedidas por los Congresos de cada una de las entidades federativas integrantes del pacto federal.

1. *Fuero federal*

La primera ley reglamentaria de las disposiciones de la Constitución de 1917 fue la Ley de la Defensoría de Oficio en el Fuero Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de febrero de 1922, que dio lugar al Reglamento de la Defensoría de Oficio en el Fuero Federal, aprobado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión celebrada el 18 de octubre de ese año.

Conforme a las disposiciones elementales de esa ley, la defensoría se componía de un jefe de defensores y de los defensores que fueran necesarios a juicio de la Suprema Corte, que también era la facultada para nombrarlos y removerlos. El jefe de defensores rendía protesta ante la propia Corte, los defensores adscritos a la Ciudad de México ante aquél, y los foráneos ante los magistrados o jueces de los órganos jurisdiccionales a que estuvieran adscritos. Para ser jefe de defensores y defensor de oficio se requería, entre otros requisitos, ser abogado con título profesional, requisito dispensable en los estados y territorios cuando no hubiera profesionistas que aceptaran desempeñar el cargo de defensor de oficio. En cuanto al reglamento, se ocupó en especial de precisar las atribuciones del jefe del cuerpo de defensores, sus obligaciones y la organización de la oficina.

Con la finalidad de mejorar el servicio, por acuerdo general del 15 de agosto de 1989, el Pleno de la Suprema Corte lo reestructuró, creando la Dirección General de la Defensoría de Oficio con un titular, tres direcciones de área —de operación, de supervisión y de administración— en la estructura central, y cuatro en el interior del país conce-

bidas como delegaciones regionales con sede en Guadalajara, Monterrey, Hermosillo y Tuxtla Gutiérrez.

En diciembre de 1994 se inicia una profunda reforma judicial, que derivó en una Suprema Corte de Justicia de la Nación con características de tribunal constitucional, en la creación del Consejo de la Judicatura Federal y en el reconocimiento de la carrera judicial en la norma suprema.

Consecuencia de esa reforma, el Congreso de la Unión expidió la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, publicada en el *Diario Oficial* el 26 de mayo de 1995, que en su artículo 88 previno que para su adecuado funcionamiento el Consejo contaría, entre otros órganos auxiliares, con la Unidad de Defensoría del Fuero Federal, regulada en los numerales 89 a 91, sin cambios substanciales a lo ya previsto.

La transformación del sistema de defensa pública federal inicia con la Ley Federal de Defensoría Pública del 28 de mayo de 1998, integrada con treinta y nueve artículos divididos en dos títulos constantes de cuatro y siete capítulos, respectivamente.

En lo esencial, esta ley creó el Instituto Federal de Defensoría Pública, como órgano del Poder Judicial de la Federación para la prestación de los servicios de defensoría pública, gozando de independencia técnica y operativa; reguló el servicio en asuntos del fuero federal, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en asuntos de orden no penal; especificó los principios de gratuidad, probidad, honradez, profesionalismo y obligatoriedad que rigen la prestación del servicio en ambas vertientes; delineó las figuras del defensor público y del asesor jurídico, responsables de proporcionarlos, así como los requisitos para ingresar y permanecer en esos cargos; instituyó el servicio civil de carrera para defensores públicos y asesores jurídicos, que comprende la selección, ingreso, adscripción, permanencia, promoción, capacitación, prestaciones, estímulos y sanciones; estableció reglas para la actuación de los defensores públicos en las diversas fases procedimentales; especificó a los destinatarios de los servicios de asesoría jurídica; estructuró al Instituto con una junta directiva, un director general, las unidades administrativas y el personal técnico que se determine en el presupuesto; instituyó el Plan de Capacitación y Estímulos; y fijó las responsabilidades específicas de defensores y asesores.

El marco normativo se complementó con las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, aprobadas por la junta directiva y publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de noviembre de 1998, que a través de nueve títulos desarrollan los principios de la ley.

Este marco normativo permitió construir una defensoría pública federal eficiente, dignificada en sus espacios y con un adecuado equipamiento informático; enriquecida con la selección de los defensores y asesores a través de concursos abiertos de oposición, sujetos a supervisión y evaluación permanentes, dignamente remunerados y destinatarios de estímulos importantes; fortalecida con un servicio civil de carrera en el que todos los cargos se someten a rigurosos procedimientos de selección, y la capacitación tiene un lugar preponderante.

2. Fuero común

Según lo antes expuesto, las defensorías públicas del fuero común están reguladas por normas expedidas por los Congresos de cada una de las entidades federativas integrantes del Pacto Federal, cuyo análisis no es posible realizar por las limitaciones de tiempo de esta intervención.

Tan sólo apunto que existen notorias diferencias entre ellas, que guardan relación con el marco normativo, su ubicación en la estructura jurídica estatal, las materias en que proporcionan el servicio, la denominación y profesionalización de quienes lo hacen, los sueldos percibidos, las cargas de trabajo y los recursos materiales y humanos.

A título de ejemplo en algunos de esos rubros, hago notar que conforme a los resultados de la investigación realizada hasta 2006, resaltan estas diferencias:

En cuanto al marco normativo, sólo en doce estados sus Constituciones contenían disposiciones referentes a la defensoría pública, algunas amplias y otras escuetas; en diez estados y en el Distrito Federal estaban reguladas en leyes y reglamentos; en dieciséis sólo en leyes, y en cinco únicamente en reglamentos.

Respecto a su ubicación, en veintiséis estados y en el Distrito Federal estaban vinculadas a los poderes ejecutivos locales, y en cinco a los poderes judiciales respectivos, vía Tribunales Superiores de Justicia o Consejos de la Judicatura.

Referente a percepciones de los defensores, en catorce estados el sueldo mensual neto fluctuaba entre \$3,502.00 y \$8,400.00; en dieciséis y el Distrito Federal, entre \$10,000.00 y \$14,100.00; en dos estados entre \$15,500.00 y \$20,000.00; y, únicamente en un estado, entre \$26,568.00 y \$31,892.31. Como se puede observar, las diferencias de sueldo eran, en ese entonces, abismales, pues iban de \$3,502.00 en la escala inferior a \$31,892.31 en la superior.

Aun cuando de aquella a esta fecha han ocurrido cambios favorables en algunas de esas defensorías, la constante sigue siendo el abandono y la falta de recursos materiales y humanos en la mayoría de ellas.

IV. REALIDADES

Al inicio de esta disertación, hice referencia a la Ley de Procuradurías de Pobres, y es necesario conocer, así sea sólo en breves párrafos, el discurso con el que Ponciano Arriaga presentó su propuesta al Congreso del Estado de San Luis Potosí:

Hay en medio de nuestra sociedad una clase desvalida, menesterosa, pobre y abandonada a sí misma. Esta clase está en las entrañas de nuestra sociedad, es la clase más numerosa, es nuestro pueblo, es nuestra sociedad misma: se compone de todos aquellos infelices, que no habiendo tenido la suerte de heredar un patrimonio ni la fortuna de adquirir educación, se encuentran sumergidos en la ignorancia y en la miseria, se ven desnudos y hambrientos, por todas partes vejados, en todas partes oprimidos. Sobre esta clase recae por lo común no solamente el peso y el rigor de las leyes, sino también, y esto es más terrible, la arbitrariedad e injusticia de muchas autoridades, y de muchos de los agentes públicos...

Y sin embargo, un hombre infeliz de entre ese pueblo comete un delito, porque quizá es necesario que lo cometa, y entonces desde el soldado o esbirro que lo prende y maltrata, el alcalde que le encierra y le oprime, el curial que le estafa y sacrifica, el juez que le desoye y le tiraniza hasta el presidio y el patíbulo, hay una espantosa y horrible cadena de sufrimientos que no le duelen, que no compadecen y lastiman sino al que los apura. ¿En qué consiste que nuestras cárceles, nuestras penas y ni nuestras injusticias alcanzan sino a cierta clase de personas? ¿Es acaso porque las que no son pobres se hallan destituidas de pasiones? ¿Es por ventura porque sus pasiones están modificadas y dibujadas por la educación?...

Analiza don Ponciano las causas de esa situación, describe las terribles desigualdades sociales, la falta de oportunidades para los pobres, su indefensión ante maltratos, abusos e injusticias; cuestiona si el infeliz encerrado en una cárcel es en realidad un delincuente, si se le ha hecho justicia, si se le ha juzgado conforme a las leyes, si se le ha aplicado una pena proporcionada a sus delitos, y expresa con vehemencia:

¿Qué hace, pues, el hombre miserable cuando es víctima de esos abusos? Calla y sufre, devora en silencio su desdicha, apura hasta las heces la amarguísima copa de la desventura. ¿Buscará un abogado que lo defienda y patrocine? Pero hay buitres togados que se alimentan con la plata, animales insensibles en cuyas entrañas no resuena la voz dolorida de un hombre pobre. ¿Buscará un agente solícito y honrado, desinteresado y pundonoroso que reclame sus derechos? Pero, hallará más bien un rábula ignorante y ratero que le estafe y sacrifique. ¿Irá por sí ante la presencia de un juez imparcial y recto, manso y justiciero? Los oídos de algunos jueces sólo pueden ser heridos por un sonido... el metálico. ¿A dónde, pues, acudiré el desvalido? ¿Qué hará el pobre en medio de su desgracia?...

Hasta aquí la cita de los conceptos del ilustre liberal, que 168 años después, siguen teniendo vigencia. Así lo demuestran: la situación de nuestros indígenas, con frecuencia discriminados, que en muchos casos no saben ni por qué están procesados; de los campesinos y de los habitantes de las zonas urbanas marginadas, sin presente y sin futuro; de los migrantes, no sólo extorsionados y maltratados, sino incluso reclutados de manera forzada por el crimen organizado; de los desaparecidos y de los torturados.

Y a pesar de que la única institución a la que pueden acudir los desvalidos, los marginados sociales, los pobres que son la gran mayoría de nuestra sociedad, es precisamente la defensoría pública, paradójicamente ha sido la gran olvidada en la implantación del nuevo proceso penal acusatorio. Se habla de la policía, de la fiscalía, de jueces y magistrados, del sistema penitenciario y de la reinserción social del sentenciado, pero poco o nada se dice de la defensoría pública, con excepción de las limitadas referencias del texto constitucional, omisión en extremo preocupante si se toma en cuenta que tanto en el fuero federal como en el común, aproximadamente el 80% de las causas penales son atendidas por los defensores públicos.

Para responder al reto es necesario contar con instituciones reguladas homogéneamente en leyes modernas; con una sólida estructura

administrativa y suficientes recursos humanos y materiales; con independencia técnica y operativa, que les permita diseñar políticas y estrategias acordes a las necesidades del servicio, sin intervención de ninguna autoridad; con un presupuesto suficiente para remunerar dignamente a los defensores, y poder exigirles tiempo completo y entrega total al servicio; con plena autonomía frente al ministerio público y a los órganos jurisdiccionales; con un servicio civil de carrera que regule el acceso a través de concursos transparentes e imparciales, dé seguridad en el trabajo, y permita el ascenso sin más condicionantes que la eficiencia, honradez y lealtad institucional; con programas permanentes de capacitación y actualización; con sistemas disciplinarios y de estímulos justos y objetivos; con servicios periciales que equilibren la defensa con la acusación.

Como en el fondo de estos requerimientos encontramos siempre la carencia de recursos económicos, me permito reproducir las palabras dirigidas por Justo Sierra a José Ives Limantour, a propósito del tema presupuestal vinculado con la justicia: “Señor ministro: quienes —como usted— piensen que la justicia es tan sólo un ramo más del presupuesto, muy pronto serán barridos por la historia”.

Concluyo recordando que en abril de 2008, al intervenir en las IX Jornadas sobre Justicia Penal, expuse:

No olvidemos, que en el nuevo modelo de proceso penal contradictorio, adversarial y oral, al defensor público corresponderá desempeñar un papel fundamental. Si no se pone atención y destinan recursos financieros suficientes a las instituciones responsables de la prestación del servicio, el equilibrio procesal buscado será ilusorio y la reforma fracasará.

A más de siete años de distancia, con el marco constitucional y legal definidos y estando en vías de implantarse el llamado nuevo proceso penal acusatorio en todo el territorio nacional, reitero una a una esas palabras y el augurio que contienen.

Policía en México. 75 años de su implementación

Alejandro Porte Petit González*

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

LA POLICÍA es un producto social; es un componente de un proyecto de sociedad que está determinado por circunstancias históricas concretas.¹ Algunas de esas circunstancias han sido verdaderas necesidades y exigencias, como las que señalaremos más adelante; otras únicamente han servido para atender la voluntad de algunos en el poder. La policía es la institución encargada de la seguridad pública, por lo que debe contar con legitimidad material (producto de sus acciones, lo que se refleja en los resultados, la eficacia y la confianza ciudadana) y formal (fundamento constitucional y legal).

De ese modo, para Luis Manuel Rosas Moreno, la policía es

...la legítima facultad o atribución de la administración pública destinada a controlar con actividades normativas, represivas o materiales, el ejercicio de la libertad individual proyectándola a fines de utilidad pública y garantizar, aun coercitivamente, la observancia por parte de cualquier componente de la sociedad, de orden político-social establecido en las leyes y reglamentos, todo en consecución del bien común y la solidaridad nacional.²

El ejercicio del servicio público de seguridad pública resulta ineficiente si no se cuenta con la participación efectiva de la sociedad, en

* Licenciado en derecho por la Universidad Marista; maestro en derecho penal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

¹ Portillo Vargas, Ernesto López, “La policía en México: función política y reforma”, *Inseguridad pública y gobernabilidad democrática: Retos para México y Estados Unidos*, México, Smith Richardson Foundation, 2000, p. 4, <http://pdba.georgetown.edu/Security/citisensecurity/mexico/evaluaciones.pdf>

² Rosas Moreno, Luis Manuel, *Las Actividades de la Policía del Estado en materia Federal del Trabajo*, Tesis de la Licenciatura, México, UNAM, 1963, p. 87.

acciones que van desde la educación de los niños y niñas, la atención a los adolescentes, la cultura de la legalidad y de la denuncia, el seguimiento y evaluación de políticas públicas y hasta programas que se adopten en materia de seguridad pública.

El *Diccionario jurídico mexicano* refiere a la policía como “los cuerpos de seguridad pública encargados de la prevención e investigación de los delitos y faltas, en auxilio del Ministerio Público y de los tribunales”.³ La seguridad pública es la tarea más importante a desempeñar en un Estado constitucional democrático y de derecho, por ello se deben generar las condiciones para que un individuo desempeñe sus actividades y se desarrolle integralmente. En un Estado de esta naturaleza, la policía es el único organismo que se encuentra facultado para reprimir coactivamente las conductas de los ciudadanos mediante la aplicación inmediata de la ley, y si fuera necesario, de la fuerza pública.

Para entender mejor la institución de la “policía” debemos remontarnos muchos años atrás, a la época prehispánica. La sociedad siempre ha buscado la protección de sus integrantes, por lo que designó a los individuos más aptos en esa labor, tan compleja y de gran responsabilidad. Fueron hombres los responsables de proteger a la comunidad en un primer momento, y se les facultó para usar la fuerza como medio para mantener el orden.

El desarrollo de la policía se da de acuerdo a las circunstancias de cada lugar. Dos modelos han influido de manera predominante en el mundo occidental: el francés, que se basó en un sistema centralizado y autoritario, y el inglés, que se caracterizó por ser una policía del consenso comunitario.

En México, durante la dominación española, se impuso el modelo de policía francés. La época del virreinato confirió a los policías las siguientes actividades: la corrección y castigo de los ociosos y malentrenidos; reparación de puentes y caminos públicos; señalamiento y vigilancia de caminos públicos; garantizar el libre comercio; auxiliar a las autoridades en los procedimientos contra los delincuentes, así como el cuidado del ornato y la limpieza de los pueblos.

Ello explica que el término “policía” surgiera históricamente como un agente municipal encargado de la vigilancia y el cumplimiento de la ley; no eran empleados del gobierno, sino vecinos de reconocida

³ *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 2454.

probidad designados por el ayuntamiento. Su desempeño como policías inclusive constituyó una obligación impuesta por la Constitución de Cádiz de 1812.

De manera oficial y ya no conferida por la sociedad, sino como parte de la administración pública en México, la policía surge el 9 de mayo de 1848, con 500 integrantes; su designación fue la de “cuerpo de vigilantes de policía”. La tarea de esta policía fue vigilar el cumplimiento de los bandos. Su reglamento fue importante y resulta peculiar por determinar sanciones a los integrantes de dicho cuerpo. A partir de este momento la regulación de la “policía” se confía al Poder Ejecutivo.

A partir de 1855, la fuerza de la policía fue destinada exclusivamente a perseguir, aprehender y tener en seguridad a los delincuentes. Se denominaba policía a la fuerza única que se encargaba de la seguridad, tanto de las poblaciones como de los caminos. En esa época surge también un tipo de policía denominada “secreta”, encargada de mantener en la legalidad al cuerpo policiaco. Esto nuevamente muestra la preocupación de tener una policía honesta y al servicio de la sociedad.

Sin embargo, como derecho o garantía individual, es hasta el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856, cuando la seguridad es incorporada a un texto constitucional, en su artículo 30: la nación garantiza a sus habitantes la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad.

A mediados del siglo XIX, el esfuerzo de centralización del poder por parte del presidente Benito Juárez incluyó como uno de sus ejes el establecimiento de dicha institución policial, dedicada, al mismo tiempo, a combatir la delincuencia y anular las fuerzas políticas opositoras. Lo que implicó que la función esencial de la policía se transformara a un modelo policial convertido en recurso político represor de ideologías diferentes. El gobierno ejerció tolerancia discriminada sobre guerrilleros y bandidos, según convenía a sus intereses.⁴ La prioridad no era la sujeción a la ley, ni la seguridad pública, sino la capacidad de colaborar a garantizar la centralización del control político del gobierno de la República, por lo que no fue entonces necesario garantizar la calidad profesional de los miembros de la policía; no se efectuaba una selección de los reclutas, se trataba de una fuerza inestable.

⁴ Portillo Vargas, Ernesto López, *op. cit.*, p. 31.

En 1903 se creó un cuerpo denominado “Gendarmería judicial”, que tendría la función de cumplimentar las órdenes de los jueces del ramo penal. No obstante, llegó a operar efectivamente hasta 1929, con fundamento en la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Para la investigación, fue hasta 1919 que se creó el primer órgano de Policía Judicial. Su evolución se encuentra íntimamente ligada con la del Ministerio Público. En la Constitución de 1917, el artículo 21 señalaba: “El Ministerio Público con la *Policía Judicial* represiva a su disposición, quitará a los Presidentes Municipales y a la Policía Común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más méritos que su criterio particular”.

Esta función, antes llevada a cabo por jueces de instrucción y de sentencia, fue asignada a un cuerpo especial de policía judicial, tanto federal como del Distrito Federal y territorios (federales), pero bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público. En ese mismo año se crea la Ley de Justicia Cívica, que fue el fundamento de aplicación de la policía en el Distrito Federal.

Es importante destacar que nuestra Constitución no reguló la seguridad como un derecho del gobernado ni se establecieron límites constitucionales a los cuerpos policiales, tampoco introdujo la seguridad pública y la policía como parte de los soportes del sistema democrático, lo que significó que el régimen había optado por darle una connotación únicamente operacional.

II. A 75 AÑOS DE LA POLICÍA EN MÉXICO

Hace 75 años, con el presidente Manuel Ávila Camacho en 1941, el servicio prestado por la policía consistía en: prevención del delito, servicios de limpia y transporte. Meses después delimitó que la policía prestara únicamente servicios de seguridad pública.

En esa década, Leopoldo Chávez, puntalmente en 1944, propuso la creación de la “policía infantil preventiva de menores”, integrada por alumnos de buen comportamiento. Ello siguiendo la tendencia de proliferación de cuerpos policiacos administrativos que se dio a partir de la segunda mitad del siglo XIX, como veremos a continuación.⁵

⁵ González Oropeza, Manuel, “Policía y Constitución”, *Anuario Jurídico*, México, UNAM, 1986, p. 143.

Para 1978 existían diversos cuerpos especializados de naturaleza policiaca: Policía Judicial Federal y Local, Preventiva del Distrito Federal (incluía al Servicio Secreto), de Tránsito, de Reglamentos, Bancaria, Industrial, de la Dirección Federal de Seguridad, Forestal, de Recursos Hidráulicos, Sanitaria, Fiscal, de Gobernación, de Comunicaciones, de Tránsito Federal, de Comercio, Marítima y Territorial, de Relaciones Exteriores, Agraria, de Educación, de Ferrocarriles, del Seguro Social, Tutelar, de la Penitenciaría, Militar, del Bosque de Chapultepec, Resguardo Aduanal y Judicial, además de las policías de cada uno de los estados. Para esta época la multiplicidad de policías se explica por la necesidad de vigilar el cumplimiento de las leyes y reglamentos que se expedían.

Las fechas de creación de dichos cuerpos policiacos son inciertas: primero, por la insuficiencia de fuentes bibliográficas; segundo, porque como podemos ver, hay una gran variedad de cuerpos policiacos (ya que su constitución atendía a problemáticas específicas que se suscitaban en determinados momentos de la historia del país), y tercero, por la constante transformación de dichos cuerpos, los cuales carecían de marcos normativos regulatorios.

Además de la lista anterior, existían agentes, detectives, vigilantes, inspectores y policías privados, encargados de vigilar o cuidar del exacto cumplimiento de las leyes administrativas.

Actualmente, en nuestro país sigue existiendo una gran variedad de policías, que dependen de diversas instituciones, tanto públicas como privadas (por ejemplo: Policía Bancaria y Policía Fiscal); no obstante, las policías encargadas constitucionalmente de la *seguridad pública* en México son federal, estatal, municipal y ministerial. Sin embargo, no se encuentra bien definida su actuación y nuestra Constitución no establece los tipos de policía que existen ni las funciones que deben desempeñar. Fue hasta la creación de la Policía Federal Preventiva que se hizo un esfuerzo por legalizar su actuación, y por ello nos enfocaremos mayormente en el siguiente apartado a dicha corporación.

III. POLICÍA FEDERAL

La historia de lo que hoy es la Policía Federal inicia en 1928, con el Escuadrón de Agentes Vigilantes de la Oficina de Tránsito, primer escau-

drón motorizado de caminos, formado por decreto del presidente Plutarco Elías Calles, y dependiente de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas (SCOP). Fueron 53 policías quienes a bordo de sus motocicletas iniciaron la leyenda de los “jinetes en caballos de acero”.⁶ Tenían la instrucción de implementar el control y vigilancia del tránsito en los caminos nacionales y en aquellos de concesión federal.⁷

Para 1931 se cambió de nombre y categoría, cuando pasaron a ser Policía de Caminos, aunque fue hasta 1939 cuando el presidente Lázaro Cárdenas la consolidó como la Policía Federal de Caminos, y ordenó que la corporación se militarizara, incorporándola a la Primera Reserva del Ejército Mexicano. Como dato, en 1979 la Policía Federal de Caminos regresó a ser un cuerpo civil, y se integró a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes como órgano desconcentrado.⁸

Por otra parte, debemos hacer mención a la Policía Judicial, ya que tiene también carácter federal. Con relación a dicha corporación, la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1955 estableció que es atribución del Ministerio Público, con auxilio de la Policía Judicial, perseguir los delitos y practicar las averiguaciones previas necesarias; la Policía Judicial y sus auxiliares están bajo la autoridad y mando del Ministerio Público, y señala quiénes son dichos auxiliares.

Durante el régimen del presidente Luis Echeverría se expidió la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, del 27 de diciembre de 1974, la cual señaló la integración de la Procuraduría General de la República, apareciendo la Policía Judicial Federal como parte integrante. Asimismo, contemplaba la facultad del procurador para comisionar a cualquier empleado de la institución para desempeñar funciones de policía, y dotar de placas a los funcionarios del Ministerio Público y de la Policía Judicial.

En 1985 se realizaron diversas reformas a dicha ley, en estas nuevas adiciones se da énfasis a la coordinación entre las autoridades federales y locales, con el propósito de integrar un sistema nacional que fortalezca el funcionamiento y mejoramiento de los servicios de procuración

⁶ Página oficial de la Secretaría de Gobernación, *Historia de la policía en México*, en <http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/1288084/archivo>

⁷ Boletín oficial número 7 del Centro Nacional de Seguridad, <http://www.cns.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/1288084/archivo>

⁸ Raúl Flores, a sus 86 años de la Policía Federal, <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/07/13/970620>

de justicia en el país. Se propone una mayor intervención de los estados en el combate al narcotráfico, y una desconcentración territorial y funcional, mayor de la que se tenía en la Procuraduría General de la República.

Durante la administración del presidente Miguel de la Madrid se modificó el artículo 115 constitucional a fin de precisar la forma de organización y atribuciones del municipio, destacando la prestación del servicio de seguridad pública. De igual forma, el presidente De la Madrid, en 1986, ordenó la disolución de la Dirección Federal de Seguridad, misma que fungió como una agencia de inteligencia del dependiente de la Secretaría de Gobernación. Más tarde, en 1988 se inició un intento de coordinación en materia de seguridad pública entre las entidades federativas, dando paso, en 1994, a la creación de la Coordinación de Seguridad Pública de la Nación (CSPN).

En 1995, el gobierno del presidente Zedillo expidió diversas reformas al artículo 21 constitucional, en el que se estableció un nuevo concepto, la “seguridad pública” como una responsabilidad explícita del Estado, compartida entre los tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal.⁹ Aunado a ello, creó el Sistema Nacional de Seguridad Pública (SNSP).

Los objetivos de dicho Sistema fueron establecer una política nacional de seguridad pública; integrar y coordinar a todas las instituciones de seguridad pública de la federación, estados y municipios respecto de su ámbito de competencia; establecer un nuevo concepto de seguridad pública, que comprenda la prevención del delito, la procuración e impartición de justicia.

El Sistema Nacional de Seguridad Pública sigue vigente y juega un papel clave en la coordinación de esfuerzos de seguridad. Este organismo es supervisado por el Consejo Nacional de Seguridad Pública (CNSP), el cual es encabezado por el presidente y lo integran la Secretaría de Gobernación (Segob), de la Defensa Nacional (Sedena), de Marina (Semar), la Procuraduría General de la República (PGR), los gobernadores de las 31 entidades federativas, el jefe de Gobierno del

⁹ Se concibe al concepto no sólo como una función que comprende las actividades de prevención especial y general, sino también de acciones de investigación y persecución de los delitos. Asimismo, la sanción de las infracciones administrativas y la reinserción social del individuo. La seguridad pública es una función que tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos.

Distrito Federal y el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP). El presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos es invitado permanente de este Consejo.¹⁰

Sin duda, para que la seguridad pública tenga el efecto buscado, se requiere de la seguridad jurídica, que es la garantía que tiene el individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos se llegan a producir, le serán asegurados y reparados.¹¹

Durante la administración del presidente Zedillo, el Congreso mexicano también aprobó, en 1998, la creación de un fondo federal de seguridad pública para gobiernos estatales llamado “Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública” (todavía vigente).

Por lo que hace a la Policía Judicial, en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1996, se establecieron las facultades que tendría la Policía Judicial Federal y su nueva nomenclatura: Dirección General de Planeación y Operación de la Policía Judicial Federal, misma que se ubicó en el ámbito de control de la entonces Subprocuraduría de Coordinación General y Desarrollo.

Ahora bien, antes de seguir hablando de nuestra policía, hagamos un paréntesis, ya que es importante señalar que existen tres modelos de policía; por un lado tenemos el *modelo represivo*: enfocado a un sistema reactivo, es decir, actúa como respuesta a la actividad criminal, y que corresponde a Estados policía; otro, el *modelo preventivo*: privilegia la actuación de la policía para evitar que se presenten conductas antisociales, entre ellas las delictivas, destacándose así su papel proactivo, es decir, responde a un verdadero Estado de derecho democrático; finalmente, el *modelo garantista*: que presenta las características del modelo preventivo, pero en su intervención se privilegia el respeto a las garantías que la Constitución consagra para todo gobernado (víctima o probable responsable de la conducta delictiva).

En México ha venido dominando el modelo de policía reactivo. Como ejemplo tuvimos a la Policía Judicial Federal, que fue un órgano orientado a ser auxiliar del Ministerio Público Federal, coadyuvante

¹⁰ INEGI, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2013, información consultada el 14 de abril de 2014, <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Boletines/Boletin/Comunicados/Especiales/2013/septiembre/comunica15.pdf>

¹¹ Ramírez Marín, Juan, *Seguridad pública y Constitución*, México, Porrúa, 2003, p. 22.

en la atención de las órdenes ministeriales, con escasa o nula eficiencia en el cumplimiento de mandamientos judiciales. Y aunque también mantuvo presencia preventiva, de supervisión y disuasiva en carreteras, puertos, aeropuertos y zonas federales, su principal objetivo fue ocuparse del delito una vez que éste se hubiera cometido.

Por otro lado, y en respuesta a los altos niveles de delincuencia, en 1998 se creó la Policía Federal Preventiva, que corresponde al denominado modelo preventivo. De acuerdo con lo establecido en el artículo 21 constitucional, su función es “salvaguardar la integridad y derechos de las personas, prevenir la comisión de delitos y preservar las libertades, el orden y la paz públicos”.

La Policía Federal Preventiva se crea con la fusión de la Policía Federal de Caminos, la Policía Fiscal e incluso personal proveniente de la Armada de México; nace como brazo operativo contra la delincuencia organizada, bajo la responsabilidad de la Secretaría de Gobernación. La Policía Federal Preventiva es el primer cuerpo de seguridad establecido por mandato del Congreso de la Unión en la historia de México.¹²

Para su funcionamiento y operatividad, en diciembre de 1998 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley de la Policía Federal Preventiva (LPPF). Esta ley contiene las facultades, las bases generales de organización y funcionamiento, los deberes de sus miembros, aspectos generales del servicio civil de carrera y requisitos de ingreso.

Con la publicación de la citada ley, se unificó el mando de cuerpos de policía que antes dependían de diferentes secretarías del Poder Ejecutivo: los encargados de la prevención y tratamiento de menores; de la prevención y readaptación social, y de la seguridad privada (que anteriormente pertenecían a la Subsecretaría de Seguridad Pública de la Secretaría de Gobernación), así como el de la Policía Federal de Caminos (que previamente estaba a cargo de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes). Cabe destacar que la Policía de Migración y la Policía Fiscal no formaron parte de la unificación, la primera se mantuvo a cargo de la Segob y la segunda de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

El presidente Vicente Fox mantuvo la Policía Federal Preventiva, pero la colocó bajo el control de la Secretaría de Seguridad Pública

¹² Andrés Martínez, Gerónimo Miguel, *Derecho de policía, policiología y seguridad pública*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2010, p. 145.

(creada en 2000);¹³ asimismo, dicha secretaría absorbió muchas de las estructuras y atribuciones que antes eran responsabilidad de la Secretaría de Gobernación, por ejemplo, asumió la del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP) y adquirió la facultad de regular y autorizar la portación de armas para empleados federales.

Con las reformas al Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de julio de 2001, surgió la Agencia Federal de Investigación (AFI), por lo que deja el nombre de Policía Judicial Federal y adoptó el de Policía Federal Ministerial. Esta Agencia tuvo como principal función la ejecución de mandamientos ministeriales y judiciales.

El presidente Calderón implementó también reformas significativas de las instituciones del sistema de justicia penal y de la policía en México. En el 2006, se reformó el Sistema Policial de la República como parte de la Estrategia Nacional de Combate a la Delincuencia. Con esta reforma la Agencia Federal de Investigación y la Policía Federal Preventiva formaron una sola Policía. Este modelo funcionó sólo dos años.¹⁴

Las reformas al sistema de justicia penal que empezaron en 2008, para transitar de un sistema de justicia penal tradicional a uno acusatorio y adversarial, incluyen también importantes modificaciones a las funciones de las fuerzas policiales en México. Antes de las reformas, sólo la Policía Ministerial, bajo el control del Ministerio Público, contaba con facultades de investigación; las reformas modificaron el artículo 21 de la Constitución, otorgando a todas las policías las facultades de investigación (entre ellas la Policía Federal). Esta función fue especificada aún más en la ley promulgada en 2009 que creó la Policía Federal.

Esta reforma ya no menciona a las instituciones policiales, en su lugar encontramos a las instituciones de seguridad pública, que bajo este concepto se abarca en forma amplia la prevención de los delitos, la investigación y la persecución de los mismos.

¹³ Ramos López, Juan, “Creación de la Secretaría de Seguridad Pública”, *Revista de Administración*, México, 2001, pp. 12-36, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/106/pr/pr3.pdf>

¹⁴ Meyer, Mauren, “La policía en México, muchas reformas, pocos avances”, *Revista WOLA*, La oficina en Washington para los asuntos Latinoamericanos, mayo de 2014, pp. 6-23.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé: “Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública...”¹⁵ La reforma anota que las instituciones de seguridad pública deberán respetar los derechos humanos.

En conclusión, la reforma penal de 2008 permite distinguir que el modelo de policía es el garantista, aplicable tanto a la Policía Federal como a la Policía Federal Ministerial (así como al resto de las policías del país), cuando en el artículo 21 señala que las instituciones de seguridad pública deberán actuar respetando los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y se regirán por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo y honradez.¹⁶

Un año después, el 1o. de junio de 2009, la Policía Federal es reestructurada mediante la creación de la Ley de la Policía Federal. La Policía Federal funge como auxiliar de las policías de los estados, municipios y del Distrito Federal. Se previó como una corporación operativa contra la delincuencia organizada. El artículo 1o. de la mencionada ley cita: “La presente Ley es reglamentaria del artículo 21 constitucional, en materia federal en lo relativo a la organización y funcionamiento de la Policía Federal, en el ámbito de competencia que establece esta Ley y las disposiciones aplicables. Es de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional”.

Por otra parte, con la publicación de la nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República el 29 de mayo de 2009, se hace una primera referencia a la Policía Federal Ministerial como nuevo auxiliar directo del Ministerio Público de la Federación (en sustitución de la Policía Judicial Federal, antes mencionada). En 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, donde se contemplaba formalmente la creación de la Policía Federal Ministerial, al mismo tiempo desaparece la Agencia Federal de Investigación. La Procuraduría General de la República creó la Agencia de Investigación Criminal. La nueva agencia tiene bajo su estructura a la Policía

¹⁵ Párrafo décimo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁶ Orellana Wiarco, Octavio A., *Seguridad pública. Profesionalización de las policías*, México, Porrúa, 2010, p. 79.

Federal Ministerial; la Coordinación General de Servicios Periciales y el Centro Nacional de Planeación, Análisis e Información para el Combate a la Delincuencia, según el acuerdo publicado el 25 de septiembre de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*.

En 2012, el presidente Enrique Peña Nieto desapareció la Secretaría de Seguridad Pública, con lo que se creó la figura de la Comisión Nacional de Seguridad, con la Policía Federal como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación. A ello se suma la nueva figura de Gendarmería Nacional como una séptima división de la corporación, su función principal es garantizar la seguridad de la población y sus bienes en rutas de tránsito de insumos y mercancías, de paso de migrantes, de producción agrícola, pesquera y forestal y otras que pudieran encontrarse vulneradas por la delincuencia en zonas rurales o marginadas; así como coadyuvar con autoridades locales en la prevención de la comisión de delitos, con el propósito de apoyar el desarrollo económico.¹⁷

De ese modo, la Policía Federal quedó conformada por siete divisiones: de Inteligencia, Investigación, Seguridad Regional, Científica, Antidrogas, Fuerzas Federales y la Gendarmería. Cuenta con una Secretaría General, con la Unidad de Asuntos Internos, el Órgano Interno de Control y Licitaciones. La Policía Federal está conformada por veinte Coordinaciones; sesenta y seis Direcciones Generales; seis Direcciones Generales en auxilio al jefe de la División de Seguridad Regional; treinta y dos Coordinaciones Estatales en el ámbito regional; y un titular del Órgano Interno de Control.

Corresponde a la Policía Federal dictar y supervisar las medidas tendientes a garantizar la prevención de los delitos; ordenar y supervisar las líneas de investigación para obtener, analizar, estudiar y procesar información conducente a la prevención de delitos; dictar los lineamientos y políticas bajo los cuales la Institución proporcionará los informes, datos o cooperación técnica y operativa que sean requeridos por alguna instancia de los gobiernos federal, estatal, del Distrito Federal y municipal, y autoridades de otros países conforme a los procedimientos que resulten necesarios para la prevención de delitos.

¹⁷ Cisneros Duarte, José Roberto, *Gendarmería nacional. Conoce la nueva corporación policiaca en 9 claves*, México, CCN revista en línea, agosto de 2014, <http://mexico.cnn.com/nacional/2014/08/23/gendarmeria-nacional-conoce-la-nueva-corporacion-policia-en-9-claves>

Como dato para reflexionar, entre los días 12, 13 y 14 de julio de 2009, elementos de la Policía Federal son víctimas de ataques y emboscadas en Michoacán por parte de grupos del crimen organizado, en diversas comunidades y en la autopista Siglo XXI. A raíz de estos hechos, el 12 de julio de 2013 se publicó el decreto para celebrar cada 13 de julio el Día del Policía Federal, y recordar a todos los elementos de la corporación abatidos en cumplimiento de su deber.

Ahora bien, además de la Policía Federal de la que ya se ha realizado referencia específica, tenemos que en los Estados Unidos Mexicanos hay un sinnúmero de cuerpos policiacos. A nivel federal contamos con la ya mencionada Policía Federal Ministerial de la Agencia de Investigación Criminal. En el orden estatal existe la Policía Estatal (preventiva) y la Policía Ministerial de cada entidad, con atributos similares a los federales, pero jurisdicción restringida a los límites políticos de cada estado. En el orden municipal hay solamente Policía Preventiva; los casos judiciales competen a la Judicial Estatal.

La Policía Preventiva se ocupa de la vigilancia del orden público y su labor se refiere a las sanciones administrativas (notificaciones de multas) o, dado el caso, llevar a los infractores ante el Ministerio Público, único organismo autorizado por la ley para presentarles ante un juez. La Policía Ministerial depende del Ministerio Público (Procuraduría de Justicia, de cada estado o federal); su función es la investigación de casos denunciados o perseguidos de oficio y el cumplimiento a los mandamientos judiciales de aprehensión y detención.

La policía se ha transformado considerablemente, y seguirá haciéndolo. Diversos actores políticos hicieron un llamado para legislar a favor de 32 policías estatales “únicas fuertes y confiables que sustituyan a mil 800 policías municipales débiles”.¹⁸ El mando único ha demostrado su eficiencia y muestra de ello son casos exitosos como Aguascalientes, la Comarca Lagunera y el Distrito Federal. Sin embargo, en el caso del Distrito Federal hay mando único, pero también otro tipo de policías locales; por ejemplo, policía turística, bancaria, charra y hasta acuática.

En busca de la unificación de los mandos policiales (estatales y municipales), en abril del 2010, la Conferencia Nacional de Gobernadores

¹⁸ El informador, “La Conago aboga por mando único en el país”, México, *El informador en línea*, 2015, <http://www.informador.com.mx/mexico/2015/575886/6/la-conago-aboga-por-mando-unico-en-el-pais.htm>

aprobó que cada estado llevara a cabo la unificación de los cuerpos policiales bajo el mando del cuerpo policial estatal.¹⁹

En México, las policías, tanto federal como estatal, tienen históricamente una estructura fuertemente centralizada; por otro lado, los militares han incrementado su participación en la política nacional de seguridad, a partir de su larga vinculación con las operaciones antidrogas.²⁰

IV. REFORMA POLICIAL EN MÉXICO

Tal como se ha descrito anteriormente, cada gobierno ha tomado medidas para consolidar un sistema de seguridad pública y desarrollar una policía eficiente.

Estas medidas incluían reformas constitucionales, como la de 2008 en el sistema de justicia penal; reformas legislativas, como la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública (1995), misma que fue reemplazada en 2009 por la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (LGSNSP), y la ley que creó la Policía Federal (2009).

Asimismo, surgieron otro tipo de medidas durante la administración del presidente Felipe Calderón (2006-2012), cuando se inició lo que él llamaría “lucha contra el crimen organizado”. Esa lucha llevó al ejército mexicano a las calles para que realizara operaciones contra los cárteles de las drogas en todo el país. Esta acción se justificó refiriendo que era necesario sacar al ejército a las calles, aun cuando la tarea que ellos realizan no es propiamente la de seguridad pública, sino la de seguridad nacional,²¹ ya que el problema de la seguridad

¹⁹ Orellana Wiarco, Octavio, *op. cit.*, p. 91.

²⁰ Moloeznik, Marcos Pablo, “La naturaleza de un instrumento militar atípico: Las fuerzas armadas mexicanas”, *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*, Chile, año 19, núm. 1, enero-junio de 2005, pp. 69-212, <http://www.fasoc.cl/files/articulo/ART43621ecb1574e.pdf>

²¹ Ley de Seguridad Nacional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de enero de 2005. Artículo tercero, que por Seguridad Nacional “Se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, que conllevan a: la protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente el país; la preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio; el mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno; el mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación”.

pública se había convertido en un problema de seguridad nacional, por la magnitud y las características de las acciones delictivas llevadas a cabo por el crimen organizado.

Para 2015, luego de las críticas que ha recibido el uso del ejército mexicano por los presuntos abusos cometidos durante el combate al crimen organizado, los legisladores buscan modificar la Ley de Seguridad Nacional para dar a las fuerzas armadas el marco legal que norme sus actividades en materia de seguridad pública.²² Si bien puede ser cuestionable la decisión de llevar al ejército a las calles, lo que resulta palpable y cierto es que ese fenómeno evidencia una debilidad institucional en muchas policías estatales y municipales.

En México hay aproximadamente 544,000 agentes policiales (un policía por cada 220 habitantes).²³ La policía federal, estatal y municipal son principalmente responsables por la prevención de la delincuencia y la respuesta ante el delito. Por otro lado, la policía ministerial, tanto federal como estatal, trabaja para las procuradurías, investigando delitos y ejecutando las órdenes judiciales. No obstante el número de policías, la creciente ola de inseguridad ha provocado la exigencia de la ciudadanía para replantear un nuevo modelo de policía, y, en este sentido, el 27 de noviembre de 2014 el presidente de la República, Enrique Peña Nieto, presentó las 10 acciones para “mejorar la seguridad, la justicia y el Estado de Derecho”, en general se pretende crear “un nuevo sistema policial” basado en el mando único estatal, mediante la redistribución de competencias penales, y promete neutralizar la cooptación criminal del municipio.

Actualmente en México existen alrededor de 600 municipios, que por razones presupuestales y políticas no cuentan con una corporación policial propia, y más del 86% de estas corporaciones municipales cuentan con menos de 100 elementos. Otro dato a resaltar es que sólo 14 de los 31 estados tienen cuerpos policiales en todos sus municipios, lo que pone en manifiesto la escasa cobertura de seguridad pública en todo el territorio y con ello la mala distribución de las policías.²⁴

²² Cervantes, Jesús, “Van por marco legal para tareas de seguridad pública del Ejército”, *Proceso*, México, octubre de 2015, p. 17, <http://www.proceso.com.mx/?p=418320>

²³ Meyer, Mauren, *op. cit.*, p. 7.

²⁴ Iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 21, 73, 104, 105, 115, 116 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, diciembre de 2014, p. 5.

En cuanto a la estructura y la distribución de las corporaciones municipales en un mismo estado, son bastantes heterogéneas, puesto que en los municipios o centros urbanos más poblados se concentran los cuerpos policiales más grandes y mejor capacitados, a diferencia de los menos poblados, que en muchos casos llegan a ser inexistentes.²⁵

La iniciativa del Ejecutivo propuso reformar el artículo 21 constitucional para establecer que la seguridad pública es una función que estará a cargo de la Federación y de las entidades federativas, en donde los municipios participarán desde su ámbito de competencia en el diseño y ejecución de políticas públicas, lo que se traduce que la seguridad pública está a cargo del gobierno estatal.

Asimismo, la reforma busca homologar criterios y procedimientos para los integrantes de la seguridad pública, ya que el nivel educativo del personal policial es bajo y afecta el desempeño de sus funciones; así, el 0.6% de los policías municipales son analfabetas, el 3% carece de educación básica, el 11.9% tiene una educación básica, el 52.0% cuenta con una educación media, y el 32.5% con educación superior.²⁶

Se propone la homologación de protocolos de actuación y cooperación que, bien es cierto, siempre ha sido la constatación para toda la estructura de la policía para lograr un uso legítimo de la fuerza.

V. CONCLUSIÓN

La policía, al ser un órgano de control social por constituirse como institución fundamental de la seguridad pública, debe tener clara la función a desempeñar, es decir, si las tareas de prevención abarcan ámbitos de paz y orden público, o si también se extienden a cuestiones de represión. Esto, para construir una policía a la altura del requerimiento social.

La reforma policial es todavía un proyecto inconcluso, ha tenido avances significativos, pero los retos más grandes, como son erradicar la corrupción y potenciar el respeto a los derechos humanos, permanecen estáticos e incluso hay retrocesos. Éste no es un problema que atañe sólo a la policía, no olvidemos que la sociedad se ve reflejada en sus

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

cuerpos policiales. Como en nuestra sociedad domina la cultura de la ilegalidad, la policía sigue inmersa en un patrón de visión represiva.²⁷

En relación con ello, se debe perfeccionar el sistema de control de confianza, para asegurarse que esta evaluación complemente otros controles internos, cuente con evaluadores capacitados y sea transparente.

La policía representa valores o intereses de la sociedad, por lo que si se tienen elementos suficientes para afirmar que la policía es corrupta, de igual manera debe estudiarse el papel que el gobierno y sociedad juegan. Además, debe considerarse la posibilidad de que existan particularidades importantes en la relación que establece cada comunidad con la o las instituciones policiales que ahí actúan.

Por otra parte, la implementación del sistema de justicia penal acusatorio implica una profesionalización de los policías, tanto de Policía Federal Ministerial como de la Policía Federal. Ello para garantizar investigaciones eficientes y una adecuada recolección de evidencias, así como generar confianza en la ciudadanía para denunciar delitos. Profesionalizar a la policía implica un proceso de educación, de formación, de adquisición de hábitos, destrezas y valores.

La capacitación en temas de seguridad, derechos humanos, equipos y tecnología resulta indispensable. No menos importante es el respeto a los derechos de los policías, ya que en muchos casos no cuentan con estabilidad laboral, salario digno, ni prestaciones adecuadas o que correspondan a la labor que realizan, por lo que este tema debe ser materia de interés o tema de agenda legislativa.

La participación de los ciudadanos (en la vida diaria, o constituidos como consejos u observatorios ciudadanos) es el mecanismo más efectivo para la consolidación de cuerpos de policía democráticos. Por otro lado, es importante que los controles institucionales externos, como el de las comisiones de derechos humanos, redoblen esfuerzos en la supervisión de las policías. Es imperante fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas para la policía en México a todos los niveles.

Todo lo anterior con el objetivo de contar con una policía ciudadana, una policía concebida como parte de la comunidad, que coexista junto con la ciudadanía en un plano de colaboración, cuya tarea sea lograr la gobernabilidad democrática; es decir, que se realice una verdadera prevención del delito, y no se tenga que llevar a cabo como primera necesidad una función reactiva o de represión.

²⁷ Orellana Wiarco, Octavio, *op. cit.*, p. 93.

MESA IV

La profesionalización de los miembros del sistema de procuración de justicia en México en las últimas siete décadas

*Juan José Olea Valencia**

I. INTRODUCCIÓN

EN MÉXICO, el estudio formal de las ciencias penales se torna como un pilar fundamental de los múltiples procesos de reforma al sistema de justicia. Los trabajos de los miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales han sido un referente indiscutible para la discusión y configuración de dichos cambios, al constituirse, desde sus orígenes, como la institución que agrupa a los más destacados penalistas y criminólogos nacionales.

Las transformaciones que nuestro orden jurídico penal presenta a lo largo de las últimas siete décadas dan cuenta de una visión humanista que busca consolidar al Estado de derecho en México. De entre las múltiples acciones que hacen posibles tales cambios, los procesos de capacitación, actualización y profesionalización de los operadores del sistema de justicia penal, particularmente en el caso de la institución del Ministerio Público, se instituyen como eje fundamental para lograr su correcta materialización.

Dado lo anterior, en el presente texto me permito realizar una breve reseña sobre la evolución de los esquemas de formación y profesionalización de la institución del Ministerio Público en el siglo XX y su situación actual; trabajo que con motivo de los setenta y cinco años de la fundación de la Academia Mexicana de Ciencias Penales (AMCP), tengo el honor de presentar en este importante foro.

* Maestro en ciencias penales. Coordinador general del Instituto de Formación Profesional, Casa de Estudios de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (hoy CDMX).

II. ORÍGENES Y DESARROLLO DE LAS ESCUELAS E INSTITUCIONES DE MINISTERIO PÚBLICO: EL IFP Y EL INACIPE

Sin lugar a dudas, el estudio de las ciencias penales es uno de los temas más importantes de todo orden jurídico. Como es sabido, en su desarrollo interactúan diversas disciplinas de conocimiento —como la criminalística, la criminología, las disciplinas forenses y, en especial, el derecho penal sustantivo y procesal—, cuyos respectivos marcos referenciales y avances, perfeccionan la tarea de persecución y sanción del fenómeno delictivo que realiza el aparato estatal, en aras de fortalecer la paz y convivencia sociales.

De ahí que a lo largo del siglo XX, el sistema de justicia penal y, particularmente, el Ministerio Público (en lo sucesivo MP) hayan sido objeto de múltiples reformas que han pretendido hacer más eficientes no sólo las diligencias de investigación de las conductas criminales, sino también los servicios de atención a la comunidad como representante social, así como la atención a las víctimas del delito (que para el caso de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, se integra por varios centros de apoyo).

Dentro de las reformas al sistema de justicia penal que impactan en la actuación del MP, me permito destacar las reformas constitucionales de los años de 1993, 1999 y 2008, en los que se han modificado los requisitos de la orden de aprehensión consagrados en el artículo 16 del Pacto Federal, transitando del “cuerpo del delito” a los “elementos del tipo penal” (en 1993), y de nueva cuenta al “cuerpo del delito” (en 1999), para acreditar en el modelo acusatorio un “hecho que la ley señale como delito” (reforma de 2008). Sobre la primera de las citadas reformas, Moisés Moreno Hernández apunta:

Debe aclararse que el haber optado en 1993 por la expresión *elementos del tipo penal* en lugar de *cuerpo del delito*, no obedeció a un mero capricho del legislador sino a la exigencia fundamental de todo sistema penal en un Estado Democrático de Derecho, que es la observancia del *principio de legalidad*, ya que la anterior categoría, además de cuestionada, no permitía la cabal observancia de dicho principio.¹

¹ Moreno Hernández, Moisés, “Las transformaciones de la legislación penal sustantiva mexicana”, *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán, 50 años de vida académica*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, p. 398.

En cuanto al restablecimiento del cuerpo del delito en 1999, dicha categoría transitó de una concepción clásica a una un poco más garantista, por la que se entendería “el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera”.² Para el momento actual, hablar de un “hecho que la ley señale como delito” genera grandes dudas que, por fortuna, han sido disipadas de forma muy puntual por los miembros de la AMCP.

De entre los diversos factores a través de los cuales se han concretado las grandes transformaciones del sistema penal, la formación y profesionalización de los miembros del subsistema de procuración de justicia —agentes del MP, policías y peritos— es un factor clave pues, sin la capacitación, dichos servidores públicos difícilmente podrían realizar correctamente sus funciones para acreditar los estándares probatorios (cuerpo del delito, elementos del tipo penal o hecho que la ley señale como delito) de una conducta posiblemente delictiva. De ahí que a nivel nacional, la actuación de la institución del MP se fortalezca gracias a la creación de diversas escuelas e instituciones académicas, como parte de su propia estructura organizacional.

Estas áreas de docencia tienen como misión fundamental brindar a los operadores del MP tanto las herramientas como los conocimientos necesarios para realizar la investigación y persecución del delito, siempre con estricto apego a la legalidad y respetando, en todo momento, los derechos humanos de las personas a las que se les atribuye la comisión de un hecho de carácter ilícito y de sus víctimas; actuaciones que se rigen por los principios de eficiencia, lealtad, legalidad, honradez e imparcialidad.

En este contexto, a continuación me referiré a dos instituciones académicas que, en los ámbitos de procuración de justicia en materia penal del Distrito Federal y de la Federación, son pilares de los procesos de selección, ingreso, promoción y profesionalización del personal del MP: A) el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (IFP/PGJDF), y B) el Instituto Nacional de Ciencias Penales de la Procuraduría General de la República (Inacipe/PGR); el orden en que las enunciaré parte, únicamente, del momento de su creación.

² Ojeda Bohórquez, Ricardo, “Cuerpo del delito, ¿en sentencia?”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 16, 2003, p. 33.

A) El Instituto de Formación Profesional (IFP) tiene sus antecedentes en la Escuela de Investigación Policial Científica, fundada el 29 de marzo de 1938, durante el gobierno del general Lázaro Cárdenas, y siendo procurador de Justicia del Distrito Federal y Territorios Federales, Amador Coutiño. Fue la primera institución educativa de su tipo en nuestro país, creada con la finalidad de fomentar la superación y el profesionalismo de los elementos de la entonces *policía judicial*. En la declaratoria de fundación del nuevo centro educativo, efectuada en el Palacio de Bellas Artes, el licenciado Coutiño expresaba que

Inspirado en los lineamientos marcados por el señor Presidente de la República de impulsar nuestra esfera de trabajo con tendencia a un franco y positivo beneficio colectivo, inauguro el día de hoy la Escuela Policial de Investigación Científica. Agradezco al cuerpo de profesores su colaboración gratuita y deseo para Escuela toda clase de éxitos que impliquen seguramente una garantía social.³

Las crónicas de la época destacaban que la importancia de la mencionada escuela era considerable, pues a través de la misma se buscaba:

...educar a los miembros de la Policía judicial para que hagan una verdadera profesión de su actual actividad. Se pretende adiestrarlos en las diversas disciplinas científicas útiles a los detectives y una vez que se haya creado la policía, la obra de selección será más fácil y más justa consecuentemente, la inamovilidad de los buenos policías estará asegurada por un simple juego de competencia y utilidad, ya que se preferirá sistemáticamente a los más capacitados y honorables [*sic*].⁴

Años más tarde, esta escuela se convirtió en el Instituto Técnico de la Policía. En 1955, siendo presidente de la República, Adolfo Ruiz Cortines, dicho instituto incrementaba el número de cursos y conferencias impartidas al personal de la policía judicial.⁵

³ Nota periodística publicada en la p. 3 de *El Nacional*, el miércoles 30 de marzo de 1938.

⁴ Nota periodística publicada en la p. 7, Segunda Sección de *El Universal*, el miércoles 30 de marzo de 1938.

⁵ Macin, Raúl, *Apuntes para una historia del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*, cuaderno de trabajo, 1999, p. 4.

El 9 de febrero de 1962, por acuerdo del entonces procurador general de Justicia del Distrito Federal y Territorios Federales, Fernando Román Lugo, se crea el Instituto de Capacitación Criminalística, el cual se instituyó con el propósito de mejorar las actividades de los agentes de la policía judicial en servicio, y preparar a quienes aspiraran a formar dicho cuerpo;⁶ el nuevo instituto también capacitaba agentes de la policía judicial de otros estados y miembros de policías privadas.

En 1973 se inició la capacitación y selección de personal para categorías de agente investigador del MP, oficial en secretario [*sic*], mecanógrafos y técnicos en criminalística. En el mismo año se imparten cursos especiales de dactiloscopia y retrato hablado, llevándose a cabo un seminario de actualización en ciencias penitenciarias.⁷ En esta época el titular de la procuraduría, Horacio Castellanos Coutiño, señalaba que la función del MP “no consiste en perseguir hombres, sino delitos”.⁸

En 1977, el procurador capitalino, Agustín Alanís Fuentes, inauguró las instalaciones del Instituto de Formación Profesional (IFP), ubicadas en la calles de “Niños héroes” y “Doctor Lavista”; que posteriormente fueron trasladadas a la avenida Baja California, y finalmente, a su actual ubicación en 4a. y 5a. cerrada de “avenida Jardín”, al norte de la Ciudad de México. Sus actividades fueron proyectadas para conseguir que la formación profesional se diera mediante los sistemas más adecuados de capacitación y educación,⁹ extendiéndose a los familiares del personal de la institución, a través de programas de educación abierta que fomentaban la terminación de estudios básicos.¹⁰

Con la publicación de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, en diciembre de 1995, las actividades del IFP se enfocarían al desarrollo de la carrera policial, que en términos del artículo 23 del actualmente abrogado ordenamiento, se definía como

⁶ Instituto de Formación Profesional, *Informe de Labores, 1996*, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, p. 11.

⁷ Macín, Raúl, *op. cit.*, p. 5.

⁸ Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, *Memoria 1973-1974*, p. 10.

⁹ *Informe de Labores*, p. 11.

¹⁰ *Memoria de Labores 1977*, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, p. 285.

...el elemento básico para la formación de los integrantes de las instituciones policiales, a fin de cumplir con los principios de actuación y desempeño. Comprenderá los requisitos y procedimientos de selección, ingreso, formación, capacitación, adiestramiento, desarrollo, actualización, permanencia, promoción y separación del servicio, así como su evaluación.

En lo que va del siglo XXI, las actividades de capacitación del IFP se enfocan a los grandes procesos de reformas constitucionales a los sistemas de justicia penal y seguridad pública de 2008, y en materia de derechos humanos de 2011. A partir de los lineamientos de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública,¹¹ publicada en enero de 2009, en el Distrito Federal se ha consolidado un modelo de policía de investigación.¹² En 2013, como parte de los festejos del 75 aniversario del IFP, la PGJDF firmó un convenio general de colaboración para la formación y profesionalización de servidores públicos con la Organización de Estados Americanos (OEA).

B) Por lo que toca al Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), me permito destacar la fecha de creación por Decreto de Luis Echeverría Álvarez, presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, el 21 de junio de 1976.¹³ El surgimiento de este Instituto fue posible gracias al impulso de Sergio García Ramírez, uno de los más destacados penalistas de nuestro país, actual presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, y que por aquel entonces se desempeñaba como subsecretario de Gobernación. En el Decreto de creación del Inacipe se destacaba que

...la promoción de una política orientada por los avances penales y criminológicos a escala nacional hace preciso establecer y operar un sistema de acopio y difusión de información, mediante el enlace con órganos administrativos, entidades académicas y especialistas del país del extranjero...¹⁴

Desde sus inicios, el Inacipe ha sido la tribuna de los más destacados penalistas nacionales y extranjeros, constituyéndose como un

¹¹ Que abrogó la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

¹² Policía que, en términos del artículo 21 constitucional, actúa bajo la conducción y mando del Ministerio Público.

¹³ Decreto por el que se crea el Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Diario Oficial de la Federación*, 22 de junio de 1976.

¹⁴ *Idem*.

centro de docencia e investigación con el más alto nivel académico, en donde reciben formación profesional agentes del MP, policías y peritos, así como defensores, juzgadores y directivos del sistema penitenciario. El ambiente de rigor intelectual y calidad científica del Inacipe es reconocido a nivel internacional.

Por decreto del titular del Poder Ejecutivo federal, Ernesto Zedillo, del 9 de abril de 1996, el Inacipe se convirtió en un organismo descentralizado de educación superior;¹⁵ en la parte considerativa de dicho Decreto, se reiteraba la importancia de la profesionalización del Ministerio Público de la Federación en los siguientes términos:

...uno de los objetivos prioritarios del gobierno federal es avanzar en la consolidación del Estado de derecho, y que una de las estrategias para lograr dicho objetivo es la de fomentar la profesionalización, actualización y superación de los servidores públicos de las instituciones encargadas de la procuración de justicia, con el fin de que su actuación se rija por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez;

...para lograr lo anterior es pertinente contar con una institución —con investigadores y profesores de alto nivel— capaz de formar especialistas, técnicos y demás servidores públicos dedicados a las áreas de procuración de justicia, seguridad pública, política criminal y criminalística, así como de difundir e informar sobre los conocimientos, innovaciones, avances y nuevas técnicas que sobre estas materias se desarrollen...¹⁶

En la actualidad, tanto el IFP como el Inacipe son instituciones de vanguardia y excelencia académica en el estudio de las ciencias penales. En sus respectivos ámbitos competenciales, dichas instituciones comparten un mismo objetivo: la formación y profesionalización tanto del personal sustantivo de las procuradurías, así como de todas aquellas personas interesadas en las ciencias jurídico penales (público al que el IFP y el Inacipe han abierto sus puertas, a pesar de no laborar en las áreas del MP).

Las mencionadas instituciones siguen incorporando sus respectivos logros a las páginas de la historia de la ciencia del derecho penal en México. Al momento, el Inacipe se ha constituido como un centro de investigación, docencia y divulgación, que responde a la necesidad

¹⁵ Decreto por el que se crea el Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de abril de 1996.

¹⁶ *Idem*.

de producir, sistematizar y difundir, con oportunidad y mediante tecnología de punta, toda la información que se relacione con las ciencias penales.

Por su parte, el IFP busca la excelencia, a través de la implementación de rigurosos procesos de selección, ingreso, promoción y profesionalización, acordes al Programa Nacional de Procuración de Justicia y al Consejo Nacional de Seguridad Pública, por medio de la enseñanza por competencias profesionales y la consolidación del servicio público de carrera, con la finalidad de que los servidores públicos que ofrecen sus servicios en las áreas sustantivas ministerial, policial y pericial de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, lo hagan siempre en beneficio de los habitantes de la Ciudad de México.

III. LA PROFESIONALIZACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN EL MODELO ACUSATORIO: LOS NUEVOS PERFILES DE LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

En febrero de 2008, el Congreso de la Unión aprobó diversas reformas constitucionales en materia de justicia penal y seguridad pública, las cuales, después de haber sido aprobadas por la mayoría de los Congresos de los estados, fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 18 de junio de ese mismo año.

De la antes mencionada reforma al sistema de justicia penal, me permito destacar el desarrollo del modelo procesal *acusatorio*, a través del cual se busca lograr una verdadera justicia pronta y expedita; la entrada en vigor del mencionado modelo acusatorio fue prevista para un periodo que no debe exceder el plazo de ocho años, contados a partir de su publicación en el *DOF*.¹⁷

Si bien la Federación, los estados y el Distrito Federal, dentro del ámbito de sus respectivas esferas competenciales, fueron expidiendo y poniendo en vigor diversas reformas y ordenamientos para lograr la incorporación del proceso penal acusatorio, la multiplicidad de criterios normativos que se generó en todo el país respecto del mismo

¹⁷ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

tema, hizo necesaria la creación de una legislación procesal única: el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).¹⁸

Cabe destacar que para la implementación del nuevo sistema de justicia penal se crearon secretarías técnicas, consejos consultivos y unidades de implementación, como instancias de planeación, consulta y coordinación de acciones para poner en marcha el nuevo modelo de justicia. De estas áreas se destacan los trabajos de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, de la Secretaría de Gobernación (Setec/Segob). Dicha secretaría técnica, en el ejercicio de sus múltiples funciones, ha ido estableciendo los programas de capacitación sobre el modelo acusatorio, los cuales contemplan, evidentemente, a todos sus operadores:

- a) Juzgadores.
- b) Agentes del Ministerio Público.
- c) Defensores.
- d) Especialistas en métodos alternos.
- e) Peritos.
- f) Policía de investigación.
- g) Policía de seguridad pública.
- h) Personal del sistema penitenciario.
- i) Asesores jurídicos de atención a víctimas.

La implementación del nuevo sistema de justicia trajo consigo la necesidad de redefinir las funciones de sus operadores, así como la de instrumentar un programa de capacitación con el cual se contribuyera al desarrollo de las competencias (conocimientos, habilidades y actitudes) que se requieren para participar en el procedimiento acusatorio. En atención al tema que ahora me ocupa, de los perfiles arriba mencionados destacaré los relacionados al personal de las instituciones de procuración de justicia que, en el proceso penal, son las primeras autoridades que toman conocimiento de una *noticia criminis*.

Primeramente, el MP, al que le corresponde la investigación de los delitos a través de las policías y expertos forenses (peritos), los cuales actúan bajo su conducción y mando, es también quien ejerce la acción

¹⁸ Código publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de marzo de 2014.

penal ante el órgano jurisdiccional. Derivado de lo anterior, las funciones que definen el perfil son:

- a) Dirige y conduce la investigación.
- b) Determina el ejercicio de la acción penal.
- c) Define la teoría del caso.
- d) Litiga en audiencia.
- e) Sustenta la acusación en juicio.¹⁹

En segundo lugar, la policía de investigación, que realiza los distintos actos de investigación de un hecho delictivo (siempre bajo el mando y conducción del MP), acude a juicio para desahogar, ante el tribunal de enjuiciamiento, la información obtenida y las actividades realizadas con motivo de la investigación del delito. Las funciones que definen a la policía de investigación son las siguientes:

- a) Detective en la investigación bajo la conducción y mando del MP.
- b) Realiza de forma material los distintos actos de investigación: investigación de campo, preservación y procesamiento del lugar de los hechos y/o hallazgo, análisis criminal.
- c) Colabora en coordinación con el perito y el MP en la definición de la teoría del caso.
- d) Declara en la audiencia de juicio respecto a las actividades realizadas dentro de la investigación.²⁰

Finalmente, los peritos, profesionistas o técnicos expertos, que elaboran estudios forenses, o análisis criminalísticos de diversas especialidades, sobre personas, objetos o hechos, a fin de emitir conclusiones técnico-científicas dentro de la investigación, en coordinación con la policía y, al igual que ésta, bajo la conducción del MP, acuden a juicio para desahogar ante el tribunal de enjuiciamiento los resultados y conclusiones obtenidos a partir de la pericia realizada durante la investigación. Las funciones que definen su perfil son:

¹⁹ La actuación del MP se fundamenta en los artículos 21 constitucional y 131 del CNPP.

²⁰ Los artículos 21 constitucional y 132 del CNPP sustentan la actuación de la policía de investigación.

- a) Aporta soporte técnico y científico a la investigación.
- b) Realiza los distintos peritajes según se requieran en la investigación.
- c) Colabora en coordinación con la policía y el MP en la definición de la teoría del caso.
- d) Declara en la audiencia de juicio respecto a las actividades realizadas dentro de la investigación.²¹

La definición de dichos perfiles ha permitido la integración de un Programa Integral de Capacitación en el Sistema de Justicia Acusatorio para Instituciones de Procuración de Justicia, el cual está aprobado por la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia (CNPJ). Dicho programa se complementa con los contenidos del Programa Rector de Profesionalización del Sistema Nacional de Seguridad Pública,²² y tiene por objetivo: brindar a sus participantes los conocimientos, habilidades y herramientas que les permitan desarrollar las nuevas funciones que implica el nuevo sistema de justicia penal.

Para llevar a cabo lo anterior, el programa contempla los siguientes criterios: secuencia lógica y gradual de los contenidos; actividades de aprendizaje que involucren al participante con los contenidos, estudios de casos para la realización de prácticas de acuerdo al perfil de los operadores; talleres interinstitucionales en donde los operadores “vivencien” los roles que les corresponde desempeñar en una experiencia simulada en las diferentes etapas que conforman el sistema; actividades de aprendizaje diseñadas para desarrollar habilidades; trabajo en equipo para la revisión, análisis y discusión de la información; y técnicas didácticas para generar la concientización y respeto de los derechos humanos en cada una de sus actuaciones.²³

El referido Programa Integral de Capacitación en el Sistema de Justicia Acusatorio considera el esquema de profesionalización del personal de las instituciones de procuración de justicia en dos fases:

²¹ Las actuaciones de los peritos se encuentran establecidas en el artículo 272 del CNPP.

²² Cuyo fundamento es la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

²³ Programa Integral de Capacitación en el Sistema de Justicia Acusatorio para Instituciones de Procuración de Justicia. Aprobado mediante acuerdo CNPJ/XXXI/10/2014, en la XXXI Asamblea Plenaria de la CNPJ, Mérida, 28, 29 y 30 de mayo de 2014, p. 23.

- a) Una de *actualización*, en la que se aborda información relativa a los principios, desarrollo y fundamentación del sistema acusatorio conforme al CNPP, la cual se realiza a través de cursos y talleres, con la intención de que los operadores tengan la oportunidad de conocer, analizar y reflexionar sobre cada una de las etapas del proceso acusatorio (investigación, intermedia y juicio), así como llevar al plano práctico los conocimientos de carácter teórico que adquieran durante los cursos.
- b) La de *especialización*, que tiene como propósito desarrollar habilidades de investigación científica de los delitos, así como la litigación en el sistema de audiencias, y que se realiza a través de talleres (como son determinaciones ministeriales y control judicial de actos de investigación; investigación criminal conjunta: MP, perito y policía; medidas cautelares y salidas alternativas; argumentación e interpretación jurídica; crónica policial, por citar algunos). Los talleres están diseñados para que los participantes tengan la posibilidad de desempeñar los nuevos roles y actuaciones que el sistema acusatorio establece.²⁴

Es claro que los procesos de capacitación, actualización y profesionalización de los operadores del sistema de justicia penal son un factor fundamental que permitirá lograr la correcta implementación del multicitado modelo acusatorio. Para el caso de la institución del Ministerio Público, dicha visión es un tema prioritario que implica la permanente revisión y evaluación de los resultados de la profesionalización de sus servidores públicos pues, sólo a través de dichos esquemas, los mismos estarán en condiciones de dar respuesta a las exigencias de los nuevos paradigmas del subsistema de procuración de justicia en materia penal.

IV. SITUACIÓN ACTUAL DE LA FORMACIÓN DEL PERSONAL MINISTERIAL EN EL DISTRITO FEDERAL

Como ha quedado de manifiesto, uno de los principales ejes de trabajo de la institución del MP a nivel nacional, lo constituye la formación de su personal. Para el caso de la Procuraduría General de Justicia del Dis-

²⁴ *Ibidem*, p. 22.

trito Federal (PGJDF), su Instituto de Formación Profesional (IFP) ha venido estableciendo programas transparentes y equitativos de ingreso y promoción de agentes de la Policía de Investigación, agentes del Ministerio Público y peritos; programas que se fundamentan en la Ley Orgánica de la PGJDF y su reglamento.

En el momento actual, la casa de estudios de la PGJDF redobra los esfuerzos de profesionalización y actualización de su personal sustantivo, conforme a los lineamientos de la reforma constitucional al sistema de justicia penal de 2008 y en cumplimiento de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, consolidando su vanguardia y excelencia académicas mediante la implementación de rigurosos procesos de selección, ingreso, promoción y profesionalización, así como de la enseñanza por competencias profesionales y la consolidación del servicio profesional de carrera en la procuraduría capitalina.

De este marco de actividades, me permito destacar el impacto de la enseñanza por competencias profesionales, que resulta idónea para el estudio del modelo acusatorio, pues facilita los procesos de discusión, análisis, reflexión y construcción de conceptos, ideas, valores y principios que lo integran, reforzando los conocimientos a través del desarrollo de ejercicios prácticos sobre los diversos escenarios que el personal ministerial habrá de realizar en las etapas del procedimiento penal. Cabe apuntar que la enseñanza por competencias se integra por los procesos de capacitación, evaluación y certificación de las mismas:

- a) La capacitación contribuye a la formación de la competencia.
- b) La evaluación indica el nivel de aprendizaje alcanzado por los participantes.
- c) La certificación permite constatar, de manera formal, que el servidor público es competente para operar el sistema penal acusatorio.²⁵

Con base en el Programa Integral de Capacitación en el Sistema de Justicia Acusatorio para Instituciones de Procuración de Justicia, para que un servidor público pueda certificarse como operador del sistema penal acusatorio requiere demostrar su competencia a través de evidencias de conocimiento, de producto y de desempeño, para lo cual deberá:

²⁵ Programa Integral de Capacitación en el Sistema de Justicia Acusatorio para Instituciones de Procuración de Justicia, *cit.*, pp. 26 y 27.

1. Participar en los cursos y talleres que conforman el Programa Integral de Capacitación en el Sistema Penal Acusatorio.
2. Cumplir con los criterios y lineamientos de capacitación establecidos por la institución de procuración de justicia respectiva —número de horas cumplidas, participación durante las sesiones, asistencias, entre otras—.
3. Participar de manera colaborativa y proactiva en todas las actividades que se proponen en el programa.
4. Elaborar las evidencias de conocimientos, desempeño y producto que los instructores de las diferentes unidades solicitarán para conformar su portafolio de evidencias, mismas que serán el insumo para que los servidores públicos demuestren su competencia.
5. Someterse al proceso de evaluación demostrando los conocimientos adquiridos y las habilidades desarrolladas, con base en los referentes competenciales que se establecen en el Programa Integral de Capacitación.²⁶

Entre 2010 y 2015, el IFP organizó múltiples actividades académicas (talleres, foros, seminarios, coloquios, conferencias, simposios, jornadas, diplomados), al tiempo que conformó un programa editorial (que integra colecciones para la policía investigadora, el MP y los peritos, así como debates sobre el derecho penal y estudios legislativos, por citar algunas de ellas), puntos que materializan la profesionalización del Ministerio Público de la Ciudad de México, particularmente en el nuevo modelo de justicia penal.²⁷

En este orden de ideas, la casa de estudios de la PGJDF ha estado muy al pendiente de que su claustro de profesores reúna, como requisitos indispensables, conocimientos, experiencia y habilidades docentes que realmente permitan mantener la excelencia y vanguardia académicas que lo caracterizan desde sus orígenes. Todas estas actividades se financian tanto con recursos locales como federales.²⁸

²⁶ *Idem.*

²⁷ Sobre el particular, véanse del Instituto de Formación Profesional, el *Informe institucional enero-diciembre 2012* y el *Informe de Actividades 2013*.

²⁸ Por virtud de estos últimos, el IFP viene impartiendo los programas de capacitación en los niveles inicial o de tronco común, avanzada y especializada, que determina la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (Setec).

Ante la total entrada en vigor del sistema acusatorio en la Ciudad de México que, en términos del Decreto por el que se declara la incorporación del Sistema Procesal Penal Acusatorio y del Código Nacional de Procedimientos Penales al Orden Jurídico del Distrito Federal, tuvo lugar a las cero horas del día dieciséis de junio de 2016,²⁹ a la fecha se han intensificado los esquemas de capacitación, actualización y profesionalización del personal sustantivo de la PGJDF, a través de lo cual, el IFP refrenda su compromiso de formar profesionales al servicio de la ciudad.

V. CONCLUSIONES

En las últimas siete décadas, el desarrollo de las funciones del Ministerio Público, a cargo de sus áreas policial, ministerial y pericial, se ha perfeccionado por virtud de la conformación de esquemas de capacitación generados en las escuelas e institutos académicos de la propia institución, áreas que coadyuvan en la mejoría de los distintos servicios que el subsistema de procuración de justicia debe brindar a la sociedad. Por regla general, dichos esquemas tienen sustento en las reformas a nuestro sistema penal, como es el caso del actual proceso de implementación del modelo acusatorio.

Evidentemente, la materialización de estas transformaciones resulta posible gracias al correcto desempeño de sus operadores. De ahí la continua necesidad de la institución del Ministerio Público (y de todas las que integran el sistema de justicia penal), de hacer más eficientes, transparentes y equitativos los procedimientos de ingreso, formación, actualización, profesionalización, permanencia, evaluación y certificación de sus servidores públicos. Dichos filtros, además de fortalecer la actuación institucional, permiten recuperar la confianza ciudadana en el subsistema de procuración de justicia; así, los ciudadanos tendrán la certeza de que el personal ministerial habrá de atenderles en estricto apego a la legalidad y respeto a sus derechos humanos.

²⁹ Decreto por el que se declara la incorporación del Sistema Procesal Penal Acusatorio y del Código Nacional de Procedimientos Penales al Orden Jurídico del Distrito Federal, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 20 de agosto de 2014.

Prevención de la violencia y el delito en 75 años de análisis de la evolución teórica

Verónica Martínez-Solares*
Óscar Aguilar Sánchez**

I. INTRODUCCIÓN

SI HAY un concepto predominante dentro de la política criminológica actual, es el de *prevención*. No existe plan de gobierno que en sus objetivos y estrategias deje de incorporar llamativos programas y acciones calificados como preventivos, que lo mismo van desde la reestructuración completa de sistemas policiales y de justicia penal hasta la realización de grandes murales y eventos deportivos.

Sin embargo, la preponderancia de dichos instrumentos no necesariamente se ha traducido en un ejercicio sistémico enfocado en la disminución de la victimización, la violencia y el delito, esto es, en un ejercicio basado en evidencia empírica y orientado a resultados. En efecto, el carácter polisémico que algunos actores le han atribuido al concepto le convierte en un referente de amplia flexibilidad, sobre todo desde el ámbito político, lo cual en gran medida ha eludido la evaluación y no siempre considera el creciente conocimiento acumulado.

Así, la fuerza que la prevención ha adquirido en los últimos años podría deberse a varios factores, dentro de los que se destacan dos hipótesis.

La primera radica en que la amenaza del castigo y la operación del sistema de seguridad y justicia penal gozan de buena salud, como medios tradicionales y a la mano de los gobiernos —y otros actores sociales y privados— para hacer frente a las crisis de violencia e inseguridad

* Directora del Programa para América Latina de la Organización Internacional para el Apoyo a Víctimas (IOVA por sus siglas en inglés). Contacto: veronica@wolfsonemail.com.

** Socio-director de Proyectos Estratégicos Consultoría, S. C. Contacto: oaguilar@proyectosestrategicos.com.

y a hechos relativos altamente mediáticos. En cierta forma, sus fines y recursos venden muy bien, muchas veces comenzando por los discursos en campañas electorales: ofrecer penas más duras, más policías, más patrullas, más cámaras de video vigilancia, más cárceles, entre otras acciones, es más redituable que hablar de las causas generadoras de esos fenómenos sociales y de soluciones más inteligentes.

Sin embargo, quizá a raíz de los estudios sobre la “expansión” del derecho penal,¹ y de posiciones francamente críticas, primero en la academia (pensemos en Luigi Ferrajoli, Luck Hulsman o David Garland), después por organismos internacionales (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito)² y recientemente por trabajos especializados que señalan sus debilidades,³ más que su fuerza (o uso de) ha quedado en entredicho sus alcances, efectividad y costos para reducir, controlar y reprimir la violencia y el delito.

La segunda hipótesis está estrechamente relacionada con el surgimiento de la investigación moderna sobre lo que es la prevención y, de manera específica, ha sido desarrollada desde los años ochenta en Europa, América del Norte y Australia. Aunque de muy diferentes formas e influenciados por contextos políticos, sociales, económicos y culturales disímiles, dichos estudios llegan a las mismas conclusiones y han consolidado una aproximación multifactorial, multidisciplinaria, multiagencial y multisectorial del concepto. Desde este lente, el castigo y el sistema de seguridad y justicia penal representan un componente más, muchas veces no el de mayor peso, para dar paso a la prevención predelictiva⁴ a través de intervenciones que apuntan a la transformación de actitudes, estilos, entornos y patrones de vida individuales y comunitarios, además de la operación y las respuestas institucionales.

¹ Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2001.

² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual sobre la aplicación eficaz de las Directrices para la prevención del delito. Serie de manuales sobre justicia penal*, Austria, Publicación de las Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2011.

³ Abt, Thomas y Winship, Christopher, *What works in reducing community violence: a meta-review and field study for the northern triangle*, Washintgon, United States Agency for International Development, Democracy International, Inc., 2016, p. 16. Disponible en: <https://www.usaid.gov/sites/default/files/USAID-2016-What-Works-in-Reducing-Community-Violence-Final-Report.pdf>.

⁴ Waller, Irvin, *Control Inteligente del delito*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-Proyectos Estratégicos Consultoría, 2014.

En medio de una y otra hipótesis es que surge el presente trabajo. El objetivo era reseñar 75 años de la prevención del delito en México; sin embargo, dicha dimensión ya no puede mirarse sin abordar la victimización y la violencia. Adicionalmente, la institucionalidad de la prevención nace precisamente de la experiencia mundial y del conocimiento generado en varios países, plasmado en documentos internacionales que ahora hacen parte del derecho patrio.

La invitación para revisar teórica y ordenadamente los avances en la prevención surgió a raíz de un año simbólico para las XVI Jornadas sobre Justicia Penal: el 75o. aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Tanto las Jornadas como el trabajo del IIJ y de la Academia no podrían entenderse sin la dedicación y los esfuerzos de dos queridos maestros de muchas generaciones: doña Olga Islas de González Mariscal y don Sergio García Ramírez. Nuestra profunda gratitud para ambos, porque siempre han tomado riesgos para impulsar miradas diferentes en el análisis de los problemas nacionales.

En este sentido, el objetivo del presente documento es bastante modesto. Pretende describir los cortes teóricos sobre lo que ha significado la prevención, no en los últimos 75 años ya que, siquiera pensar en los últimos 35, requeriría un esfuerzo de varios tomos.⁵ Por ello, con el riesgo que significaría omitir coyunturas claves (y con la libertad de plantear una reflexión más bien arbitraria y práctica), a partir de grandes categorías se abordan las respuestas a los fenómenos de la victimización, la violencia y el delito, desde el conocimiento técnico, así como algunos de los retos que actualmente existen.

Por consiguiente, a través de tres paradigmas, se repasa cómo se ha construido la prevención, de conformidad con el énfasis teórico que podría caracterizarle. En sentido estricto, las aproximaciones y etapas que se describirán, principalmente desde la segunda mitad del siglo pasado y hasta la actualidad, siguen conviviendo todas ellas con

⁵ Las extraordinarias obras de Michael Foucault (*Vigilar y castigar*) y de David Garland (*The culture of control, crime and social order in contemporary society y Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*), son el mejor ejemplo de las diversas y diversificadas rutas por las que han transitado los esfuerzos de la humanidad para detener y controlar lo que conocemos como *delito*, así como sus anclajes teóricos y políticos.

renovados bríos en las discusiones no sólo teóricas y académicas, sino también en las agendas de los gobiernos del mundo.

II. LAS RUTAS TEÓRICAS DE LA PREVENCIÓN

La idea de prevenir no es nueva. De hecho, las prácticas y los métodos, metodologías e instituciones a través de las cuáles se conoce e identifica a la prevención, parecerían virajes discontinuos de otras formas de control ya explicadas por diversas teorías.

En cualquier libro introductorio a las ciencias penales (derecho penal, criminología, política criminal y victimología, por mencionar algunos), es posible encontrar referencias a la retribución, la revancha, la venganza y la represalia, como formas de legitimación para la acción privada e individual. Dichos medios de *disuasión* —tan antiguos como se quiera escarbar en la historia de la humanidad—, a través de la noción del *castigo*, han quedado profundamente arraigados en las concepciones de la respuesta frente al daño ocasionado por la violencia y el delito, tanto en sus manifestaciones formales como informales. Una de sus funciones mayores era (es) prevenir, lo cual ha justificado el derecho a castigar,⁶ al tiempo que sus abstracciones y respuestas prácticas son de amplio y variado espectro.

No obstante, la existencia de sistemas y mecanismos de control social formales y permanentes es relativamente reciente. El surgimiento de instituciones, y la consolidación de la noción de Estado, han dado también un sentido diverso a la prevención, que pronto fue sinónimo de control y de represión. Ésta es la línea temporal de partida.

El primer gran paradigma teórico está en la institucionalización de la disuasión por conducto de una legitimidad legal,⁷ el monopolio de la violencia y el uso legítimo de la fuerza. Aquí, el delito y su castigo desempeñan un papel central —aún vigente en las políticas de las sociedades contemporáneas—. Se imponen tanto las instituciones

⁶ Foucault, Michael, *Vigilar y cartigar. Nacimiento de la prisión*, Mexico, Siglo XXI Editores, 2015, p. 84.

⁷ Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, ed. revisada Johannes Winckelmann, nota preliminar y trad. de José Medina Echavarría, trad. de Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez, José Ferrater Mora, Francisco Gil Villegas, 2a. reimp. de la 3a. ed., España, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 29.

de seguridad como las de justicia penal y el control gubernamental a varios niveles. Los desarrollos teóricos (y prácticos) giran alrededor de la responsabilidad individual, la ley, la policía, los fiscales, los jueces y las prisiones. Es la perspectiva penal, cuyo dominio se ha extendido ya por varios siglos.

Los estudios criminológicos irrumpen como el segundo gran paradigma. Es posible afirmar que, detrás de cada escuela criminológica que intenta explicar los orígenes de los delitos y de los delincuentes, también se encuentra subyacente una explicación de cómo prevenir. Ya no se trata sólo de una visión institucional orgánica sino de un entendimiento integral, o al menos más amplio, de un fenómeno que no es sólo jurídico sino también profundamente social. Es la sociología criminológica la que mayormente ha contribuido en este rubro y cuyos hallazgos determinan cómo se ha respondido frente a diversas formas de conductas desviadas, violentas y delictivas.

De conformidad con Welsh y Farrington,⁸ uno de los primeros intentos académicos para distinguir la prevención del control del delito fue el trabajo de Peter Lejins, en 1967. Para este autor, “si la acción social está motivada por un delito que ya ha tenido lugar, estamos tratando con el control; si la acción se anticipa a la ofensa, se trata de la prevención”. La búsqueda de respuestas fuera de los sistemas penales eludió las miradas centradas en delitos y delincuentes. Ya no se trató de un fenómeno determinante sino determinado por factores y condiciones que, a su vez, conviven y se dinamizan por otros hechos igualmente importantes como son la violencia y la victimización.

De esta manera, si dicho fenómeno es evitable, entonces es prevenible. Por lo tanto, es importante conocerlo y desagregarlo en todos sus actores y partes para plantear directamente la respuesta. Este último es el tercer paradigma interpretativo.

En los siguientes apartados se desarrollarán brevemente cada uno de dichos paradigmas. Es importante señalar, como ya se ha referido, que todas las interpretaciones conviven actualmente, tanto a través

⁸ Welsh, Brandon C. y Farrington, David P., “Crime Prevention and Public Policy”, en Farrington, David P. y Welsh, Brandon C. (eds.), *The Oxford Handbook of Crime Prevention*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 4. Disponible en: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780195398823.001.0001/oxfordhb-9780195398823-e-1#oxfordhb-9780195398823-bibItem-37>; <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780195398823.001.0001/oxfordhb-9780195398823-e-1?print=pdf>

de desarrollos teóricos como en la construcción de políticas públicas, donde se entrelazan y retroalimentan de muy diversas maneras. Al final, nuestra convicción es que existe un genuino interés para lograr un bien mayor: que no existan víctimas y, por tanto, dolor humano.

III. LA RUTA PENAL

Esta dimensión ha caracterizado la mayor parte de la historia de la noción de prevención en el orbe. La intimidación que supone el castigo a través de la pena, de acuerdo con la concepción tradicional,⁹ resulta ser la forma *natural* de la prevención. “La prevención de los delitos es el único fin del castigo”.¹⁰

La esencia de dicha idea plantea que en el sistema de justicia penal descansa parte fundamental de la función estatal para garantizar sociedades ordenadas, con medios de control tanto formales como públicos pertinentes. Su fin es prevenir general y especialmente comportamientos criminales, así como procesar los conflictos que en aquéllas se presentan, a través de los cauces de la legalidad y garantizando los derechos fundamentales del individuo en consonancia con los valores democráticos y liberales y la *dignitas* humana que, supuestamente, han de primar en esta etapa de la evolución sociopolítica de la humanidad.

La reputación del castigo penal es tal —en especial de la pena de prisión— que hoy por hoy existen neologismos para seguir defendiendo su supuesto *poder de intimidación* o disuasión. Así, se habla del populismo penal, del derecho penal del enemigo, de la *mano dura* punitiva y de la *tolerancia cero*, para justificar el poder coercitivo que representa el Estado a través de las leyes penales, la amenaza del castigo y el uso legítimo de la fuerza pública (Durkheim también sostiene esta idea).¹¹

Es en el derecho penal romano donde comienza a gestarse el interés del Estado en los asuntos penales, surgiendo de este modo su carácter público que desde entonces le ha determinado, con instituciones

⁹ Silva-Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰ Bradford, William, *An inquiry how far the punishment of death is necessary in Pennsylvania*, Pittsburg, Pittsburg University, 1793, p. 3. Disponible en: <https://archive.org/stream/enquiryhowfarpun00brad#page/n3/mode/2up>

¹¹ Garland, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, México, Siglo XXI Editores, 1999, pp. 52 y 53.

creadas *ex profeso* y donde el sistema de justicia penal adquiere centralidad alrededor de la noción de *delito*. Nace un enfoque fundamentalmente individualista: un individuo produce delitos y violencia; un individuo necesita ser neutralizado y rehabilitado o resocializado.

Pero no sólo surgió la mirada legal desde lo punitivo penal: las vías de prevención por medio del control administrativo sustentado en la actuación policial, desarrolladas tiempo después y con anclajes en Roma y Francia, se constituirán como complementarias al poder penal.¹² La consolidación vendría con el modelo de policiamiento inglés.

En este sentido, y conforme se consolidó el Estado-nación moderno, la exigencia de la población por proteger bienes jurídicos como la vida, la integridad física, el patrimonio, las libertades, el orden público y superar temores y peligros que el propio desarrollo de la humanidad ha generado, fue configurando las tipologías delictivas y penalizaciones para su prevención, gestión y control. Se ha llegado al extremo de reformas que reducen las garantías individuales y sociales protectoras de los derechos fundamentales, con legislaciones y normativas especializadas y dirigidas a subgrupos o categorías sociales, lo cual se identifican en la doctrina como derecho penal de la posmodernidad.

1. La prevención general y la especial

La dimensión preventiva del derecho penal radica en su significado comunicativo (si hay impunidad se comunica otra cosa).¹³

De esta manera, la dogmática ha ubicado el soporte de la pena en la necesidad de *reprimir* los comportamientos que se desvían del orden de convivencia establecido, mediante la imposición de castigos ante la afectación de un bien jurídico, precisamente para salvaguardar y preservar ese sistema social. Es decir, a la sanción criminal se atribuye una función protectora y motivadora y se le confiere un doble carácter: *retributivo* ante el daño o mal causado y *preventivo general y especial*.

En el desarrollo de la doctrina, el impacto del derecho penal es *preventivo general negativo* al actuar como inhibidor o amenaza a efecto de que los individuos se abstengan de usar su libertad para cometer de-

¹² Lab, Steven P., *Crime prevention: approaches, practices and evaluations*, New Providence, LexisNexis, 2010.

¹³ Silva-Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, p. 77.

litos, y es *preventivo general positivo* cuando los ciudadanos aprecian como justo el contenido de las normas penales, se motivan a respetarlas y valoran la imposición de la pena como un acto de confirmación del orden jurídico.

Así, su dimensión *preventiva especial* es respecto de la persona que delinque, restringiéndosele su libertad física o aplicándosele otra clase de sanciones, con el objetivo de apartarla del conglomerado poblacional, para evitar que vuelva a ofender en tanto alcanza su rehabilitación o reinserción.

Esta última visión promueve tratamientos psicológicos, educativos, laborales, de salud y deportivos, que todo sentenciado ha de recibir para lograr su resocialización y reintegración (*prevención especial positiva*). O bien, plantea mantener bajo medidas de seguridad y sin otorgar beneficios de preliberación a quien no sea posible resocializar o reducir su peligrosidad (*prevención especial negativa*), respetándose los plazos de reclusión decretados por la autoridad jurisdiccional.

Por lo anterior, la causa final del derecho penal es la disuasión entendida, por un lado, como la prevención general de actos u omisiones que las leyes tipifican como conductas criminales, en razón de las sanciones que corresponden a quienes las realizan y con el objeto de que la sociedad quede informada, advertida y amenazada para no incurrir en dichos comportamientos penalizados; y, por el otro, la prevención especial para que el delincuente sentenciado no reincida ni dañe nuevamente a la sociedad.

Sin embargo, es importante recordar que la eficacia de la legislación penal es directamente proporcional a la capacidad de respuesta de los operadores del sistema para hacer realidad sus mandatos mediante una aplicación pertinente. De otra forma se corre el riesgo de caer en el *populismo penal* ya referido, que impera en un ambiente de miedo e inseguridad generalizados y ha motivado el endurecimiento de las penas hasta rangos irracionales en la mayoría de los países donde impera, legisladas más con la intención de enviar mensajes simbólicos a la sociedad que en construir codificaciones racionales y pertinentes propias de un Estado democrático.

En síntesis, en pleno siglo XXI, el paradigma de la prevención, reintegración, resocialización y readaptación que el orden mundial había construido como fines de las penas, hoy se ve amenazado con medidas de política criminal que parecerían buscar la criminalización de todo conflicto como único objetivo, a costa de los principios de proporcio-

nalidad, de humanidad y de mínima intervención de los castigos, ante la ausencia de capacidades para planificar medidas inteligentes que combatan las causas últimas de las tensiones que surgen entre los individuos y en las comunidades.

De esa forma, por medio de sus mensajes simbólicos de prevención general y la exacerbación de la prevención especial a través de los castigos y el hiperencarcelamiento, se pretende hacer de la expansión del derecho penal —y en particular de la pena de prisión— el agente principal de control social, sin que existen evaluaciones basadas en evidencia que permitan defender los resultados de este modelo, lo cual obliga a voltear la mirada hacia políticas de prevención más pertinentes. No se puede perder de vista que el sistema de justicia criminal y sus procedimientos entran en operación una vez que no fue posible evitar un conflicto entre las personas y en la sociedad.

2. La prevención policial

“La misión principal por la que existe la policía es prevenir el delito y el desorden”. La idea moderna de policía nace con sir Robert Peel (1829) y el modelo londinense de policiamiento. A través de esta idea-fuerza es que se estructura una parte importante del quehacer y discurso actual sobre sus fines, funciones y atribuciones como institución. No siempre ha sido así.

La policía que conocemos es una de las instituciones más complejas de todo el entramado del sistema de seguridad y justicia penal. No se trata de desentrañar las raíces mismas de la etimología ni la historia de la policía¹⁴ desde sus primeras formas *vigilantistas*, militarizadas o su desafortunada transición histórica como Estado policial. Tampoco de hacer una reflexión de su naturaleza como función, organización, instrumento o aparato de gobierno.

La policía es uno de los componentes estructurales modernos de la prevención. A través de nociones generales como *orden, paz y tranquilidad pública* heredados del Código napoleónico, es el instrumento civil del gobierno capaz de hacer uso del monopolio legítimo de la

¹⁴ En este sentido, se sugiere revisar Recasens i Brunet, Amadeus, *Policía y control social: problemas de construcción y definición jurídica y social*, España, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, s.a. Disponible en: <http://www.tesisenred.net>

fuerza, sea para aplicar actos de autoridad o para imponer el acatamiento de los mismos (*Law Enforcement*). Esto significa que su campo de actuación resulta verdaderamente extenso y, en muchas ocasiones, con un amplio margen de discrecionalidad al incidir, directa o indirectamente, en toda la esfera de atribuciones en que se ejerce la actividad gubernamental dentro del marco constitucional y legal.

La policía constituye la autoridad más próxima a la población y está facultada generalmente para prevenir o evitar una conducta estatuida como ilícita; proteger a las personas; hacer cumplir un mandato de autoridad y, de ser necesario, ejercer violencia material en contra de la persona o las personas que pretendan realizar un hecho antijurídico; disuadir y sancionar infracciones administrativas; garantizar la paz y tranquilidad públicas; coadyuvar en los procedimientos de justicia penal adversarial como primera autoridad respondiente; y mantener el orden público, entre otras de sus múltiples atribuciones.

Es la vaguedad general del largo *etcétera* lo que ha hecho que la gobernanza de la policía sea de alta fragilidad y surjan constantes tensiones con las personas, así como cuestionamientos crecientes cuando se incrementa la criminalidad o el miedo se apodera de las ciudades. Puede ser la mejor aliada del ciudadano, como también su peor enemiga. En prevención, se trabaja con la policía, sin la policía o aún en contra de la policía.

The police do not prevent crime. This is one of the best-kept secrets of modern life. Experts know it, the police know it, but the public does not know it. Yet, the police pretend that they are society's best defense against crime and continually argue that if they are given more resources, especially personnel, they will be able to protect communities against crime. This is a myth.¹⁵

Un mito que también se cae. Si bien la función policial abstracta *no previene el delito* como indica Bayley, formas de policiamiento o actuación policial sí lo hacen.

Desde mediados de los años setenta del siglo pasado, el Kansas City Preventive Patrol Experiment fue la mejor muestra de lo anterior. Hoy por hoy, y con evaluaciones posteriores, se sabe lo que no funciona para que la policía pueda prevenir o reaccionar frente al de-

¹⁵ Bayley, David, *Police for the Future*, Nueva York, Oxford University Press, 1996, p. 3.

lito. Por ejemplo, los grandes operativos no funcionan, pero trabajar en determinadas zonas (*hot spots*) contribuye indudablemente en la reducción de la criminalidad. Etiquetar poblaciones enteras para generar *flagrancia* (*stop and search*) refuerza una policía *criminalizadora*, pero actuar por zonas (cuadrantes), favorece la detección de infracciones y delitos. Así, se conoce que la policía comunitaria mejora mucho la imagen de la policía, pero una orientada a la solución de problemas sin duda reducirá el número de víctimas en una comunidad.¹⁶

Los diversos esquemas de trabajo policial obedecen a las características políticas, jurídicas, ideológicas, económicas, sociales y culturales del Estado que le da origen, por lo que resultaría difícil señalar algún prototipo ideal o puro, aún cuando es posible identificar principios que, al margen de su naturaleza orgánica y administrativa, deberían observar las instituciones policiales en su actuación, para contribuir a la prevención y proteger los derechos humanos, a pesar de sus tensiones sociales, siempre naturales, al hacer frente a la criminalidad.

IV. LA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

Como se ha referido, la afirmación que detrás de cada teoría criminológica hay una forma de entender a la prevención y, por lo tanto, mecanismos específicos para desarrollar estrategias preventivas, nunca ha tenido mayor relevancia como en los tiempos actuales. Esto es porque, para bien y para mal, el trabajo criminológico ha estado vinculado a la relevancia política de sus hallazgos,¹⁷ directa o indirectamente. Baste mirar dos de las orillas.

Por un lado, la incorporación hasta nuestros días de los principios garantistas de Beccaria (s. XVIII) en las leyes penales de una gran cantidad de países alrededor del mundo, muestra el uso del conocimiento

¹⁶ Abt, Thomas, *op. cit.*; Lawrence, Sherman *et al.*, *Preventing crime: what works, what doesn't, what's promising. A report to the united states congress*, Preparado por the National Institute of Justice, 1997. Disponible en: <https://www.ncjrs.gov/works.>; Waller, Irvin, *Less Law, More Order: The Truth about Reducing Crime*, Westport, Praeger, 2006; Waller, Irvin, *Control inteligente del delito*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Proyectos Estratégicos Consultoría, 2014.

¹⁷ Gilsinan, James F., "Public policy and criminology. An historical and philosophical reassessment", en Hancock, Barry W. y Sharp, Paul M., *Public policy, crime, and criminal justice*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1997, p. 24.

en la construcción de mejores instituciones. Por el otro, la influencia de la escuela positiva, principalmente lombrosiana, y su inscripción en políticas radicales y discriminatorias,¹⁸ alertan sobre la necesidad de desarrollar mejor evidencia con base en mejores metodologías, así como la importancia de la idoneidad científica y de la evidencia en los desarrollos teóricos.

En cualquiera de los casos, y al margen de a quién se podría considerar padre de la criminología —lo mismo podemos citar a Cesar Lombroso (1876), Paul Topinard (1883) o Rafael Garófalo (1885)—, es posible sostener que ésta representa el punto de inflexión que da origen al segundo gran paradigma sobre la prevención.

Una buena parte del conocimiento que hoy se aplica deriva de las corrientes criminológicas. La extraña fijación, casi fetichista, del periodo previo dominado por el poder disuasivo de la ley y las explicaciones causalistas centradas en el individuo (positivismo), adquieren un segundo plano frente a las escuelas italiana (Ferri, Lombroso y Garófalo) y francobelga (Durkheim, Tarde, Quételet) y su interés por descifrar las causas profundas de la criminalidad. La entonces controvertida afirmación hecha por Durkheim sobre la dimensión social de la criminalidad, la cual señala que no es posible *erradicar* el delito como fenómeno social, sino simplemente mantenerlo en niveles que sean *aceptables* y dentro de determinados límites,¹⁹ encontró eco en diversas escuelas posteriores.

En este sentido, las corrientes criminológicas compartieron con sus predecesores legalistas su enfoque en el control, aunque marcaron una diferencia en relación con las prenociones existentes sobre el delito, el reconocimiento de éste como un *hecho social normal*, como lo afirmó Durkheim, frente al cual existe una reacción en contra que es determinada, en gran medida, por ideologías, culturas, códigos morales, sensibilidades y entornos sociales.²⁰

Como disciplina empírica, la criminología se distanció de los análisis meramente dogmáticos. En su estudio fenomenológico del ser

¹⁸ Friedlander, Henry, *The Origins of Nazi Genocide: From Euthanasia to the Final Solution*, Carolina, University of North Carolina Press, 1995.

¹⁹ Durkheim, Emile, *Las reglas del método sociológico*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 9 y 119.

²⁰ Garland, David, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, Chicago, Chicago University Press, 2001, p. 185; *id.*, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, México, Siglo XXI Editores, 1999.

humano, llevaría a la práctica los métodos deductivo, descriptivo, cuantitativo, cualitativo, analítico, interdisciplinario, semiótico, biográfico, entre otros, con el objeto de construir modelos teóricos que permitieran investigar y generar conocimiento acerca del delito, el delincuente, la víctima y los medios de control tanto formales como informales.

De esta forma, se aproxima a las causas, el desarrollo y los efectos de los comportamientos y conductas antisociales —no únicamente a los contenidos en leyes penales— y, en consecuencia, elabora conclusiones que aportan en la conformación de diversas propuestas de prevención como la comunitaria, la situacional y la social.

La preocupación constante por transformar realidades, además de construir conocimiento, llevó a la criminología a construir y reforzar, constantemente, puentes con aquellos tomadores de decisiones a través de la política criminal o criminológica que, en su sentido más específico, sería desde entonces la encargada de valorar críticamente el derecho vigente y las reacciones de control social formal. Ello permitiría sugerir reformas pertinentes, identificar conductas que han de ser propuestas al legislador para su incorporación al cuerpo legal positivo y, en consecuencia, orientar y apuntar nuevos escenarios de análisis de la dogmática penal y de las respuestas en prevención, reducción, control y represión a hechos delictivos.

En este orden de ideas, la criminología proporciona hipótesis para elaborar y sustentar medidas de política criminal, unas incorporándose al ámbito legal sustantivo y orgánico del propio sistema de justicia penal, y otras de carácter educativo, de salud, de empleo, urbanas y culturales para contrarrestar las causas últimas de la violencia y el delito y atajar factores de riesgo en determinados grupos, espacios y ámbitos que requieren protección.

En tal virtud, cobra relevancia en tanto estudia las conductas desviadas que, en una concepción organicista, son aquellos comportamientos individuales o de un grupo de personas que afectan la salud o el buen funcionamiento de un conglomerado social, sea la familia, el centro escolar o de trabajo, el vecindario, la comunidad o un ámbito más amplio como una región, ciudad, país o, inclusive, el orden mundial, que se soporta en un conjunto de valores, principios y normas de convivencia mayoritariamente aceptados y plasmados en la ley, las costumbres, la ética, la moral, la cultura y la religión, y tienen la finalidad de asegurar la estabilidad de la vida societaria para que ésta cumpla sus propósitos esenciales en sus distintos niveles de organización.

Así, las teorías criminológicas han alimentado una buena parte de las prácticas en la prevención de la violencia y el delito, sea desde el enfoque social, comunitario y situacional, lo mismo que han evaluado las políticas que funcionan y evidenciado las que no arrojan resultados positivos.

Lo mismo desde el positivismo criminológico de Lombroso y sus postulados del criminal nato y atávico, que continuó con sus discípulos Ferri y su sociología criminal, y Garófalo y su premisa de las deficiencias psíquicas o morales hereditarias; la idea individualista fue desarrollada por otros autores relevantes hasta llegar a la etapa actual que, en el método científico, sustenta la disección del fenómeno criminal desde diferentes ópticas psicobiológicas, ambientales y sociales. De este modo, Fishbein sintetiza e interrelaciona tres elementos en el comportamiento desviado: 1) los sistemas neurológicos responsables de la inhibición de conductas y emociones extremas; 2) los mecanismos necesarios para aprender de la propia experiencia y de otras personas, y 3) los factores sociales referidos a la estructura familiar de los individuos y a los recursos comunitarios y mecanismos de ayuda social.²¹

Por otro lado, un fuerte viraje teórico dentro de las corrientes criminológicas lo dio la influyente Escuela de Chicago con sus estudios sobre sociología urbana y ecología social (primera etapa en los años veinte a treinta y las teorías de Sutherland), la desorganización social (segunda etapa en los años cuarenta), y las teorías del etiquetamiento y del interaccionismo simbólico (tercera etapa con Becker, Mead y Strauss en los años sesenta).²²

Sutherland y su asociación diferencial resultan un salto gigante. En su teoría plantea que la mayor parte del comportamiento humano es aprendido, tanto las conductas que siguen las normas sociales como las desviadas. El aprendizaje surge por la influencia de las consecuencias que siguen a las conductas y por la imitación de modelos. Así, una situación idéntica será diferente para dos individuos dependiendo de su historia personal y de su experiencia. Por ende, niñas, niños y adolescentes forjarán su comportamiento en función de las asociaciones que sostengan en su ámbito familiar u otros como la escuela o con personas que favorezcan o no el cumplimiento de leyes, principios y valores.

²¹ Garrido Genovés, Vicente *et al.*, *Principios de criminología*, 3a. ed., España, Tirant lo Blanch, 2006.

²² Becker, Howard, *Outsiders, hacia una sociología de la desviación*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014; Garrido Genovés, Vicente *et al.*, *op. cit.*

Los sociólogos Shaw y McKay²³ en los años cuarenta centraron sus estudios en el entorno exógeno, físico y social, que rodea a las personas. Entonces, caracterizaron zonas, áreas o barrios según actividades profesionales, económicas y de asentamiento de clases sociales y, con base en mapas delincuenciales y trabajo con grupos de jóvenes delincuentes, en particular identificaron agentes criminógenos provocados por la desorganización resultante de los procesos de industrialización y migración no planificados, debilidades en los métodos de control público e informal, la pérdida de valores y la adopción de paradigmas delictivos y generación de subculturas. Dichos autores manejan variables hoy insoslayables en políticas de seguridad urbana y ambiental o ecológica pues, por ejemplo, en México se edifican unidades habitacionales para miles de personas, que se encuentran sin servicios básicos a sus alrededores, a grandes distancias de los centros de trabajo y se convierten prácticamente en *dormitorios*, por lo que los niños y jóvenes se encuentran solos, se despersonaliza la interacción y convivencia comunitaria y se tornan en espacios de riesgo y generación de subgrupos que llegan a generar manifestaciones antisociales. Es la desorganización la que provoca la desviación.

Howard Becker plantea²⁴ un rompimiento instrumental para indicar que una conducta es delictual y una persona es delincuente simplemente porque hay una sociedad que así lo ha etiquetado. Mientras que para Mead,²⁵ los significados de las conductas se forman en la interacción social, donde las acciones y las reacciones moldean la conciencia sobre la existencia del propio sujeto y sobre otros objetos son los significados y las interpretaciones sobre dichas interacciones lo que determina al delito y al delincuente.

Muchas de las explicaciones de las subsecuentes teorías criminológicas siguen siendo de mucha utilidad para quienes trabajamos en prevención. La premisa fundamental estaba, y está, en la afirmación del agotamiento del enfoque represivo y el (re)surgimiento de las explicaciones sociales.

Las teorías del control y de la desorganización social, de los espacios defendibles, de las actividades rutinarias, de la anomia según Merton²⁶

²³ Shaw, Clifford R. y McKay, Henry D., *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, 2a. ed., Chicago, University of Chicago Press, 1972.

²⁴ Becker, Howard, *op. cit.*

²⁵ Garrido Genovés, Vicente *et al.*, *op. cit.*

²⁶ *Idem.*

(desfase entre medios y fines), de las explicaciones situacionales, de la criminología crítica, de la deconstrucción de los grupo de poder en el Estado y las teorías del etiquetamiento, así como las nuevas corrientes criminológicas y neoinstitucionales (análisis del funcionamiento teórico-práctico de las instituciones), igualmente aportan hipótesis y explicaciones útiles para desagregar los fenómenos delictivos y acercar mejores formas de abordarlos a fin de prevenir, reducir, controlar y reprimir sus efectos nocivos en la sociedad.

Por tanto, la variedad de teorías, enfoques y prácticas pueden ser reducidos en tres grandes tipos de prevención, que fundamentalmente emanan del paradigma científico de las escuelas criminológicas.

1. *Prevención social o enfocada en el desarrollo*

Este tipo de prevención tiene sus fundamentos en las teorías de desarrollo humano y del curso de vida o de carreras criminales. Sobre las bases sentadas por Shaw y McKay y, con posterioridad, por Bronfenbrenner, teorías como la de las etapas vitales de Farrington enfatizan las experiencias en la historia de vida de las personas para señalar como influir en los factores de riesgo identificados científicamente o en las *causas raíz* de la delincuencia. Programas de primera infancia, habilidades parentales, intervenciones en mujeres adolescentes embarazadas, de corte educativo o recreacional en grupos en especial situación de vulnerabilidad, son algunos ejemplos de este tipo de prevención.

Con frecuencia se confunde a la prevención social con la política social, donde sólo comparten ciertos espacios en poblaciones, problemáticas y territorios determinados, pero con objetivos diferenciados: la primera actúa focalizadamente, mientras que el ámbito de la segunda es de carácter general y universal. No obstante, ambas políticas son necesarias y tienden a coordinarse y conjugarse para tener impactos efectivos y eficaces.

De conformidad con las Naciones Unidas, esta forma de prevención se traduce en

promover el bienestar de las personas y fomentar un comportamiento favorable a la sociedad mediante la aplicación de medidas sociales, económicas, de salud y de educación, haciendo particular hincapié en los niños y los jóvenes, y centrando la atención en el riesgo y los factores de pro-

tección relacionados con la delincuencia y la victimización la prevención mediante el desarrollo social.²⁷

2. Prevención comunitaria

Es el espacio de mayor naturalidad para la prevención, heredero directo de la Escuela de Chicago con Sutherland y la de desorganización social de Sampson y Raundebush (2001).²⁸ Aquí el territorio, como espacio físico y de relaciones, acciones y comunicaciones sociales se entrelaza con las soluciones (y los problemas). Tiene como objetivos mejorar la calidad de vida y favorecer una mayor cohesión y solidaridad sociales; identificar problemas de criminalidad y orden público en los territorios y proponer soluciones sostenibles mediante la acciones conjuntas entre habitantes y autoridades; incrementar el nivel de satisfacción de la sociedad con la intervención de la autoridad; impulsar la participación de la población en la producción de seguridad; valorar la labor de todos los actores, incluida la policía, y ofrecer servicio de calidad a través de respuestas personalizadas.

Se traduce en “modificar las condiciones existentes en los vecindarios que influyen en la delincuencia, la victimización y la inseguridad resultantes del delito mediante el fomento de iniciativas, la aportación de experiencia y la decisión de los miembros de la comunidad”.²⁹

3. Prevención situacional

Desde las teorías del espacio defendible de Oscar Newman (1972)³⁰ y el surgimiento del CPTED (Crime Prevention Through Environmental

²⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), I. *Prevención del delito*, p. 304. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_01.pdf

²⁸ Sampson, Robert J.; Raundebush, Stephen W., *Disorder in Urban Neighborhoods—Does It Lead to Crime? Research in Brief*, Washington, D. C., National Institute of Justice, 2001. Disponible en: http://www.scholar.harvard.edu/files/sampson/files/2001_nij_raundenbush.pdf

²⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), I. *Prevención del delito*, cit., p. 304.

³⁰ Newman, Oscar, *Defensible space; crime prevention through urban design*, Nueva York, Macmillan, 1972.

Design), la reducción de las oportunidades para la comisión de delitos, ha resultado en formas ambientales (criminología ambiental) y mecanismos prácticos de intervención, muchas veces de resultados rápidos.

Bajo la sencilla premisa de que *la oportunidad hace al ladrón*, las teorías de las actividades rutinarias (Macus Felson) y de la elección racional (Cornish y Clarke, 1986)³¹ apoyan una aproximación basada básicamente en un análisis de problemas donde la prevención situacional³² representa el modelo de intervención.

Esta propuesta tiene como objetivo central “prevenir los delitos reduciendo oportunidades de cometerlos, aumentando para los delincuentes el riesgo de ser detenidos y reduciendo al mínimo los beneficios potenciales, incluso mediante el diseño ambiental, y proporcionando asistencia e información a víctimas reales y potenciales”.³³

V. LA PREVENCIÓN INTELIGENTE

Las teorías y trabajos criminológicos aparecidos después de los años setenta, no negaron su escepticismo acerca de la efectividad de la amenaza legal y del sistema de seguridad y justicia penal, con base en sólidas raíces empíricas,³⁴ como ha quedado descrito. Compartieron con sus predecesores su enfoque en el control, aunque marcaron una diferencia en relación con las prenociencias existentes sobre el delito: la normalidad del delito y su posible reducción.³⁵

La prevención comunitaria, desarrollada y conocida como tal al menos desde los años sesenta, junto con la prevención social, resultado principalmente de las corrientes criminológicas de izquierda,³⁶ abrieron las puertas para el tercer paradigma teórico explicativo.

³¹ Cornish, Derek B. y Ronald, Clarke (eds.), *The reasoning criminal: rational choice perspectives on offending*, Nueva York, Springer-Verlag, 1986.

³² Clarke, Ronald (ed). *Situational Crime Prevention. Successful case studies*, Nueva York, Harrison and Heston, 1997.

³³ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), I. *Prevención del delito.*, cit., p. 304.

³⁴ Garland, David, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, cit., p. 187.

³⁵ *Ibidem*, p. 185; Garland, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, cit.

³⁶ Welsh, Brandon C. y Farrington, David P., “Crime Prevention and Public Policy”, cit.

Ante los escasos resultados de las intervenciones de política social general en el control del delito (criminología de izquierda),³⁷ se sumó el cuestionamiento de la efectividad del trabajo policial y un fenómeno que desafiaba el entendimiento y la relación entre la delincuencia, las comunidades y las víctimas: el miedo.

Aquí irrumpió el concepto de *reducción del delito* (*crime reduction*) para diferenciar intervenciones sociales complejas de esfuerzos mucho más focalizados. Pronto *prevención*, *reducción*, *control* y *represión* serían conceptos cuyas fronteras técnicas encontrarían más zonas grises, imbricadas y de convivencia, que nociones puras y facilitadores para explicar los alcances de uno y otro.

La centralidad que el delito, el delincuente y la delincuencia tuvieron en los dos paradigmas anteriores se deslizó a un segundo plano con la incursión de otras metodologías y lenguajes. La incorporación del enfoque del sector salud a los estudios sobre suicidios y homicidios fue relativamente rápida y certera.

Con un control cada vez más efectivo de las enfermedades y su disminución en las estadísticas de las causas de mortalidad y morbilidad mundiales, las muertes violentas por causas externas ocuparían un lugar prominente en los análisis. El estudio pionero desarrollado por el Surgeon General de los Estados Unidos de América, denominado *The Surgeon General's report on health promotion and disease prevention* (1979), ubicó al suicidio y al homicidio como dos de las principales causas de mortalidad de las personas, y a la violencia como una de las quince prioridades nacionales por sus consecuencias en la salud, que no debería ser ignorada por sus costos. Aquí se encuentran los orígenes de los tres niveles de intervención para la prevención de la violencia, es decir, la prevención primaria, secundaria y terciaria.

Los modelos epidemiológicos de prevención y control de las enfermedades, a través del desarrollo de tamices sobre factores causales, demostraron su utilidad en la elaboración de patrones y perfiles delictuales, considerados hasta entonces sólo del ámbito policial. Las investigaciones que, en coordinación con las autoridades de seguridad

³⁷ En este sentido es extraordinariamente valioso el *caso de Venezuela* sobre la hipótesis nula de que mayor inversión en política social, *per se*, no reduce la violencia y el delito. Para mayor abundamiento, véase Briseño-León, Roberto, *Ciudades de vida y muerte. La ciudad y el pacto social para la contención de la violencia*, Caracas, Alfa-Sociología, 2015.

y justicia penal, desde entonces realizaron instituciones como el Centro de Control de Enfermedades (CDC por sus siglas en inglés) de Estados Unidos en temas relativos al homicidios de infantes, muertes por hechos de tránsito, suicidios de adolescentes y tiroteos, mostraron resultados: la violencia es prevenible³⁸ y detiene el delito.

Mientras tanto, en Europa se gestaba un abordaje gerencial diferente para atender la violencia, el delito y la inseguridad.

1. Redefiniendo responsabilidades

En 1982 se publicó, en Francia, el Informe dirigido al primer ministro denominado *Face à la délinquance: prévention, répression, solidarité*, elaborado por la Comisión de alcaldes por la seguridad (*Commission des maires sur la sécurité*, 1983), presidida por Gilbert Bonnemaïson; este documento marca el surgimiento de la centralidad de los gobiernos locales como actores fundamentales en la construcción de seguridad, e insta a la colaboración entre varias agencias, sectores, actores y niveles de gobierno para llevar a cabo políticas de prevención basadas en el capital social (tejido social es uno de sus sinónimos). Mira a la prevención y a la represión como un *continuum* complementario de las acciones de los gobiernos.

A partir del Informe se construyeron andamiajes institucionales permanentes, con presupuestos propios y entes de liderazgo y coordinación al más alto nivel. Se crearon, entonces, un centro de responsabilidad específica que sería el Consejo Nacional de Prevención del Delito (CNPDP, *Conseil national de prévention de la délinquance*), con respectivas réplicas en los Consejos de Condado (CDPD por sus siglas en francés) y comunitarios (CCPD por sus siglas en francés). El alcalde, presidiría el CCPD y sería el líder de las acciones a realizar por los actores locales de seguridad, bajo el supuesto de que los municipios eran los únicos capaces de hacer frente a los problemas locales, invertir en recursos humanos e infraestructura, para disminuir las tensiones sociales en el entorno urbano y proteger a las personas.

³⁸ El CDC fue de los primeros centros a nivel mundial en crear los denominados *Blueprints*, o programas estandarizados de prevención con base en evidencia científica, para abordar determinadas formas de violencia y obtener resultados concretos y medibles.

Para finales de los ochenta, las políticas de seguridad estarían integradas en las políticas de las ciudades, a través de soluciones integrales de prevención. Se crea la Delegación Interministerial de la Ciudad (DIV: *Délégation interministérielle à la ville*), encargada de suministrar técnicamente los insumos de trabajo del CNPD, mediante la metodología diseñada por el Informe Bonnemaïson: diagnósticos locales de seguridad, diseño de estrategias, desarrollo de un plan de implementación y el establecimiento de sistemas de monitoreo y evaluación. Todo este trabajo requería una mayor cooperación entre los diversos actores y las instituciones, los principios serían la coordinación, coproducción y corresponsabilidad.

La premisa era clara y crucial: si se incrementa el deterioro social, se multiplican los problemas y es muy probable que, después, no se puedan controlar.

Si bien las políticas francesas locales de prevención propuestas por la Comisión han evolucionado a sus propios ritmos y por sus propias necesidades, la influencia de Bonnemaïson tuvo eco en Europa. Su informe y modelo de aproximación gerencial, estratégica, focalizada y preocupado por generar conocimiento técnico, dio pie a una iniciativa regional, por lo que surge el European Forum for Urban Security (EfUS) en 1987, una red de 250 autoridades locales en 16 países, con fuerte influencia mundial.

2. Los consensos

Desde 1955, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) ha realizado una serie de congresos internacionales de los que han emanado documentos y declaraciones, los cuales han transformado las agendas nacionales sobre las mejores formas de abordar la criminalidad. Bajo el nombre de Congresos de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Justicia Penal,³⁹ el último de ellos, realizado en Doha en 2015, tuvo como tema central la prevención del delito y el desarrollo sostenible, sin duda vinculado a los nuevos objetivos

³⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal 1955-2010 55 años de logros*, Viena, UNODC, 2010, 16 pp. Disponible en: http://www.unis.unvienna.org/pdf/2010-Crime_Congress/Spanish_Poster_Book.pdf

y metas para el desarrollo sostenible (MDS), también de las Naciones Unidas (principalmente el objetivo 16).

Afortunadamente no ha sido el único espacio que ha propugnado por la importancia de la prevención. Teniendo al EFUS como hito de referencia, y después de una serie de declaraciones desde Europa y las Naciones Unidas, a partir de 1990 se gestaron una serie de diálogos por la creación de un Centro Internacional para la Prevención de la Criminalidad (ICPC) que vería su creación en 1994, apoyado por los gobiernos de Francia, Canadá y Quebec, y bajo la dirección de uno de los expertos creadores del mismo: Irvin Waller.

Se presentarían una serie de instrumentos internacionales que transformarían el rostro de la prevención en el mundo,⁴⁰ que sistematizan los grandes aportes provistos, en nuestra historia, por la ruta penal y la criminológica, con una mirada concreta y bajo un objetivo claro. Así, en 1995 se publicaron las Directrices para la cooperación y la asistencia técnica en la esfera de la prevención de la delincuencia urbana; en 2002, las Directrices para la prevención del delito; y en 2005, las Acciones para la efectiva promoción de la prevención del delito, documentos todos ellos generados bajo el liderazgo del profesor Waller. Como un eco de avanzada, en 2014 se presentó la resolución E/RES/2014/21 *Strengthening social policies as a tool for crime prevention*, promovida por el gobierno de México y, actualmente (2016), se discute el Proyecto de Convención para la Prevención de la Violencia Urbana.

Por otro lado, la violencia se ha convertido en un concepto igualmente central para los gobiernos, que inclusive se ha tomado en mucho como sinónimo de delito. El punto de quiebre fue a partir de 1996 y la adopción de la resolución WHA49.25 emitida por la Asamblea Mundial de la Salud (OMS), en la que se le declara como “un problema de salud pública fundamental y creciente en todo el mundo”.⁴¹

La OMS no sólo fue precursora en su llamamiento mundial a detener la violencia. En su estudio pionero *Informe mundial sobre la violencia y la salud* (2002), sistematiza el primer gran marco explicativo de la violencia a través del modelo de ecología del desarrollo humano de Uri Bronfenbrenner (1979). Por primera vez, se describen sistemáticamente las interconexiones entre diferentes factores de riesgo, de protección y sistemas de introyección de conductas que favorece, precipitan o

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Organización Mundial de la Salud, 1996.

detonan la violencia, causando lesiones y muertes violentas, intencionales y no intencionales. Asimismo, alerta sobre las consecuencias y define la violencia, materia fundamental de la prevención predelictiva es:⁴² “el uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”.

Gracias al conocimiento acumulado, la nueva etapa de la prevención centró sus esfuerzos en identificar qué funciona, qué no funciona y qué promete funcionar.⁴³ Ya no se trató del desarrollo de grandes teorías sino cómo ponerlas en práctica y cómo saber si realmente una intervención reduce violencia, delito o inseguridad. Las crisis económicas también tuvieron su influencia en esta nueva aproximación, son muchos los problemas que enfrentan los gobiernos y las comunidades, por lo tanto, la prioridad es conocer dónde invertir correctamente para evitar que se desperdicien recursos, tanto económicos como sociales y fundamentalmente humanos. Inicia la era de la prevención inteligente.

3. América Latina irrumpe en el concierto internacional

Si el decenio de los años ochenta del siglo pasado significó un impulso claro a la prevención en países fundamentalmente anglosajones, a finales del mismo periodo el concepto de seguridad ciudadana irrumpió en el contexto latinoamericano,⁴⁴ no sin tener como antecedentes una serie de casos prácticos sobre prevención que se han convertido en referentes mundiales, principalmente desarrollados en Colombia y Chile.

Después de una serie de tropiezos democráticos en la región, principalmente en términos electorales o de democracia mínima,⁴⁵ inició

⁴² Krueg *et al.*, *Informe mundial sobre la violencia y las Salud*, Washington, Organización Panamericana de la Salud, 2003.

⁴³ Lawrence *et al.*, *Preventing crime: what works, what doesn't, what's promising. A report to the united states congress*, preparado por the National Institute of Justice, 1997. Disponible en: <https://www.ncjrs.gov/works>

⁴⁴ Karn, 2011, Jaqui, *A question of good governance? Developments in crime prevention internationally*, en Smith, Cindy J. *et al.*, *Routledge Handbook of International Criminology*, Nueva York, Routledgep. 70.

⁴⁵ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica.

un periodo de reflexión profundo sobre las formas de construir gobierno, gobernanza y gobernabilidad, así como del papel de los ciudadanos. No se trataría de una discusión mínima frente a una serie de crisis continuas por incrementos en los índices de violencia letal y el rol de las fuerzas de seguridad, después de diversas dictaduras y conflictos armados en la región.

En términos generales,⁴⁶ el concepto *seguridad ciudadana* buscaba consolidar la idea de una seguridad pública democrática e integral (alejada de la *seguridad nacional*), dando mayor importancia a la prevención de la inseguridad, la violencia y el delito; a la participación de la sociedad; a la noción de policía comunitaria o de proximidad social; y al respeto a los derechos humanos. Aunque no rompe con la mirada estado-céntrica, se aleja de la visión exclusiva en el delito, bajo la idea de que la convivencia ciudadana positiva mejora ostensiblemente la situación de seguridad, coadyuva para romper los círculos viciosos de la violencia y contribuye a la construcción de instituciones del Estado más legítimas y eficaces. Apunta hacia los factores que afectan dicha convivencia y que, en cierto sentido, posibilitan la predicción de violencia y criminalidad. Es en este punto donde se conecta simbióticamente con la noción de prevención.

Entonces, si el Estado ha de garantizar el ejercicio de la ciudadanía, entendido como la potestad de las personas de vivir en una comunidad incluyente donde se respeten y cumplan derechos y deberes, ello implicará también la participación de una pluralidad de actores que tienen un rol que cumplir, entre los que se encuentran autoridades centrales, subnacionales y locales, los medios de comunicación, la sociedad civil, los centros académicos y el sector privado, entre otros, y no únicamente los sistemas tradicionales de prevención, control y sanción.⁴⁷

A partir de dicho enfoque se identifican las tres dimensiones que definen materialmente a la seguridad ciudadana:⁴⁸

- a) La condición de vivir libre de amenazas producto de la violencia y el delito.

⁴⁶ Martínez-Solares *et al.*, *Modelo regional de política integral para la prevención de la violencia y el delito*, Unión Europea, EUROsociAL II, 2015.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Idem.*

- b) La persona, sus derechos y necesidades se encuentran en el centro de las decisiones que toman los gobiernos para garantizar la primera dimensión.
- c) Una nueva forma de gestionar la seguridad que se aleja de la verticalidad de las decisiones (de arriba hacia abajo), donde las personas y comunidades dejan de ser sujetos pasivos de las políticas de seguridad y prevención para convertirse en coproductores y corresponsables de las mismas.

Los desafíos que la todavía joven noción de seguridad ciudadana enfrenta, desde su construcción científica, parecen estar más relacionados con las formas de gestión y gobernanza de la seguridad, que con su aproximación a los problemas de inseguridad, violencia y delito basados en la prevención. Aún con evidencia irregular y fragmentada, la prevención ha demostrado ser una mejor solución que las respuestas tradicionales fundamentalmente reactivas. Tal convicción se encuentra en los consensos regionales.

Con la Declaración sobre Seguridad en las Américas⁴⁹ se dan los primeros pasos para poner a la prevención en el centro de las discusiones regionales, mismos que encuentran en la Declaración de San Salvador sobre Seguridad Ciudadana en las Américas⁵⁰ y el posterior Plan de Acción Hemisférico para dar Seguimiento a la Declaración de San Salvador sobre Seguridad Ciudadana en las Américas,⁵¹ un esfuerzo mucho más consolidado es la Declaración de Cartagena de Indias para la prevención de la violencia y la adopción del Modelo Regional de Política Integral para la Prevención de la Violencia y el Delito (2015), el instrumento regional que expresamente señala la necesidad de pensar la prevención como uno de los pilares de las democracias en América Latina.

VI. AVANCES Y DESAFÍOS EN MÉXICO

En sintonía con los grandes paradigmas mundiales, el país ha transitado por las rutas penales y criminológicas y ha reconocido la fuerza

⁴⁹ OEA/Ser.K/XXXVIII, CES/dec.1/03 rev. 1, 28 octubre 2003.

⁵⁰ AG/DEC.66 XLI-O/11, 7 de junio de 2011.

⁵¹ OEA/Ser.G, CP/doc.4708/12, 3 de mayo de 2012.

política y la utilidad social de la prevención. También ha demostrado ser una muestra clara de que los paradigmas y rutas descritos son capaces de convivir en entornos democráticos, aunque no sin tensiones.

El primer gran momento hacia la prevención inteligente estuvo en la reforma constitucional publicada en diciembre de 1994, en el *Diario Oficial de la Federación*, y la incorporación de la función de seguridad pública y el papel central de la policía. Como resultado, en 1995 se promulgó la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública (abrogada), que instituyó una mezcla de control penal y policial en los fines de la seguridad entendida como una cadena de producción que incluía a la prevención, la persecución y la sanción de las infracciones y delitos, así como la reinserción social de adultos y menores infractores (artículo 3o.), sin otra referencia que la policía y el sistema de justicia penal.

No obstante, dicha Ley general ya traía un postulado de avanzada, la definición de seguridad pública como

la función a cargo del Estado que tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos. Las autoridades competentes alcanzarán los fines de la seguridad pública mediante la prevención, persecución y sanción de infracciones y delitos, así como la reinserción social del delincuente y del menor infractor. El Estado combatirá las causas que generan la comisión de delitos y conductas antisociales y desarrollará políticas, programas y acciones para fomentar en la sociedad valores culturales y cívicos, que induzcan el respeto a la legalidad.

El segundo gran viraje también tuvo como antecedente una modificación constitucional. El 18 de junio de 2008 entró en vigor el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece que la “seguridad pública es función a cargo de los tres órdenes de gobierno, y comprende la prevención de los delitos, la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de ley”.

Se agregó que el órgano encargado de cumplir con los objetivos de la seguridad sería el sistema nacional creado por la ley de 1995, dentro de cuyas bases mínimas de funcionamiento estaría la participación de la comunidad en coadyuvancia, entre otros, de los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito, así como de

las instituciones de seguridad pública (artículo 21, inciso e). Se establecen las pautas constitucionales para la prevención social.

En 2008, y por convocatoria del Partido de la Revolución Democrática, Irvin Waller y otros expertos se reunieron en la Cámara de Diputados para sentar las bases conceptuales de la prevención integral en la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública,⁵² la cual creó el Centro Nacional de Prevención del Delito y Participación Ciudadana.⁵³ Un paso inédito en América Latina, que recogía las experiencias

⁵² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, del 2 de enero de 2009.

⁵³ La Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (LGSNSP) es reglamentaria del artículo 21 referido. En el artículo 2o. ilustra la visión tradicional de la seguridad pública a través de los fines “salvaguardar la integridad y los derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos, y comprende la prevención general y especial, la investigación y persecución de delitos y la reinserción social de los individuos”. Los paradigmas dogmáticos penales y policiales en una sola frase.

El segundo párrafo contiene mandato fundamental para construir la política de Estado en materia de prevención social de la violencia y la delincuencia, nuestro tercer paradigma: “El Estado desarrollará políticas en materia de prevención social del delito con carácter integral, sobre las causas que generan la comisión de delitos y conductas antisociales, así como programas y acciones para fomentar en la sociedad valores culturales y cívicos, que induzcan el respeto a la legalidad y a la protección de las víctimas.”

Por otro lado, el artículo 3o. señala a los actores como parte de la función de seguridad pública: “las instituciones policiales, del Ministerio Público, de las instancias encargadas de aplicar las infracciones administrativas, de los responsables de prisión preventiva y ejecución de penas, así como por las demás autoridades que en razón de sus atribuciones deban contribuir directa o indirectamente al objeto de esta Ley”, por lo que ésta última declaración permite considerar a los tribunales penales y, sin duda alguna, a todas aquellas instancias responsables de operar las acciones de prevención social de la violencia y la delincuencia, como es el caso del Centro Nacional de Prevención del Delito y Participación Ciudadana y la Subsecretaría de Prevención y Participación Ciudadana de la secretaría de Gobernación.

En el artículo 28 postularía la coproducción de la seguridad, ya que el Centro Nacional de Prevención del Delito y Participación Ciudadana debe establecer mecanismos eficaces para que la sociedad participe en el seguimiento, evaluación y supervisión del Sistema, y que dicha participación se realizaría en coadyuvancia y corresponsabilidad con las autoridades, a través de la comunidad (tenga o no estructura organizativa) y la sociedad civil organizada.

De esta forma, el Estado mexicano configura el Sistema Nacional de Seguridad Pública, el cual está compuesto por cuatro subsistemas, siendo el primero el relativo a la prevención integral, que incorpora la prevención general y especial definidas propiamente por el derecho penal; la prevención situacional y *vigilantista* desarrollada

desarrolladas en la Unión Europea y en los países angloparlantes. Atestiguar dicha experiencia, de la mano del profesor Waller, se convirtió en uno de los alicientes de muchos quienes han (hemos) creído en los efectos nocivos y rampantes de la *guerra contra las drogas*, por estudiar sus consecuencias directas en las personas y las comunidades; al mirar, de primera mano, la silenciada cantidad de víctimas que día a día se acumulaban (y acumulan) en las sombras, aún no en las estadísticas oficiales.

Aquella fue la oportunidad de cambiar la estrategia, lo cual tardó (ha tardado) en suceder. Para 2011, el Centro Nacional empezaría a funcionar sin un marco que le diera fuerza operativa. Los asuntos de policía parecían apremiar.

La segunda oportunidad llegó, esta vez convocada por el Partido Revolucionario Institucional y el decidido papel de la entonces diputada federal Carolina Viggiano. Nuevamente con el apoyo y la asesoría del profesor Waller, se pergeñó el contenido de una ley de prevención, que abreviaría de las mejores experiencias y consensos internacionales.

Así, en 2011 se propuso una Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia (LGPSVD, 2012) sobre la base del conocimiento científico sólido que las rutas penales y criminológicas habían construido, pero con un enfoque decidido a apuntar hacia una forma más inteligente de intervenir. Era la posibilidad de construir una sólida institución históricamente reciente, pero ya con tiempo contra reloj frente al contexto del dolor de la gente y la creciente victimización experimentada en el país.

El artículo 2o. de la LGPSVD señalaría que la “prevención social de la violencia y la delincuencia es el conjunto de políticas públicas, programas y acciones orientadas a reducir factores de riesgo que favorezcan la generación de violencia y delincuencia, así como a combatir las distintas causas y factores que la generan”, siguiendo las directrices internacionales.

Los éxitos se seguían sumando. Pero también con reveses. Para el presupuesto de 2011, en el subsidio para la seguridad pública de los municipios y las demarcaciones territoriales del Distrito Federal (SUBSEMUN) del Presupuesto de Egresos de la Federación, se etiquetó un monto del 10% para apoyar programas y proyectos de prevención

por las instituciones policiales; y la prevención social y comunitaria definida en otro instrumento legal de aparición posterior.

social, monto que aumentaría al 20% en los subsecuentes años, para desaparecer en 2016.

En 2013, a través del Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación, se creó la Subsecretaría de Prevención y Participación Ciudadana que pronto, *de facto*, asumiría las funciones del Centro Nacional y daría vida al Programa Nacional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia 2014-2018, ya establecido en la Ley General, y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de abril de 2014.

Alrededor de un discurso políticamente correcto, los andamiajes legales e institucionales gubernamentales específicos para la prevención son cada vez más robustos en los tres órdenes de gobierno, lo que no necesariamente se ha traducido en resultados positivos.

Son sustantivos los desafíos, mucho más que legales u orgánicos. Se está lejos todavía de consolidar a la prevención inteligente como una política de Estado. Ello no sólo tiene que ver con una serie de carencias técnicas y procedimentales, propias de las instituciones jóvenes. El contexto histórico del país desafía los avances logrados, la violencia letal continúa imparable mientras persiste un entorno de desigualdad que se dinamiza con el bono demográfico por el que atraviesa México.

No obstante, en términos de crecimiento, dicho bono es una oportunidad económica invaluable: puede detonar el ciclo productivo. Pero frente a respuestas no del todo acertadas, dinamiza las violencias pre-existentes (se ha perdido ya una generación). Ello se traduce en el aumento de delitos aspiracionales y desorganización social, como las corrientes criminológicas lo dejan ver, principalmente en un entorno de debilidad institucional, muy en especial de las instituciones de seguridad y justicia, con persistente corrupción e impunidad. Quizá el factor situacional de mayor peso en el sentir de la población sea la alta presencia de delincuencia organizada, particularmente vinculada al narcotráfico, por la estela de violencia y dolor que ha dejado en gran parte del país.

Pero también existen serios retos teóricos con impacto en las acciones de prevención. No sólo se requiere equilibrar la prevención y la justicia penal en el balance presupuestal y de alcances de la política del Estado: las falencias técnicas importan. El mayor riesgo está en seguir confundiendo política social con prevención social. Sin resultados tangibles, las políticas denominadas preventivas sufrirán, muy

probablemente, un desgaste natural que, al no proveer resultados, puede llevar al desencanto de la propia idea de la prevención social.

De igual forma, conceptos como *evidencia*, *evaluación* y *éxito*, citados en el vacío de una política pública poco clara y que no acaba de madurar, podrán significar cualquier cosa, lo mismo un caso producto del azar o un informe descriptivo sobre cómo se ha hecho la prevención por las instituciones, menos aquello que las rutas aquí descritas han tratado de comunicar para hacer de la prevención inteligente una respuesta favorable, que logre frenar la creciente violencia y delincuencia, y transformar las terribles realidades de amplios grupos en situaciones de vulnerabilidad y de vastas regiones del país.

VII. COLOFÓN

Después de reescribir nuestra participación en las XVI Jornadas sobre Justicia Penal en conmemoración del 75o. aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, al tiempo de escribir este trabajo ha surgido un deber de conciencia.

Una gran parte de este recorrido viene más de la memoria que de los libros. Tanto en las aulas y la administración de la UNAM, como en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, hemos transitado buena parte de nuestra formación. Allí, grandes maestros, que también han formado parte de la Academia Mexicana, nos han transmitido su valioso conocimiento. Ha sido precisamente nuestra máxima casa de estudios la que nos permitió llegar a otros espacios y conocer de primera mano las luchas por la prevención.

Del mismo modo, participar en estos temas no hubiera sido posible sin la guía y generosidad del profesor Irvin Waller, pilar y referente mundial en prevención y derechos de las víctimas. Fue el doctor Waller, primero en el Centro Internacional para la Prevención de la Criminalidad, después en la Universidad de Ottawa y el Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge, y ahora como nuestro colega y amigo, quien nos ha sumado a la batalla por lograr un mundo sin violencia y sin dolor. En cada uno de esos espacios, iniciando desde la UNAM, hemos conocido el trabajo de muchos de los autores contemporáneos aquí citados, con algunos de ellos seguimos construyendo alianzas y

amistades; de otros, sólo nos hemos maravillado con su humildad y conocimiento; unos más se nos han adelantado en el camino de la vida.

En tal sentido, no hemos pretendido hacer *una historia* de la *prevención*, ésta tiene ya muchas. Sólo hemos tomado algunos de los paradigmas explicativos y puntos de inflexión que consideramos representan el estado actual de esta relativa nueva área del conocimiento social, tanto en México como en el mundo. Al final del día, su historia se seguirá construyendo con las nuevas generaciones y siempre sobre los pilares de todos estos grandes maestros.

Notas agudas y graves de la violencia y la criminalidad en México

Pedro José Peñaloza*

Una guerra: una matanza de gente que no se conoce entre sí para beneficio de gente que sí se conoce pero no se mata.

Paul Valéry

I. EL MARCO TEÓRICO DE LA VIOLENCIA

LAS VIOLENCIAS en sus diversas formas han estado presentes a lo largo de la historia de la humanidad; sin embargo, en las últimas décadas han adquirido nuevas morfologías a escala mundial.¹

Veamos. Para abordar el concepto de violencia, podemos partir de la definición que nos proporciona John Keane² para perfilar una serie de características y elementos importantes en el estudio de dicha concepción. Según este autor, la violencia se entiende como aquella interferencia física que ejerce un individuo o un grupo en el cuerpo de un tercero cuyas consecuencias pueden ir desde una conmoción hasta la muerte. Otro concepto de violencia es el de Tilly (2007), quien habla sobre una forma particular de violencia, la violencia colectiva. Esta forma de violencia la concibe como aquella que ocasiona daños físicos directos a personas u objetos, es infligida por cuando menos dos personas y existe cierta coordinación, aun cuando sea mínima entre quienes causan el daño.

* Doctor en ciencias penales y política criminal, es miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel II.

¹ El incremento de la violencia al que nos referimos, es la de las sociedades modernas, sin olvidar que en sociedades tradicionales las características de la violencia podían ser mucho mayores.

² Keane, John, *Reflexiones sobre la violencia*, España, Alianza Editorial, 2000.

Asimismo, Hilda Varela³ considera a la violencia como la expresión más severa y directa del poder físico, hace referencia a las acciones orientadas a producir sufrimiento y daño de manera deliberada en contra de otras personas, abusando de ellas. Es calificada como una agresión que suscita la reprobación moral, desencadena el resentimiento y la venganza como respuesta. Puede ser producto de la capacidad de un perpetrador individual o de grupos al interior de la sociedad, incluido el Estado y sus agentes.

Por otro lado, como lo señala Ramón Espinosa Contreras en su texto “La filosofía de la violencia en Hegel y Marx”:⁴

Hegel, en su obra *La fenomenología del espíritu* escrita en 1806, aborda en el apartado de “El yo y la apetencia” el problema del conflicto violento en la parte que se refiere a la autoconciencia, entendida ésta como deseo, planteando la dialéctica del amo y del esclavo. Al igual que los pensadores anteriores como Maquiavelo, Hobbes y Spinoza, Hegel considera que la primera apetencia es la que permite al ser humano sobrevivir, y la segunda se refiere a la libertad del esclavo y su reconocimiento como ser humano e histórico... Hegel influyó en Marx por su dialéctica y su método, que va de lo abstracto a lo concreto, aborda la unidad en su complejidad, sus contradicciones y su constante movimiento y explica su transformación a partir de la contradicción de sus componentes... Para Marx el surgimiento del capitalismo resulta de una multiplicidad de hechos violentos sin los cuales no se puede explicar hermenéuticamente su desarrollo. Demuestra el mismo realismo que Maquiavelo al referirse a la violencia como una constante en la historia. Describe, por ejemplo, las conquistas coloniales con el correspondiente sojuzgamiento de los pueblos y explica como la colonización fue la base de la acumulación originaria del capital y premisa para el desarrollo de la sociedad capitalista. Fue una de las etapas más sangrientas y bárbaras de la historia, estuvo sellada por la esclavización y el exterminio de millones de seres humanos, los saqueos, las guerras entre señores feudales, la explotación y expropiación violenta de tierras y de destrucción de las culturas. Sin el colonialismo, el capitalismo no se hubiera desarrollado... De tal manera que, para Marx y Engels, la violencia no se presenta de manera aislada y pura, está en todas las dimensiones de la vida

³ Varela, Hilda, “Introducción: la violencia política y la condición humana”, en Ortega, Martha *et al.* (comps.), *Violencia: Estado y sociedad, una perspectiva histórica*, México, Miguel Ángel Porrúa-Universidad Autónoma Metropolitana, 2004.

⁴ Espinosa Contreras, Ramón, “La filosofía de la violencia en Hegel y Marx”, *Marx desde cero*, 2014. Disponible en: <https://kmarx.wordpress.com/2014/12/08/la-filosofia-de-la-violencia-en-hegel-y-marx/> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2017).

social. Su presentación en el escenario es diversa, pero con distintas facetas que se derivan de las condiciones económicas. Sin ella, la sociedad sería un ente estancado sin movimiento y sin historia. El drama de la historia es que es violenta y revolucionaria, es la dialéctica del desgarramiento y destrucción interna, es la vida y la muerte, es lo nuevo contra lo viejo, es la fecundación del devenir histórico. En este sentido Marx escribe en *El capital* que toda la sociedad vieja gesta una nueva sociedad como potencia económica. Engels reafirma esta concepción marxista en *Anti-dühring* al afirmar que la violencia es el instrumento que permite al movimiento social romper las viejas estructuras.

Por su parte, Gabriel Vargas Lozano en su texto “El papel de la violencia (Marx, Engels y el marxismo)”, nos recuerda que⁵

Marx parte del reconocimiento de un hecho: la formación del capitalismo sólo fue posible mediante una serie interminable de actos violentos. En efecto, en *El capital* nos dice que “en la historia real (a diferencia del relato idílico de la economía política) desempeñan un gran papel la conquista, la esclavización, el robo y el asesinato; la violencia, en una palabra...”. De tal modo que para Marx y Engels, en primer lugar, la violencia no puede ser aislada como causa pura sino que se presenta como una consecuencia de las condiciones económicas. En segundo lugar, la violencia tiene la función de desencadenar el conflicto. En este sentido, Marx dice, en *El capital*, que: “La violencia es la comadrona de toda sociedad vieja que lleva en sus entrañas otra nueva. Es, por sí misma, una potencia económica”. Adolfo Sánchez Vázquez, al comentar esta frase en su *Filosofía de la praxis*, dice que la violencia no es la que produce los cambios por sí misma “la partera no hace ver la luz, sino que ayuda a hacer que se vea...”. En tercer lugar, la violencia puede convertirse en un proceso autónomo respecto a dichas condiciones. En efecto, Engels considera en el *Anti-Dühring* que “una vez que la violencia política se hace independiente frente a la sociedad y se convierte de servidora en dueña, puede actuar en una de dos direcciones. Puede actuar en el sentido y la dirección que marcan las leyes del desarrollo económico, en cuyo caso no media conflicto alguno entre ambos factores y el desarrollo económico es acelerado. Pero puede actuar también en sentido contrario, y, entonces, sucumbe, con pocas excepciones, al desarrollo de la economía...”. Así, mientras Platón

⁵ Vargas Lozano, Gabriel, “El papel de la violencia (Marx, Engels y el marxismo)”, *Marx desde cero*, 2013. Disponible en: <https://kmarx.wordpress.com/2013/12/16/el-papel-de-la-violencia-marx-engels-y-el-marxismo/> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2017).

consideraba que el fin del Estado debería ser la instauración de la justicia; Aristóteles, el bien común; Leibniz, la felicidad de los súbditos; Kant, la realización de la libertad, y Hegel, la expresión más consumada del *ethos*, Marx y Engels consideran que el Estado mismo debía desaparecer y con él la violencia política, para dar lugar a una sociedad autorregulada.

II. MIRADAS DE LA VIOLENCIA

Luis Ángel Ríos Perea sostiene que “Hay que estudiar al hombre, no en su vida individual, sino en su vida política y social. La naturaleza humana, según Platón, es como un texto difícil cuyo sentido tiene que ser descifrado por la filosofía; pero en nuestra experiencia personal este texto se halla escrito en caracteres tan menudos que resulta ilegible”.⁶

También, nos recuerda que

Para tratar de desentrañar las miserias y grandezas del alma humana, porque tal como nos dice José Saramago en *El viaje del elefante* “la dura experiencia de la vida nos ha demostrado que no es aconsejable confiar demasiado en la naturaleza humana, en general”. Pareciere que el hombre (ser humano) fuera un misántropo y no un filántropo. ¿Será cierto el aforismo nietzscheano de que “verdaderamente, el hombre es una corriente impura y cenagosa”?⁷

De igual forma, Ríos Perea nos remite a Nicolás Maquiavelo:

el amor, la fuerza que todo anima y vivifica, poco o nada representa para el populacho. Por el contrario, en medio de la torpeza y la malicia, aquellos hombres y mujeres apenas reconocen las instrucciones imperativas de su bajo vientre. En cambio, el dolor y el miedo sí los conmocionan y transforman; bajo su influjo se vuelven manejables, disciplinados y obedientes... El miedo es saludable...⁸

A su vez, la violencia se aprende y el grado de intensidad de la misma depende en gran parte del proceso instructivo de esa violencia, en

⁶ Ríos Perea, Luis Ángel, “La violencia: un enfoque filosófico y científico, (una perspectiva colombiana)”, Colombia. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/0B3DryNj8-JQIVIEwTVN4Um1DZEK/view> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2017).

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

el cual intervienen de modo oscuro y subliminal la propia sociedad, sus medios de comunicación, y el mercado como instrumento y herramienta de desenvolvimiento y materialización de la propia vida social.

Ya Freud sostenía que la persona también es un ser biosicosocial, por lo cual su estilo de vida depende, además de la voluntad, de las circunstancias del entorno. Es por eso que las condiciones hacen a los hombres.

Nunca la humanidad alcanzó las condiciones humanas que la protejan del miedo, del odio, la cólera, el aburrimiento que genera lo que hoy se ha llamado *angustia vital*. De allí que se hace imperiosa la necesidad de tener siempre presente que el ser humano posee una trilogía indestructible e invaluable, la que va a darnos la manera de vivir: es un ser biosicosocial. Es decir, que su estilo de vida o manera de vivir no depende únicamente de su voluntad, sino también de las circunstancias que moldean al individuo, que lo acogen en un momento dado y de las que lo recibirán en el futuro.⁹

Por su parte, Albert Bandura, creador de la teoría del aprendizaje, sostuvo que la agresividad del ser humano es un impulso aprendido.

Bandura investigó en torno a la agresión en una serie de experimentos clásicos, demostrando que el hecho de ver a otras personas comportándose de forma agresiva puede incrementar la agresividad de los niños, que no se limitan a una mera conducta imitativa, sino que inventan nuevas formas de agresión, generalizando así el efecto del modelo. Por otra parte, en el proceso de aprendizaje por imitación son sumamente importantes las consecuencias que obtiene el modelo por su conducta: cuando el modelo agresivo es recompensado los niños son más agresivos que si aquel es castigado. Es decir, que para Bandura la conducta agresiva se aprende gracias a procesos de modelado (observación e imitación de otras personas), gracias también a las consecuencias que siguen a las conductas del modelo y, finalmente, gracias a procesos cognitivos de la persona que aprende, que piensa, espera, anticipa o imagina... qué le sucederá si actúa como el modelo. En definitiva, los niños aprenden la agresión a través de la exposición a modelos violentos, de los que obtienen dos tipos de información: cómo agredir y cuáles son las consecuencias de la agresión, sean éstas positivas o aversivas.¹⁰

⁹ Díaz Narvaez, Beatriz, “Prólogo”, en Bergholtz Mujica, Ana, *Los sueños y el psicoanálisis. Sigmund Freud*, Guayaquil, Ecuador, Ariel, 1973.

¹⁰ Albert Bandura citado en Palomero Pescador, José Emilio y Fernández Domínguez, María del Rosario, “La violencia escolar: un punto de vista global”, *Re-*

III. EL ABORDAJE MARXISTA

El tema de la violencia encontró en la obra de Karl Marx un tratamiento expreso; también la tradición marxista posterior hizo énfasis sobre algunos de los tópicos tratados por Marx. El tratamiento que hace este autor del tema de la violencia se inscribe en el marco de su teoría de la alineación, cuya elaboración comenzó en los *Manuscritos económico-filosóficos* de 1844 y culminó en *El capital*, su obra cumbre.¹¹

Asimismo, el filósofo alemán supo vincular la violencia con la explotación obrera, a saber:

si el producto del trabajo no pertenece al trabajador, si es frente a él un poder extraño, esto sólo es posible porque pertenece a otro hombre, que no es el trabajador... mediante el trabajo enajenado crea el trabajador una relación de este trabajo con un hombre que está fuera del trabajo y le es extraño... Partiendo de la Economía Política hemos llegado ciertamente al concepto de trabajo enajenado... como resultado del movimiento de la propiedad privada.¹²

A partir de este principio generador de la *enajenación económica* (la alineación fundamental) se derivan otras dinámicas de la alineación como la *jurídico-política*; es decir, el Estado se autonomiza.¹³

IV. EL EJERCICIO DEL PODER POLÍTICO

Tengamos presente que ya en Hegel encontramos el reconocimiento de la determinación de la igualdad como instancia de la socialidad moderna que, carente de sustancia, no es sino la mediación que hace posible la convergencia y viabilización de los intereses particulares;

vista *Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, Universidad de Zaragoza, 2001, p. 24.

¹¹ Para un balance de la teoría de la alineación en Marx, véase González, Luis Armando y Sermeño, Ángel, “El estatuto práxico de la teoría de la alineación de Marx”, San Salvador, tesis de Licenciatura en Filosofía, Universidad Centroamericana, 1988.

¹² Elster, J., *Una introducción a Karl Marx*, México, Siglo XXI Editores, 1991.

¹³ Marx, Karl, *La ideología alemana*, La Habana, Pueblo y educación, 1982, pp. 33 y 34.

instancia que encuentra en la particularidad su razón de ser (el *sistema de las necesidades*).¹⁴

En abierta contraposición con el liberalismo, la comprensión marxiana de lo político se dispone hacia un enjuiciamiento crítico de la naturaleza del Estado moderno, la ciudadanía y los derechos de quienes participan de la condición ciudadana. En efecto, en la línea de “la cuestión judía”.¹⁵

V. LA NECESIDAD DE UNA VISIÓN TOTALIZADORA

Por supuesto para la construcción de una meseta panorámica, más allá de lo superficial, tenemos que incluir otros elementos que están presentes en la discusión; y así, tenemos que abordar a la libertad como categoría multifocal.

Por su parte, Terry Eagleton (1999)¹⁶ nos refresca la memoria y trae a cuento la siguiente cita:

la moral, la religión, la metafísica y cualquier otra ideología y las formas de conciencia que a ellas corresponden pierden, así, la apariencia de su propia sustantividad. No tienen su propia historia ni su propio desarrollo, sino que los hombres que desarrollan su producción material y su intercambio material cambian también, al cambiar esta realidad, su pensamiento y los productos de su pensamiento. No es la conciencia la que determina la vida, sino la vida la que determina la conciencia.

En esta misma dirección, Eagleton recurre al rico texto de la *Ideología alemana* con el objeto de ubicar en su exacta dimensión la polémica:

Las ideas de la clase dominante son las ideas dominantes en cada época; o, dicho en otros términos, la clase que ejerce el poder material dominante en

¹⁴ Águila Marchena, Levy del, “Marx y el liberalismo o el liberalismo de Marx: sobre la valoración marxiana del poder político”, en Bermudo Ávila, J. M. (coord.), *Figuras de la emancipación*, Barcelona, Horsori, 2011.

¹⁵ Marx, Karl, “Sobre la cuestión judía”, en *Obras de Marx y Engels (OME)*, Barcelona, Crítica-Grijalbo, 1978, vol. 5, pp. 178-208.

¹⁶ Eagleton, Terry, *Marx y la libertad*, trad. de Germán Saavedra Soler, Bogotá, Norma, 1999.

la sociedad es, al mismo tiempo, su poder espiritual dominante. La clase que tiene a su disposición los medios para la producción material dispone con ello, al mismo tiempo, de los medios para la producción espiritual, lo que hace que se le sometan, al propio tiempo, por término medio, las ideas de quienes carecen de los medios necesarios para producir espiritualmente. Las ideas dominantes no son otra cosa que la expresión ideal de las relaciones materiales dominantes, las mismas relaciones materiales dominantes concebidas como ideas.¹⁷

Para rematar, Eagleton saca del archivo el texto de Marx y Engels, *Manuscritos económicos-filosóficos*, para regalarnos una construcción contundente:

La esencia humana de la naturaleza existe solamente para el hombre social, ya que solamente existe para él como nexo con los otros hombres, como existencia suya para los otros y de los otros para él, como el elemento vital de la realidad humana; solamente así existe como la base de su propia existencia humana. Solamente así se convierte para él en existencia humana su existencia natural y la naturaleza se hace hombre para él. La sociedad es, por tanto, la cabal unidad esencial del hombre con la naturaleza, la verdadera resurrección de la naturaleza, el acabado naturalismo del hombre y el acabado humanismo de la naturaleza... Hay que evitar, sobre todo, el volver a fijar la “sociedad”, como abstracción, enfrentada con el individuo. El individuo es el ente social. Su manifestación vital —aunque no aparezca bajo la forma directa de una expresión de vida común, concebida en asociación con otros hombres— es, por tanto, una manifestación y exteriorización de la vida social. La vida individual del hombre y su vida genérica no son cosas distintas...¹⁸

En efecto, sólo cuando el hombre real, individual, reabsorba en sí mismo al ciudadano abstracto y, como hombre individual, exista a nivel de especie en su vida empírica, en su trabajo individual, en sus relaciones individuales; sólo cuando, habiendo reconocido y organizado sus fuerzas propias como fuerzas sociales, ya no las separe de sí en forma de fuerza política; sólo entonces se habrá cumplido la emancipación humana.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

VI. PANORAMA DEL HOMICIDIO EN MÉXICO: ESQUEMA DEL ANÁLISIS

Sabemos relativamente poco acerca del homicidio como fenómeno social en México. No tenemos una sociología de la delincuencia medianamente desarrollada porque las ciencias sociales se han dedicado, en general, a otros temas. En los años del cambio de siglo, conforme la seguridad pública se convertía en una de las mayores preocupaciones para la opinión pública, se comenzó a prestar más atención al fenómeno; la mayoría de lo que tenemos se refiere a la delincuencia organizada y en particular al narcotráfico, pero ya hay estudios suficientes para ir dando forma a una sociología del delito en el país.¹⁹

Existen varias líneas de investigación que valdría la pena explorar. Veamos. En el plano más general, en el conjunto de las sociedades occidentales parece haber una disminución sistemática de la violencia de la Edad Media en adelante y, parece razonable atribuirlo a lo que Norbert Elias (1987)²⁰ llamaba el *proceso de la civilización*, es decir, la progresiva incorporación de autocontroles cada vez más exigentes para hacer posible la convivencia en sociedades urbanas, más complejas. Sería interesante analizar el proceso mexicano en esos términos.

Las elevadas tasas delictuales de principios del siglo XIX podrían ser consecuencia de las primeras fases, las más disruptivas, del proceso de urbanización e industrialización: migración masiva, aglomeraciones urbanas, ruptura de vínculos tradicionales, disolución del viejo orden rural, entre otras. El descenso posterior podría explicarse, de modo parecido, por la progresiva consolidación de la sociedad industrial, con sus recursos de disciplina: escolarización, organización del mercado laboral, sistemas públicos de salud, ordenamiento urbano, etcétera.²¹ Queda, por supuesto, el problema del incremento de

¹⁹ Hay trabajos históricos importantes, como el clásico de Taylor (1987) o los libros de Speckman (2002), Piccato (2001), López (2005) o Sánchez Michel (2008). Además, hay ensayos de historia contemporánea, como los de Astorga (2007) y algunos trabajos de ciencia política y relaciones internacionales, como el de Toro (1995) o los reunidos por Bayley y Godson (2000). También hay que anotar el trabajo pionero de Martínez de Murguía (1999), el primer ensayo de interpretación sociológica de las prácticas de la policía en México, y los estudios reunidos por Alvarado (2008).

²⁰ Elias, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

²¹ Gurr, Ted Robert, *Violence in America*, Estados Unidos, Sage Publications, 1989, vol. 1.

la delincuencia y de las tasas de homicidio en particular, a partir de mediados de los años sesenta; la tesis de Roger Lane es interesante, un incremento estructural en los índices de violencia como el que se observa en los últimos treinta o cuarenta años tiene que obedecer a factores estructurales, y acaso de la misma naturaleza de los que produjeron la disminución en el siglo anterior, dicho en forma muy simple, se trataría del advenimiento de la sociedad posindustrial: las altas tasas de desempleo y empleo precario, la desindustrialización, el progresivo debilitamiento de las formas tradicionales de autoridad familiar, laboral, política.²²

Sin duda, aprenderíamos mucho sobre la delincuencia en el país si pudiésemos correlacionar las tasas de violencia con los bruscos cambios en la estructura productiva y demográfica de México a lo largo del siglo XX.²³

VII. VIOLENCIA, ESTADO Y CRIMEN ORGANIZADO EN MÉXICO

El Estado mexicano ha reconocido, con evidentes matices y resistencias, la expansión de la violencia. Y en este rubro el panorama no es nada gratificante, recordemos que en el sexenio de Felipe Calderón se registraron 102,631 homicidios, cifra 37.6% superior a la que se presentó durante el gobierno de Vicente Fox, misma que alcanzó 74,586 homicidios (México Evalúa, 2013);²⁴ en tanto, como signo altamente preocupante, en los primeros veinte meses del gobierno de Enrique Peña Nieto —del 1o. de diciembre de 2012 al 31 de julio de 2014— se registraron 57,899 homicidios, contrastando con el mismo periodo de la administración calderonista —del 1o. de diciembre de 2006 al

²² Lane, R., *Murder in America a History*, Columbus, Ohio State University Press, 1997.

²³ Escalante, Fernando, “Panorama del homicidio en México. Esquema de análisis territorial 1990-2007”, Alvarado, Arturo y Serrano, Mónica (coords.), *Los grandes problemas de México, XV Seguridad nacional y seguridad interior*, México, El Colegio de México, 2010, p. 302.

²⁴ México Evalúa, *Índice de víctimas visibles e invisibles de delitos graves*, Centro de Análisis de Políticas Públicas México Evalúa, 2011. Disponible en: http://www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2013/02/MEX-EVA_INDIX-IVVI_LOW.pdf (fecha de consulta: 21 de marzo de 2017).

31 de julio de 2008—, donde la suma fue de 43,694, es decir, el gobierno priista superó al panista con 14,205 homicidios.²⁵

La violencia en México tiene como referente principal al crimen organizado, al cual entenderemos como el conjunto de actividades ilícitas realizadas por grupos que mediante la conjunción de voluntades persiguen el lucro personal, en lo económico y en lo social, una cierta *parcela de poder*.²⁶

México no escapa a esta problemática, por el contrario es considerado uno de los países más inseguros, donde los niveles de corrupción y hechos delictivos son una realidad cotidiana y, donde algunas de las políticas implantadas para combatirla no tienen como referencia un estudio sistemático. De los 157 países considerados, en 20 de ellos se concentra el 80% de los crímenes y de esa veintena México, ocupó el lugar 16. Del total de delitos ocurridos en México el 12.09% se consideran violentos, es decir, homicidios dolosos, violaciones, lesiones dolosas, robos con violencia y secuestros.

En nuestro país, los delitos violentos alcanzaron el 36% del total en 2000. Lo que significa que en el país se registró un 200% arriba del promedio mundial.²⁷

VIII. LA EVOLUCIÓN DE LA TASA NACIONAL DE HOMICIDIOS ENTRE 1990 Y 2007

El rasgo básico del periodo fue la disminución sostenida y sistemática, año tras año, de la tasa de homicidios en el país. Con variaciones menores, se había mantenido en niveles altos —entre 15 y 20 homicidios por cada 100,000 habitantes— desde fines de la década de los setenta; sin embargo, a partir de 1992 cambia la tendencia y la tasa se reduce continuadamente hasta situarse en menos de 10 homicidios por cada

²⁵ Mendoza, Enrique y Navarro, Adela, “Tercer Informe de Peña: 57,410 ejecuciones”, *Diario Zeta*, México, 2015. Disponible en: <http://zetatijuana.com/noticias/reportajes/24643/tercer-informe-de-pena-57-mil-410-ejecuciones> (fecha de consulta: 21 de marzo de 2017).

²⁶ Jiménez, René, *Violencia y seguridad pública: una propuesta institucional*, México, UNAM-Secretaría General de Servicios a la Comunidad, 2006.

²⁷ Jacorzynski, Witold, *Estudios sobre la violencia. Teoría y práctica*, México, Miguel Ángel Porrúa-CIESAS, 2002.

100,000 habitantes, en concreto, de un máximo de 19.72 en 1992 a un mínimo de 8.04 en 2007.²⁸

El análisis de las cifras sugiere que hubo no sólo una disminución de la tasa de homicidio, sino un desplazamiento de la violencia hacia el norte y noroeste del país, hacia algunas de las ciudades más pobladas, y eso, con seguridad, le ha dado mayor visibilidad.

Tengamos presente que no hay un patrón general para los países de América Latina. Algunos tienden a tener tasas relativamente bajas, comparables con las de Estados Unidos o inferiores, como Argentina, Uruguay, Chile, Costa Rica y Bolivia; otros, en cambio, tienen casi siempre tasas superiores a la mexicana, como Colombia, Brasil, Venezuela, El Salvador y Guatemala. Por lo que tenemos que explorar factores más allá del atraso económico, la pobreza, la desigualdad o la debilidad del Estado para explicar la violencia.²⁹

El homicidio se ha hecho más urbano a lo largo del periodo. Al principio de los noventa las localidades rurales eran considerablemente más violentas que las ciudades y esto se invierte después de 2000. Los altos índices de los últimos años en ciudades de más de un millón de habitantes se deben mucho al aumento en el número de víctimas, por ejemplo, Tijuana, Ciudad Juárez, Morelos, algunos municipios de los estados de Sinaloa, Michoacán y, recientemente, el caso de Acapulco en el estado de Guerrero con tasas altísimas de homicidios compitiendo con Honduras; incluso, hay que señalar que Guerrero se coloca ya con la tasa más alta, superando el 13% nacional.

IX. TESIS FINALES

1. No hay una correlación estricta entre crecimiento de la población urbana e índice de homicidios.

2. No hay una correlación consistente entre pobreza y violencia. No obstante, los estudios recientes sobre patrones urbanos de homicidio y crimen violento sí sugieren la influencia de la desigualdad en combinación con el crecimiento explosivo del consumo de drogas y

²⁸ Los registros completos existen sólo a partir de 1990, pero la tasa nacional puede reconstruirse desde 1977 a partir del Anuario estadístico del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

²⁹ Escalante, 2010, “Panorama del homicidio en México. Esquema de análisis territorial 1990-2007”, *op. cit.*, p. 306.

la disminución de oportunidades laborales, cuyo conjunto explica en parte la concentración de los delitos violentos.

3. El problema más grande que enfrenta la procuración de justicia en México es que el Estado no ha sido capaz de erguirse como una amenaza creíble de castigo para quien cometa un delito. Desde hace diez años, los índices de impunidad han permanecido estables: sólo uno de cada 100 delitos cometidos en el país recibe castigo.³⁰

- En promedio, los ministerios públicos estatales investigan sólo el 20% de los delitos que se cometen en el país.
- Del 100% de los delitos cometidos, 20% son investigados, 9% llegan a un juez y sólo el 1% se castiga.

4. Evolución de homicidios: focos rojos sin freno. Lo más preocupante, quizá, del fenómeno de violencia que se vive hoy en México es que se ha estabilizado pero a tasas muy altas. En los últimos años, miles de personas murieron en México como producto de hechos presuntamente relacionados con el crimen organizado. Sin embargo, el problema empieza desde la nomenclatura; primero, existe sólo una presunción de que las víctimas eran, también, delincuentes; segundo, incluso si asumiéramos que todos los fallecidos eran parte del crimen organizado, no investigar cada caso sería tanto como sancionar, sin debido proceso y con pena de muerte, todos los delitos catalogados como crimen organizado —desde narcomenudeo hasta una ejecución—.³¹

5. Tiempo para integrar una averiguación previa. El tiempo que dura una investigación criminal en este país da cuenta de la naturaleza del trámite. Se trata, en todos los casos, de cumplir con una serie de diligencias para completar un proceso. Ese es precisamente el fin: completar el expediente —y no castigar a un culpable o atrapar a un delincuente—. Y, como se trata de trámites administrativos más que de inteligencia criminal, más casos implican más oficios, más burocracia, más tiempo. En 2007, el tiempo para integrar una averiguación previa era de 151 días; en 2008, 152; 2009, 172; y, en 2010 de 130 días.³²

³⁰ Centro de Investigación para el Desarrollo, *Números rojos del sistema penal*, CIDAC, 2011. Disponible en: <http://www.cidac.org/esp/uploads/1/CIFRAS.pdf> (fecha de consulta: 21 de marzo de 2017).

³¹ *Idem*.

³² CIDAC con datos del Cuarto Informe de Gobierno de Felipe Calderón, Procuraduría General de la República (cifras preliminares enero-junio de 2010).

6. Población del sistema penitenciario. El sistema penitenciario sigue siendo un tema pendiente en la agenda mexicana, por lo menos en los últimos 30 años. Según datos recientes de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, hoy existe una sobrepoblación de 51,600 reos en prisiones administradas por gobiernos estatales y federales.³³ En realidad estamos en presencia de una crisis integral y múltiple, donde se presentan, ingobernabilidad, hacinamiento, insuficiencia en los servicios, etcétera. La definición de *genocidio carcelario*, empleada por Elías Carranza, parece la apropiada.³⁴

El uso indiscriminado de la figura de prisión preventiva reafirma la noción de que en México no existe la presunción de inocencia. Casi la mitad de la población penitenciaria sigue en espera de una sentencia que confirme o niegue su culpabilidad.³⁵

X. APUNTE CONCLUYENTE

Es preciso subrayar que la violencia no es natural, no obedece a simples fenómenos endógenos o antropométricos, lejos de ello, sin caer en una visión determinista, pero sí multifocal y poliédrica, lo que hemos vivido en México es un creciente proceso de descomposición social, fractura acelerada de la cohesión comunitaria y del sentido de pertenencia en las comunidades.

Por lo tanto, ante la ausencia de un Estado que juegue su papel de defensor colectivo de los segmentos excluidos y empobrecidos, lo que hoy predomina es la ofensiva de la globalización capitalista, sin ningún dique nacional que lo impida y cuyo resultado práctico y vergonzoso es el dato que el estudio de Oxfam (2016)³⁶ nos presenta este año, el

³³ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Sobre las prácticas de aislamiento en los centros penitenciarios de la República Mexicana”, *Recomendación General*, México, CNDH, núm. 22. Disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2015/Com_2015_321.pdf (fecha de consulta: 21 de marzo de 2017).

³⁴ Carranza, Elías, *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles*, México, Siglo XXI, 2001.

³⁵ CIDAC con datos del Cuarto Informe de Gobierno de Felipe Calderón, Secretaría de Seguridad Pública, Subsecretaría del Sistema Penitenciario Federal, Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social.

³⁶ Oxfam, *Una economía al servicio del 1%. Informe de Oxfam.*, núm. 210, 2016. Disponible en: https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/bp2

cual revela cuatro grupos de capitalistas dueños de la mayoría de la riqueza del país.

Ante ello, cualquier estudio trascendente de la crisis mexicana tendría que correlacionar un trinomio: violencia-criminalidad-desigualdad social. Evadir éste buceo metodológico no nos llevaría muy lejos, y sólo favorecería la reproducción de aspirinas mediáticas y a la reproducción del control punitivo.

Lo que se necesita hoy, sin ambages, es construir y poner en práctica una alternativa nacional estructural y sistémica, que ponga en el centro de la agenda nacional la modificación del modelo de desarrollo dominante, que se ha convertido en una fábrica de archipiélagos de privilegiados y de océanos de jóvenes, de indígenas, y de pobres excluidos y humillados. Ni más, ni menos.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁGUILA MARCHENA, Levy del, “Marx y el liberalismo o el liberalismo de Marx: sobre la valoración marxiana del poder político”, en BERMUDO ÁVILA, J. M. (coord.), *Figuras de la emancipación*, Barcelona, Horsori, 2011.
- CARRANZA, Elías, *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles*, México, Siglo XXI, 2001.
- DÍAZ NARVÁEZ, Beatriz, “Prólogo”, en BERGHOLTZ MUJICA, Ana, *Los sueños y el psicoanálisis. Sigmund Freud*, Guayaquil, Ecuador, Ariel, 1973.
- EAGLETON, Terry, *Marx y la libertad*, trad. de Germán Saavedra Soler, Bogotá, Editorial Norma, 1999.
- ELÍAS, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- ELSTER, J., *Una introducción a Karl Marx*, México, Siglo XXI, 1991.
- ESCALANTE, Fernando, “Panorama del homicidio en México. Esquema de análisis territorial 1990-2007”, en ALVARADO, Arturo y SERRANO, Mónica (coords.), *Los grandes problemas de México, XV Seguridad nacional y seguridad interior*, México, El Colegio de México, 2010, p. 302.
- ESPINOSA CONTRERAS, Ramón, “La filosofía de la violencia en Hegel y Marx”, *Marx desde cero*, 2014. Disponible en: <https://kmarx.wordpress.com/2014/12/08/la-filosofia-de-la-violencia-en-hegel-y-marx/> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2017).

10-economy-one-percent-tax-havens-180116-es_0.pdf (fecha de consulta: 21 de marzo de 2017).

- GONZÁLEZ, Luis Armando y SERMEÑO, Ángel, “El estatuto práxico de la teoría de la alineación de Marx”, San Salvador, Tesis de Licenciatura en Filosofía, Universidad Centroamericana, 1988.
- GURR, Ted Robert, *Violence in America*, Estados Unidos, Sage Publications, 1989, vol. 1.
- JACORZYNSKI, Witold, *Estudios sobre la violencia. Teoría y práctica*, México, Miguel Ángel Porrúa-CIESAS, 2002.
- JIMÉNEZ, René, *Violencia y seguridad pública: una propuesta institucional*, México, UNAM-Secretaría General de Servicios a la Comunidad, 2006.
- KEANE, John, *Reflexiones sobre la violencia*, España, Alianza Editorial, 2000.
- LANE, R., *Murder in America a History*, Columbus, Ohio State University Press, 1997.
- MARX, Karl, “Sobre la cuestión judía”, *Obras de Marx y Engels (OME)*, Barcelona, Crítica-Grijalbo, 1978, vol. 5.
- , *La ideología alemana*, La Habana, Pueblo y educación, 1982.
- PALOMERO PESCADOR, José Emilio y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, María del Rosario, “La violencia escolar: un punto de vista global”, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, Universidad de Zaragoza, 2001.
- RÍOS PEREA, Luis Ángel, “La violencia: un enfoque filosófico y científico, (una perspectiva colombiana)”, Colombia. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/0B3DryNj8-JQIV1EwTVN4Um1DZEK/view> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2017).
- TILLY, Charles, *Violencia colectiva*, Barcelona, Editorial Hacer, 2007.
- VARELA, Hilda, “Introducción: la violencia política y la condición humana”, en ORTEGA, Martha *et al.* (comps.), *Violencia: Estado y sociedad, una perspectiva histórica*, México, Miguel Ángel Porrúa-Universidad Autónoma Metropolitana, 2004.
- VARGAS LOZANO, Gabriel, “El papel de la violencia (Marx, Engels y el marxismo)”, *Marx desde cero*, 2013. Disponible en: <https://kmarx.wordpress.com/2013/12/16/el-papel-de-la-violencia-marx-engels-y-el-marxismo/> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2017).

MESA V

Evolución del causalismo al funcionalismo ¿en la legislación penal mexicana?

Enrique Díaz Aranda*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

LA TEORÍA del delito es un método de análisis de las normas penales para interpretarlas con el fin de aplicarlas a casos reales para poder sostener una solución debidamente fundada y motivada. La importancia de dicha interpretación radica en los alcances que se puede dar a la norma, pues el mismo caso, con la ley vigente, puede tener soluciones distintas, e incluso opuestas, dependiendo de la corriente doctrinal que se aplique. Así, por ejemplo, si una persona da un puñetazo a otra y la víctima al caer se golpea la cabeza con una piedra y sufre traumatismo craneoencefálico, desde el punto de vista del sistema clásico podríamos sostener que hay un delito de homicidio culposo, mientras que con el sistema neoclásico el criterio de la causalidad adecuada sólo nos permitiría sostener un delito de lesiones leves dolosas, lo cual no sólo implica delitos distintos, sino también sanciones privativas desproporcionadas de libertad; en el primer caso la pena sería de doce a veinticuatro años de prisión (artículo 307 del Código Penal Federal, en adelante CPF) entretanto que en el segundo tan sólo de tres a ocho meses de prisión (artículo 289, CPF).¹

En México, la doctrina se divide entre quienes seguían los postulados del sistema neoclásico desarrollados por Edmund Mezger alrededor de 1940,² pero con la reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en adelante

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ En contra de lo antes dicho se pronuncia Reynoso Dávila, Roberto, *Introducción al estudio...*, pp. 103-120.

² Por ejemplo, García Ramírez al considerar el dolo y la culpa como formas de la culpabilidad, lo cual lo acerca más a los postulados del sistema clásico. Véase García Ramírez, Sergio, *Derecho penal...*, pp. 28 y 29.

CPEUM, de 1993 se sostuvo que habíamos adoptado el sistema final de acción y, posteriormente, se afirmó que ello nos había generado fallas en el sistema de justicia penal. Por ello, considero conveniente hacer un breve recorrido histórico de la legislación penal mexicana para identificar si metodológicamente hemos adoptado alguno de los sistemas penales desarrollados en Alemania, a saber: clásico, neoclásico, final o funcional.³

II. EL SISTEMA CLÁSICO Y NEOCLÁSICO EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA

A principios del siglo pasado, Franz von Liszt y Ernst Beling concibieron el delito como conducta típica, antijurídica y culpable. El punto medular de dicha metodología fue la teoría causalista para analizar la conducta, pues, lo que se debía establecer era el resultado, las causas que lo habían producido hasta llegar a demostrar que la conducta había sido desencadenante de dichas causas que culminaron con el resultado, de allí la célebre frase “la causa de la causa, es causa de lo causado”.⁴

En otras palabras, si la conducta desencadenaba el proceso causal que culminaba con el resultado de lesión del bien jurídico, bastaba con su unión a través del nexo causal y no podían argumentarse criterios de valoración como, por ejemplo, que la conducta normalmente no habría producido el resultado, ello parece estar claramente descrito en los artículos 302-304 del CPF en los términos siguientes:

Artículo 302. Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro.

Artículo 303. Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión

³ Para una amplia exposición del tema, véase Díaz-Aranda/Roxin, *Teoría del caso...*, pp. 42-97. También sobre la evolución del tipo hasta el finalismo y la teoría lógico-matemática, véase Luna Castro, José Nieves, *El concepto de tipo...*, pp. 1-57.

⁴ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales...*, pp. 158 y 159, y González Quintanilla, José Arturo, *Derecho penal mexicano...*, pp. 223-231.

y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios;

II. (Se deroga).

III. Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos Penales.

Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas.

Artículo 304. Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe:

I. Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;

II. Que la lesión no habría sido mortal en otra persona, y

III. Que fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión.

Sin embargo, el mismo artículo 303, fracción III, párrafo segundo, muestra que el causalismo no fue seguido por el legislador penal mexicano en sus fundamentos, pues según dicha teoría el resultado debía ser verificado, es decir, comprobado, ya que precisamente se recurrió a dicha teoría para dar el sustento científico natural que se exigía en aquel momento histórico y, por ello, sería inaceptable para el causalismo el emitir un peritaje que confirmara la muerte sin tener el cadáver para practicar la necropsia.

En cambio, el sistema neoclásico sometió a las cuatro categorías del delito (conducta, típica, antijurídica y culpable) a un criterio superior de valoración, el cual se vio reflejado en el análisis de la conducta con la teoría de la causalidad adecuada; es decir, ya no bastaba con establecer que la conducta había sido objetivamente la causante del resultado, sino que además se requería establecer que cualquier persona identificara a dicha conducta como la adecuada para producir el resultado. Así, por ejemplo, si una persona golpea a otra con un palo que tiene un clavo y la víctima se rehúsa a la aplicación de la vacuna antitetánica, por lo cual la infección se generaliza y culmina con la muerte, de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada sólo se podría subsumir el comportamiento en el tipo de lesiones que, de acuerdo con la experiencia, se podrían causar en la zona que haya impactado el clavo, pero no las sobrevinientes derivadas de la propia

decisión de la víctima,⁵ ello se ve claramente regulado en el siguiente artículo del CPF:

Artículo 305. No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon.

III. ¿ADOPTÓ LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1993 EL FINALISMO?

El 3 de septiembre de 1993 se reformaron, entre otros, los artículos 16 y 19 de la CPEUM, sustituyendo el cuerpo del delito por los elementos del tipo penal en los términos siguientes:

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

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal.

Se consideró que el cambio experimentado en los artículos citados suponía la adopción del sistema final de acción en nuestra carta magna y que con ello el dolo debía ser acreditado desde el inicio del procedimiento penal como parte del tipo ¡Nada más erróneo que dicha afirma-

⁵ Para un análisis detallado de lo anterior, véase Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos...*, pp. 281-290.

ción! Como se puede observar, el texto constitucional sólo se refirió a los elementos del tipo, pero no señaló cuáles eran éstos, por lo cual, se dejaba libertad para que los estados y la Federación determinaran cuáles eran los elementos que conformaban el tipo⁶ y ello se hizo en los códigos de procedimientos penales, en los cuales se podía libremente establecer que el tipo sólo se conformaba por elementos objetivos, tal como lo señaló el sistema clásico, o éstos más los elementos normativos y subjetivos específicos, como lo estableció el sistema neoclásico, o bien todos los referidos anteriormente más el dolo y la culpa, como lo dispuso el sistema final de acción. Esta última postura fue adoptada con la reforma del 10 de enero de 1994 al Código Federal de Procedimientos Penales, en adelante CFPP, en los términos siguientes:

Capítulo I. Comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculpado.

Artículo 168. El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

La forma de intervención de los sujetos activos; y

La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción y omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

⁶ Por supuesto que también se dejaba en libertad a los autores que adoptaran la sistemática finalista, como se puede observar en la estructura utilizada por Hernández Islas, Juan Andrés, *Teoría del delito...*, pp. 64-67, 96 y 97. De igual forma, véase Ojeda Gándara, Ricardo, *Las causas...*, pp. 56-63.

Como se puede apreciar: no fue la CPEUM la que adoptó alguna sistemática de la teoría del delito, sino las legislaciones procesales, quienes adoptaron la sistemática que consideraron más adecuada para hacer valer el Estado social y democrático de derecho, lo cual implicaba, en el fondo, qué pruebas necesitaba reunir el Ministerio Público para obtener del juez la orden de aprehensión o el auto de formal prisión del presunto responsable de la comisión del delito.

Por cierto, al analizar la transcripción del artículo 168 del CFPP no sólo se puede advertir el cambio de posición del dolo de la culpabilidad al tipo, lo cual constituyó uno de los cambios metodológicos más significativos del sistema final de acción, sino también la referencia expresa a la “atribuibilidad del resultado a la conducta”, lo cual es uno de los avances más representativos del funcionalismo y se desarrolla a través de los criterios de la teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta (mal llamada teoría de la imputación objetiva del resultado) con lo cual ya estábamos avanzando más allá del finalismo y colocándonos en los albores del funcionalismo.⁷

En la práctica, el dolo fue el elemento que más trabajo costó acreditar por el Ministerio Público. La estadística muestra que en 1996 de cada cien averiguaciones previas solamente en diez se obtenía un auto de formal prisión y ello se consideró como la causa de la impunidad. Por ello, se dio lugar a la contrarreforma de 1999, arguyendo lo siguiente en la exposición de motivos:

Uno de los puntos de mayor conflicto entre estas dos instituciones ha sido precisamente el tema de los requisitos para obsequiar una orden de aprehensión, sobre todo a raíz de la reforma que sufrió el artículo 16 constitucional de 1993.

Siguiendo la doctrina finalista, la reforma de 1993 modificó el contenido de los artículos 16 y 19 de la Constitución, e impuso al Ministerio Público nuevos requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión y la expedición de autos de formal prisión, contra los probables responsables de delitos.

Se suprimió el “concepto cuerpo del delito” y se introdujo el concepto de “elementos del tipo penal”, y se equipararon los requisitos para el li-

⁷ Sobre esta teoría, véanse Díaz-Aranda, Enrique y Cancio Meliá, Manuel, *Imputación ¿objetiva? ¿normativa!...*, cit.; Quintino Zepeda, Rubén, *Dogmática penal...*, cit., pp. 85-118; Vidaurri Arechiga, Manuel, *Estudios jurídico-penales...*, cit., pp. 181-202. Con un desarrollo de la imputación en temas puntuales, véase Herrera Bazán, Simón P., *Riesgo, imprudencia...*, cit., pp. 1 y ss.

bramiento de la orden de aprehensión y la expedición del auto de formal prisión. De este modo se hizo necesario acreditar, en ambos casos, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Así, a partir de la reforma de 1993, fue necesario acreditar todos los elementos del tipo penal, es decir. Los elementos objetivos, subjetivos, así como los normativos para obtener una orden de aprehensión o un auto de formal prisión. Acreditar los elementos subjetivos —tales como “tener conocimiento” de cierta circunstancia, “el propósito de delinquir”, u otros aspectos subjetivos, según el delito de que se trate— así como los elementos normativos —tales como comprobar que se trata de “cosa ajena”, “el mandato legítimo de la autoridad”, u otros aspectos normativos, según el delito de que se trate— es correcto para una sentencia condenatoria, pero resulta excesivo para una orden de aprehensión a un auto de formal prisión.

Las líneas anteriores reflejan el poco conocimiento del legislador de la dogmática penal, pues ni la reforma constitucional de 1993 adoptó el finalismo ni fue éste el que puso de manifiesto la importancia de los elementos subjetivos específicos (ánimos, fines o intenciones que determinados tipos requieren para su integración) y/o los normativos, los cuales fueron descubiertos por el sistema neoclásico.⁸ Además, si pensamos en las consecuencias de lo manifestado por el legislador de 1999 y sólo se tomara en cuenta el elemento normativo, ajenidad y consentimiento hasta la sentencia, ello supondría que se podría detener, procesar y mantener preso al propietario de un vehículo, ya que al subirse en él y conducirlo, se habría apoderado de una cosa mueble y sería hasta la sentencia donde se le tendría que decir: ¡ah Usted perdone, era su coche y podía disponer del mismo! Lo absurdo de una manifestación como la anterior pone de manifiesto lo importante que es en la práctica el conocer a fondo la estructura metodológica de los diferentes sistemas de la teoría del delito.

IV. LA METODOLOGÍA DEL FINALISMO EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL

Como todos sabemos, los sistemas de la teoría del delito han sido creados y desarrollados para interpretar las leyes penales; es básicamente el

⁸ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, pp. 172-174.

Código Penal el que determina cuál es la sistemática que adopta tanto en su estructura como en sus preceptos. A continuación demostraré por qué el CPF tiene como base el sistema final de acción y cómo es que se puede proyectar hacia la sistemática funcionalista.

La base del finalismo radicaba en la concepción final de la conducta, de acuerdo con Welzel, todos los comportamientos humanos están guiados por un fin,⁹ por lo cual, el ser humano tiene la posibilidad de proponerse fines futuros y una vez que los tiene, a través de un proceso intelectual de retroceso, vuelve a su momento presente para planear la forma en cómo conseguirá llegar a su objetivo, seleccionará medios y visualizará los posibles problemas que lo pudieran impedir; después pasará a la fase externa en la que realizarán los actos de preparación y de ejecución hasta llegar al fin propuesto.¹⁰ La estructura antes descrita se puede identificar con toda claridad en lo dispuesto en el artículo 12 del CPF, que dispone lo siguiente:

Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

La concepción de una conducta final conllevó a establecer que el legislador también la captaba en el tipo penal y, por ello, el dolo cambió su posición de la culpabilidad a la tipicidad y perdió su tercer elemento (conciencia de la antijuridicidad) y sólo quedaba integrado por el elemento cognitivo e intencional; es decir, el sujeto obra dolosamente cuando al actuar tiene conocimiento de las circunstancias esenciales que lo rodean y tiene la intención de realizar el comportamiento para alcanzar el resultado, lo cual está claramente descrito en el artículo 9o. del CPF, en los términos siguientes: “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”.

En efecto, el citado artículo descarta la consciencia de la antijuridicidad como parte del dolo y con ello desecha la posibilidad de aceptar

⁹ Sobre la importancia del fin en la conducta se pronunció Jiménez Huerta, Mariano, *Panorama del delito...*, pp. 24-28.

¹⁰ Sobre las cuestiones de la tentativa en el CPF, véase González de la Vega, Francisco, *El código penal comentado...*, p. 33.

el sistema clásico o neoclásico como parte de su estructura, y digo como parte de su estructura porque una concepción neutra como la del dolo, descrita en el artículo 9o. del CPF, da lugar a concebir que la falta de conocimiento de las circunstancias esenciales del hecho al momento de actuar da lugar a una equivocación denominada “error de tipo” que puede recaer sobre el elemento objetivo o sobre el normativo; ejemplo del primero es el *caso de Flavio Peniche* cuando creía estar disparando una bala de salva contra el “Flaquito” pero la bala era de verdad (error sobre el elemento objetivo) y, por otro lado, cuando una persona se lleva del perchero un saco creyendo que es el suyo, que es idéntico pero en realidad es ajeno (error sobre el elemento normativo jurídico).¹¹ Todo lo anterior está dispuesto en el artículo 15, fracción VIII, inciso a, del CPF:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal Incluso más, pues al inciso B de dicha fracción establece.

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Este último inciso se refiere propiamente al reproche que supone la culpabilidad, el cual queda eliminado en los supuestos de error sobre la justificación. Precisamente por lo anterior, cuando los errores son vencibles, las consecuencias son distintas según lo dispuesto en el artículo 66 del CPF, que señala:

Artículo 66. En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate.

Cuando el error vencible radica en uno de los elementos del tipo (artículo 15, frac. VIII, inciso a), la consecuencia será determinar si dicho tipo acepta su comisión culposa a *contrario sensu*; todos los tipos

¹¹ Para un amplio desarrollo sobre el tema del error de tipo, véase Nava Garcés, Alberto E., *El error en el derecho penal...*, pp. 131-215.

son de comisión dolosa y, por ello, se tendrá que acudir a la fórmula del *numerus clausus* establecida en el párrafo segundo del artículo 60 del CPF, que enlista los tipos penales que admiten dicha forma de comisión de la siguiente manera:

Artículo 60. En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de tres años de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

En otras palabras, tanto el dolo como la culpa están ubicadas en el tipo según las disposiciones antes citadas del CPF.

Las sanciones por delitos culposos solamente se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150; 167, fracción VI; 169; 199 bis; 289, parte segunda; del 290 al 293; 302; 307; 323; 397; 399; 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado; 415, fracciones I y II, y último párrafo en su hipótesis de resultado; 416; 420, fracciones I, II, III y V, y 420 bis, fracciones I, II y IV, del CPF.

Sin embargo, cuando el sujeto cree que es lícito su comportamiento o que está justificado, pero su error es vencible, la solución no se sustenta en cuestiones propias del tipo, sino en el reproche atenuado, lo cual es la base de la culpabilidad y la pena se reduce, pues debemos recordar que desde el sistema final de acción, la culpabilidad es el parámetro para la graduación de la pena, ello se encuentra previsto en la fracción V del artículo 52 del CPF en los términos siguientes:

Artículo 52. El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

...

V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres.

En resumen, los diversos artículos citados del CPF determinan que la estructura metodológica en la que descansa el derecho penal mexicano es de corte finalista, por lo que son erróneos los criterios que buscan encontrar en normas constitucionales o procesales el fundamento metodológico o sistemático que se adopta en nuestro país. Lo anterior no significa que dichas normas no puedan reforzar lo establecido por las normas penales sustantivas, sin embargo, como repito, sólo estas últimas definen con certeza la sistemática que guía su estructura.

V. LA PROYECCIÓN FUNCIONALISTA DE LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA

En otros trabajos de mi autoría he desarrollado las bases de mi sistema funcionalista social, su fundamentación en la legislación mexicana y su aplicación a casos reales, por ello remito al lector interesado a su lectura.¹² Conforme a lo anterior, podemos sostener que la base metodológica del sistema final de acción es prácticamente similar a la del sistema funcionalista social y la estructura presentada en el apartado IV, fundada en el CPF, nos sirve para afirmar que estructuralmente el derecho penal mexicano se puede adecuar a la metodología del funcionalismo social.

No obstante, el sustento ideológico y filosófico que subyace en el funcionalismo social nos impide sostener que el CPF y las leyes penales mexicanas se adecuan a tal sistema. Me explico, históricamente se han constatado los abusos del derecho penal en regímenes dictatoriales o autoritarios, por ello se han establecido diversos principios fundamentales que deben guiarlo al derecho penal en un Estado social y de derecho, uno de los cuales es la protección de bienes jurídicos fundamentales para la sociedad, no previsto en el CPF y sólo se puede leer claramente en algunos códigos penales locales, como el de Chihuahua, en los términos siguientes: “artículo 4. Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material. Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal”.

¹² En particular, véase mi libro *Lineamientos prácticos de teoría del delito...*, cit., pp. 41-185.

Por tal razón tuve que recurrir a una interpretación sistemática y teleológica de los artículos 39, 41, 49 y 73, fracción XXI de la CPEUM, para sostener que sólo se podrán considerar constitucionales las leyes penales que el Estado emitió en uso del poder delegado por el pueblo para emitir leyes que protejan los bienes fundamentales de la sociedad, describiendo como delito la conducta que lo lesiona gravemente. Es decir, a través de la interpretación y del principio de supremacía constitucional (artículo 133 de la CPEUM) podemos ajustar al derecho penal mexicano a uno de los principios fundamentales del funcionalismo social.¹³

Lamentablemente, leyes como la delincuencia organizada generan una serie de dudas sobre el bien jurídico que protegen y sustentan el gran incremento de la pena a imponer, pues las conductas que describen como los delitos contra la salud, el secuestro, robo y otros, ya se encontraban previstas y sancionadas en el CPF, luego entonces, ¿cuál es el otro bien fundamental que sustenta el incremento de la pena para quienes se reúnen de forma organizada con el fin de llevar a cabo dichas conductas? Pues, no sería suficiente con la investigación, persecución, procesamiento y sanción efectiva de los delincuentes aplicando los tipos básicos sin recurrir a una ley especial para conseguir la prevención general negativa, dicha ley, junto con el catálogo de otras tantas, como la llamada ley antisequestro y otras reformas penales forman parte del llamado expansionismo del derecho penal, que contraviene al principio de *ultima ratio* que forma parte de los derroteros de un derecho penal funcionalista social y de paso contravienen la proporcionalidad de la pena en función de la lesión y la importancia del bien jurídico tutelado, de ahí que no se pueda explicar con claridad, ¿por qué un robo de vehículo realizado por la delincuencia organizada termina siendo sancionado más gravemente que un homicidio? Lo anterior no sólo refleja la existencia de normas penales mexicanas que han sido emitidas como recurso político demagógico para aparentar solucionar los ingentes reclamos de seguridad de la sociedad mexicana, sino también la vigencia de un derecho penal desarticulado y alejado de los principios rectores del Estado social y de derecho que pregona el funcionalismo social.¹⁴

¹³ Una exposición más detallada la realizo en mi libro: *Teoría del caso...*, cit., pp. 26 y 27.

¹⁴ Urosa Ramírez, Gerardo, *Guía de estudio...*, cit., pp. 38 y 39; Villarreal Palos, Arturo, *Culpabilidad...*, cit., pp. 130-133.

En torno a la pena, aunque la pena máxima de sesenta años prevista en el artículo 25 del CPF sería contraria a los fines de reinserción establecido en el párrafo segundo del artículo 18 de la CPEUM, con mucho mayor razón lo sería la previsión de penas de hasta 120 años como los prevé el Código Penal de Chihuahua y otros tantos a nivel estatal, sobre las disfunciones que todo ello genera ya me ocupe en las jornadas anteriores, por lo cual remito a las memorias de aquel congreso.

Volviendo al tema de la estructura del sistema funcionalista social, hoy se puede encontrar en la estructura de la sentencia condenatoria prevista en el artículo 406 del CNPP, en los términos siguientes:

Artículo 406. Sentencia condenatoria

...
...

Al dictar sentencia condenatoria se indicarán los márgenes de la punibilidad del delito y quedarán plenamente acreditados los elementos de la clasificación jurídica; es decir, el tipo penal que se atribuye, el grado de la ejecución del hecho, la *forma de intervención* y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, así como el grado de *lesión o puesta en riesgo del bien jurídico*.

La sentencia condenatoria hará referencia a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente, precisando si el tipo penal se consumó o se realizó en grado de tentativa, así como la forma en que el sujeto activo haya intervenido para la realización del tipo, según se trate de alguna forma de autoría o de participación, y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta típica.

En toda sentencia condenatoria se argumentará por qué el sentenciado no está favorecido por ninguna de las causas de la atipicidad, justificación o inculpabilidad; igualmente, se hará referencia a las agravantes o atenuantes que hayan concurrido y a la clase de concurso de delitos si fuera el caso

En efecto, uno de los signos principales que identifican al sistema funcionalista social es el estructural a la conducta típica, a partir de tres elementos: objetivos, normativos y subjetivos, pues sólo la interacción de los tres puede definir el tipo de comportamiento típico ante el cual nos encontramos, siendo el centro de gravedad el elemento normativo el que determina el radio de prohibición de la norma con lo cual se puede sostener si la conducta (acción u omisión) desplegada por el sujeto activo es aquella que se debe considerar como prohibida

y, por tanto, si se le puede atribuir el resultado o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Para el desarrollo de esta concepción, su fundamentación y aplicación práctica remito al lector a otros de mis trabajos publicados.¹⁵

Por último, la referencia expresa en el artículo 406 a las causas de justificación y de inculpabilidad confirma una concepción metodológica de análisis del delito basada en tres elementos: conducta-típica, antijurídica y culpable, propia del funcionalismo social que difundí a través de mi obra de *Derecho penal, parte general*, desde el 2004 y que ahora se ve plasmada en el CNPP diez años después.

En conclusión, metodológicamente se puede sostener que el CPF contiene la estructura del sistema funcionalista social, pero para ajustarlo a las directrices de dicho sistema se requiere de todo un trabajo arduo de interpretación sistemática que implica recurrir a normas supremas (Constitución y tratados internacionales) y otras leyes como el Código Nacional de Procedimientos Penales para aplicarlo conforme a los parámetros de un verdadero derecho penal de un Estado social y de derecho que propugna el sistema funcionalista social.¹⁶

¹⁵ En particular, mi libro *Teoría del caso...*, cit., pp. 111-168.

¹⁶ En este sentido se pronuncia Corrales Hernández, Jesús, *Flexibilidad de la dogmática...*, cit., pp. 181-183.

Evolución legislativa en torno al delito (aspectos político-criminales y dogmáticos)

*Moisés Moreno Hernández**

I. ALGUNAS PALABRAS INTRODUCTORIAS EN HOMENAJE A LA ACADEMIA

EN ESTA ocasión nos reúne un motivo muy importante, la celebración de los 75 años de existencia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Quienes actualmente somos miembros de ella, este acontecimiento tiene un importante significado, porque los objetivos de aquellos que le dieron origen están ahora en nuestras manos el continuar haciéndolos realidad. Por ello, nuestra felicitación a quienes organizaron estas jornadas para conmemorar esos 75 años, y nuestro agradecimiento por invitarnos a participar en esta celebración.

1. Antecedentes y objetivos de la Academia

Para quienes poco o nada saben de la institución que ahora es objeto de celebración, quiero decirles que la Academia Mexicana de Ciencias Penales es un organismo académico que fue fundado en 1940 por especialistas muy destacados en las áreas de las ciencias penales, como Raúl Carrancá y Trujillo, José Ángel Cenicerros, Luis Garrido, Javier Piña y Palacios, José Torres Torija, Alfonso Teja Zabre, Carlos Franco Sodi, Francisco González de la Vega, Emilio Pardo Aspe, Francisco Argüelles, José Gómez Robleda y José María Ortiz Tirado, quienes han sobresalido tanto en la actividad docente como en la función pública relacionada con la justicia penal, y por sus publicaciones.

Desde hace 75 años, la Academia ha agrupado a los más destacados penalistas, criminólogos, criminalistas y médicos forenses de México.

* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; director general del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (Cepolcrim).

Entre ellos, varios han sido ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Carlos Franco Sodi, Emilio Pardo Aspe, Francisco Argüelles Espinoza, José María Ortiz Tirado, Luis Chico Goerne, Juan José González Bustamante, Ángel González de la Vega, Rafael Matos Escobedo, Teófilo Olea y Leyva, Antonio Rocha Cordero, Fernando Castellanos Tena, José Ramón Palacios, Francisco Pavón Vasconcelos, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green y Juan N. Silva Meza, mientras que otros académicos han sido procuradores generales de la República y del Distrito Federal, como Sergio García Ramírez, entre otras funciones.¹

Desde su creación, la Academia Mexicana de Ciencias Penales se ha fijado como *objetivos* los siguientes: 1) colaborar con los órganos de la administración pública en el diseño y desarrollo de políticas y programas de gobierno, en materia de justicia penal y de seguridad pública; 2) elaborar proyectos legislativos relacionados con la justicia penal y la justicia de menores infractores, y 3) realizar proyectos de investigación o estudios en torno a las diversas cuestiones penales y de política criminal, con el propósito de coadyuvar para que la justicia penal responda a las expectativas de la sociedad mexicana y se ajuste a las exigencias del Estado democrático de derecho.

De acuerdo con lo anterior, no hay duda que la función de la Academia tiene mucho que ver con las tareas que corresponde desarrollar a las distintas instituciones del sistema de justicia penal, pues comparten metas y objetivos comunes, como el de pugnar por la consolidación del Estado democrático de derecho, a través del fortalecimiento de sus instituciones, de la autonomía e independencia del Poder Judicial, entre otros.

2. Realizaciones y retos de la Academia

Durante sus primeros 75 años, la Academia ha tenido, mediante sus destacados miembros, una amplia participación en el diseño y desarrollo de políticas públicas en materia de justicia penal y de seguri-

¹ Sobre la historia de la Academia, véase Correa García, Sergio, *Historia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, México, Porrúa, 2001; García Ramírez, Sergio, “La Academia Mexicana de Ciencias Penales y Criminalia. Medio siglo en el derecho penal mexicano. Una aproximación”, *Criminalia*, año LXXVII, núm. 3, septiembre-diciembre de 2009, pp. 3 y ss.

dad pública en nuestro país. A sus primeros académicos se debe, por ejemplo, la elaboración de los códigos penales y de procedimientos penales de la década de los treinta en adelante, que aún siguen vigentes en México. Muchos otros han sido partícipes con las importantes reformas legislativas que en materia penal han tenido lugar en 1971, 1983, 1984, 1993, 1994, 1996 y 2002, que sin duda han repercutido positivamente en la transformación del sistema de justicia penal mexicano; otros más, también han tenido que ver con las reformas constitucionales de 2008, que tienen como principal objetivo fortalecer el sistema procesal penal acusatorio y oral, así como con la creación del Código Nacional de Procedimientos Penales (2014), que actualmente se encuentran en proceso de implementación en todo el país. A otros se debe, igualmente, la generación de importantes criterios jurisprudenciales en la aplicación concreta de la ley y en la resolución de casos, como ministros de la SCJN, magistrados o jueces.

Asimismo, casi todo académico ha sido, o es, profesor o investigador de diversas instituciones académicas, como la Facultad de Derecho y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, entre otras; cuyas enseñanzas y obras en materia de derecho penal, procesal penal, política criminal, criminología y criminalística, han servido para la formación de múltiples generaciones de abogados y de nuevos profesores e investigadores en las áreas de las ciencias penales y de la política criminal; tres de ellos (Celestino Porte Petit, Gustavo Malo Camacho y Gustavo Barreto Rangel), ya fallecidos, han sido directores generales del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Ahora bien, ante las perspectivas de una sociedad moderna, plural y cambiante; ante los propios retos del Estado democrático de derecho, y ante las exigencias de un sistema de justicia penal que está urgido de cambios de fondo para responder a las expectativas de una sociedad reclamante de mayor acceso a la justicia, mayor calidad en la procuración e impartición de la justicia, por menos impunidad y mayor seguridad ciudadana, por menos corrupción y mayor transparencia, los *retos* de la Academia Mexicana de Ciencias Penales son muy grandes. Ciertamente, la misión de la Academia es modesta, pues no tiene la pretensión de intervenir en todo y tratar de cambiar también todo, o que nada cambie; sin embargo, el rol que le corresponde jugar es muy importante, porque tiene que ver nada menos que con la misión del derecho penal. Proteger los *valores humanos* fundamentales para la vida ordenada en comunidad frente a los embates de la delincuencia—convencional y organizada, nacional y transnacional—, procurando

que para ello se adopten las medidas político-criminales más racionales, para que el poder penal estatal no se extralimite en perjuicio de los derechos humanos y que sólo se castigue a los culpables, respetando igualmente sus derechos humanos.

Sin duda, los retos son apasionantes para un organismo que es *plural*; ante un escenario de exigencias y de perspectivas, carente de conformismos, a sus 75 años de existencia la Academia debe adoptar una actitud más activa y crítica, más interesada en torno a los cambios sociales y del sistema de justicia penal, para recuperar el *rol* que otrora ha tenido desde diferentes ángulos, de ser el principal motor para impulsar el fortalecimiento del Estado de derecho y de sus instituciones, así como para incidir de manera más decisiva en la transformación integral y coherente del sistema de justicia penal, aportando los criterios teóricos adecuados para que éste constituya una respuesta más funcional frente a las expectativas de la sociedad y del Estado de derecho, sobre todo ahora que parece prevalecer una gran desorientación en cuanto al rumbo a seguir en el sistema de justicia penal.

Lo anterior no implica desconocer que en esta materia es el Estado quien tiene el *monopolio*, pues es el único que puede criminalizar y penalizar conductas humanas, crear los tipos penales y las punibilidades, así como el único que puede someter a proceso a quien se le imputa la comisión de un delito e imponerle la pena correspondiente; pero habrá que reconocer que en todo ello también puede y debe tener participación la Academia Mexicana de Ciencias Penales, para coadyuvar en el diseño y desarrollo de la política penal, para que ésta responda al objetivo de fortalecer el Estado de derecho y de democratización del sistema de justicia penal. Y, eso debe ser así, porque la Academia cuenta con la materia prima para ello y con las posibilidades de vincular estrechamente la teoría con la práctica, la dogmática penal con la política criminal, en sus diversos sectores y niveles: Legislativo, Judicial y Ejecutivo, sobre todo ahora que México vive inmerso tanto en el proceso de *globalización* como en el de *internacionalización* del delito, de la política criminal y del derecho penal.

Por ello, ante la asunción de que es absolutamente necesaria una *gran reforma* al sistema de justicia penal, como es el caso del *nuevo sistema procesal penal acusatorio y oral*, derivado de la reforma constitucional de 2008 y que actualmente se encuentra en proceso de implementación en todo el país, la Academia debió ser convocada para encabezar esta importante tarea, como en otros tiempos lo hicie-

ron las instancias oficiales, cuando se proponían algo serio en materia de justicia penal. Ello no sucedió así, porque parece que la reforma tuvo otros intereses; pero, lo cierto es que la Academia se ha pronunciado, a través de las opiniones críticas de sus miembros, en torno al *nuevo* sistema procesal penal, tanto por lo que hace a su orientación filosófico-política como en relación con los alcances de las diversas instituciones y de los mecanismos que ha introducido, y lo ha hecho desde que apareció la reforma constitucional de 2008 y luego con el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP). Y, después de lo que se ha observado en los primeros siete años de la reforma constitucional, aun cuando para algunos la reforma procesal penal llegó para quedarse, es evidente que ella nació deficiente y, por ello, el CNPP está siendo ya objeto de reformas en el Congreso de la Unión, cuando aún no ha tenido la posibilidad de mostrar sus rendimientos. Por lo que la tarea reformista continúa, pues siempre sigue y seguirá existiendo la necesidad de buscar otras —y mejores— alternativas político-criminales; lo que implica que siempre habrá campo fértil para la Academia, y de ahí que siga siendo oportuno el continuar trabajando en torno a una serie de propuestas para conformar un *programa integral y coherente de política criminal*, en el que seguirá ocupando un lugar central la idea de transformar el *sistema de justicia penal y de seguridad pública* en nuestro país —como lo reclaman las sociedades de nuestro tiempo—, que sea realmente funcional en una realidad como la nuestra, que responda a las exigencias del Estado democrático de derecho y a las expectativas de la sociedad mexicana.

Habrà que reconocer que las *ciencias penales* no tienen mayor razón de ser si no se vinculan con la *política criminal*, que se ejerce a través de los distintos órganos estatales, y tratan de incidir en las decisiones político-criminales que se toman tanto en los procesos de generación de las leyes penales como en los de su aplicación a los casos concretos. Precisamente, la Academia Mexicana ha procurado conjuntar estos dos aspectos que tienen que ver con la teoría y la práctica; por lo que, ella no ha sido ni es ajena a los reclamos sociales en materia de justicia penal y seguridad pública, sino que ha tenido la pretensión de proporcionar bases y criterios para una política criminal y un sistema de justicia penal que sean funcionales, según las exigencias de las realidades nacionales. Por lo tanto, si el objeto de estudio de las ciencias penales se transforma, la Academia Mexicana de Ciencias Penales no puede estar ajena a ello, sino que debe procurar asumir

un rol importante en el ámbito de la teoría y de la práctica, para ser la inspiradora de decisiones y medidas político-criminales que el Estado mexicano reclama; pero, para ello, es también necesario que quienes toman las decisiones políticas en esta materia, desde los diferentes sectores y niveles del sistema de justicia penal y de seguridad pública, no desdeñen las aportaciones de las ciencias penales y acudan a quienes pueden proporcionarles las bases teóricas para que sus decisiones respondan cada vez más a las exigencias del sistema penal de un Estado democrático de derecho y que la aplicación de la ley penal sea cada vez *más justa y racional*.

3. Los alcances de la exposición

Ahora bien, si la idea de esta jornada es destacar la aportación que la Academia Mexicana de Ciencias Penales ha tenido en la evolución de la legislación penal mexicana, con motivo de su 75 aniversario, entonces tendré que delimitar los alcances de mi exposición. El análisis no tendría que considerar todo el desarrollo histórico de la legislación penal en México, ni siquiera todos los códigos penales federales que han estado en vigor en nuestro país (1871, 1929 y 1931), porque ello iría más allá del tiempo en que la Academia surgió y ha tenido participación; me limitaré sólo a considerar el Código Penal vigente que data de 1931 y que a estas fechas está por cumplir 85 años de existencia; es decir, diez más que la Academia. No obstante, puede decirse que destacados miembros de la Academia, que tuvieron que ver con el surgimiento de ésta, también fueron partícipes del surgimiento del Código Penal de 1931 y, desde entonces, tanto aquellos como los nuevos académicos se han ocupado de su análisis, de su crítica y de su reforma, hasta nuestros días.

El tema que me toca abordar se refiere a la evolución que ha tenido la legislación penal en torno a la regulación del *delito*, y entiendo que el análisis debe centrarse en los contenidos de la parte general del Código Penal, que tienen que ver con el *concepto general* del delito, con sus *elementos*, con sus *formas* de realización, con las *personas* que pueden responder de su comisión, con las circunstancias o causas que tienen como efecto su *exclusión* o *atenuación*, entre otras cuestiones: el objeto de consideración se refiere a uno de los aspectos fundamentales del derecho penal relacionado con los presupuestos de la pena y que, por cierto, sólo será analizado desde el ángulo histórico. Asimismo, el en-

foque lo haré desde dos perspectivas, la *político-criminal* y la *dogmática*; pero, por razones del tiempo que se dispone para ello, el análisis será muy superficial.

II. ASPECTOS POLÍTICO-CRIMINALES DE LA REGULACIÓN DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL

1. La orientación político-criminal de la legislación penal

Para conocer la orientación político-criminal de la legislación penal mexicana habrá que tomar en cuenta su desarrollo histórico, en el que sin duda ha estado ligada siempre a una determinada concepción filosófico-política, que tiene que ver tanto con la concepción del *hombre* como del *Estado*, para justificar (o no) el uso del derecho penal y los alcances que éste debe tener. Así, la idea de la pena como mero *castigo* o *retribución* está vinculada a una determinada concepción filosófica del Estado y del hombre; y lo mismo puede decirse de la idea que ve en la pena un medio para la enmienda o *resocialización* del delincuente; posturas filosófico-políticas que se reflejan en los contenidos de los códigos penales de los países del mundo de, por lo menos, hace doscientos años.

El derecho penal, por ello, puede revestir diversas características según la forma en que es utilizado por el Estado. Éste puede emplearlo “al servicio” del hombre, o “para servirse” del hombre; cuestión que tiene que ver con la *función* que se le atribuye al derecho penal y con los *límites* que puede revestir su utilización. Las corrientes de pensamiento que han estado vigentes durante los siglos XIX y XX (escuelas *clásica* y *positivista*) y han influido en nuestras legislaciones penales, parten de dichas posiciones: o al hombre se le concibe como *persona*, como *fin en sí mismo*, como un *ser capaz y libre*, a cuya naturaleza son inherentes los *derechos humanos* que deben ser observados por el Estado, o se le concibe como una *cosa* o *instrumento* que el Estado puede utilizar para sus propios fines. Estas concepciones han servido de sustento, o bien a Estados liberales y democráticos de derecho o a Estados de corte autoritario o absolutista.²

² Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1992; Mir Puig, Santiago, “Función de la pena y teoría

De ello dependerá que el derecho penal se sustente en ciertos *principios* que tienen la función de limitar el *ius puniendi* estatal y garantizar la observancia de los derechos humanos, como se plantea en sistemas penales de corte liberal o democrático, o principios que posibilitan un ejercicio menos limitado o sin límites del poder penal más propios de sistemas autoritarios o totalitarios. Entre los principios, propios de sistemas penales de corte liberal y democrático, que tienen la función de limitar el *ius puniendi* y garantizar derechos humanos, destacan los siguientes: el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*); el principio de acto o de conducta (*nullum crimen sine actione*); el principio de antijuridicidad material (*nullum crimen sine iniuria*); el principio de culpabilidad (*nullum crimen nulla poena sine culpa*); el de *presunción de inocencia*, entre otros. Estos principios se vienen planteando desde hace aproximadamente 250 años y son considerados pilares del *derecho penal liberal y democrático*; frente a ellos igualmente se han diseñado otros, vistos como principios opuestos, porque posibilitan un ejercicio sin límites o menos limitado del poder penal, entre los que se citan: el principio de *oportunidad* o de *utilidad*; el principio de *autor*; el principio de *peligrosidad*, y el de *presunción de culpabilidad*, etcétera; considerados, por ello, como propios de sistemas penales autoritarios.

Esos principios, a su vez, pueden tener injerencia desde el momento en que el legislador ejerce la función de generar las normas penales y, por tanto, desde que él da origen a los códigos penales, así como el momento en que el juzgador aplica la ley penal a los casos concretos, al formular sus criterios de interpretación y motivar y fundamentar sus respectivas resoluciones, momentos en los que ellos toman decisiones político-criminales. Con relación a la función que le corresponde al legislador, esos principios pueden orientar su actuación desde el momento de conocer de los conflictos sociales y decidir sobre los medios

del delito en el Estado social y democrático de derecho”, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994; García Rivas, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996; Stratenwerth, G., “Tendencias y posibilidades de una reforma del derecho penal (a propósito de la reforma alemana del derecho penal)”, *La reforma del derecho penal* (trabajos del seminario hispano-germánico sobre la reforma del derecho penal), Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, mayo de 1979, 1980, pp. 39 y ss.; Martínez, Mauricio, *Estado de derecho y política criminal*, Bogotá, Ed. Jurídicas G. Ibáñez, 1995; Moreno Hernández, Moisés, “El Estado de derecho mexicano”, *Crónica Legislativa*, nueva época, año V, núm. 8, abril-mayo de 1996, pp. 55 y ss.

pertinentes de control; pero, sobre todo al momento de diseñar los tipos penales y las punibilidades, así como de determinar los presupuestos necesarios para la imposición de una pena o de una medida de seguridad; al precisar las formas de realización del delito y, en fin, al determinar los límites de intervención del derecho penal, entre otras cuestiones.

Ahora bien, al referirnos a la orientación filosófica-política y a los principios rectores de la legislación penal mexicana nos limitamos sólo a la legislación penal sustantiva, quedando fuera de consideración los principios que rigen a la legislación procesal penal y a la de ejecución de sanciones. Para ello resulta conveniente hacer alguna referencia breve sobre la vinculación ideológica que ha tenido la legislación penal en nuestro país y el estado que guarda en el momento actual, tomando como punto de referencia el Código Penal de 1931, que aún sigue rigiendo en el ámbito federal. Este Código aparece casi quince años después de que entró en vigor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la fecha cuenta ya con casi 85 años de existencia; sin embargo, por lo que hace a su orientación filosófica y política habrá que recordar lo que señalaron sus autores, quienes, al plantearse si el Código Penal debería o no estar vinculado a una determinada orientación ideológica, afirmaron que el Código no tenía por qué vincularse a alguna de las orientaciones en aquél entonces en boga,³ en virtud de que, seguramente, ninguna de ellas proporcionaba soluciones adecuadas a los problemas que se le plantean al derecho penal; es decir, que se podría dar origen a un Código Penal totalmente desvinculado de orientaciones filosóficas y políticas; lo que, por supuesto, no era factible, pues no podía generarse un código sin tomar en cuenta antecedentes y elaboraciones teóricas existentes. De ahí que, contra lo afirmado por ellos, se dio origen a una legislación penal en la que están presentes las corrientes de pensamiento entonces en pugna. En efecto, en las primeras décadas del siglo XX revestía una gran novedad en nuestro país, como en la mayoría de los países de América Latina, lo que se llamó la *lucha de escuelas*;⁴ por una parte,

³ Garrido, Luis y Cenicerros, J. A., *La ley penal mexicana*, México, 1934; Teja Zabre, A., “Exposición de motivos del Código Penal de 1931”, *Leyes penales mexicanas*, México, Inacipe, 1979, t. 3, pp. 289 y ss.; Porte Petit, C., *Evolución penal en México*, México, 1965.

⁴ Que en definitiva gira en torno a la toma de postura frente al “libre albedrío”, pero también se trata de una polémica sobre los métodos y fines acerca de la acción

estaba la *escuela positivista* y, por la otra, la llamada *escuela clásica*, de cuyos pensamientos los penalistas y, sobre todo, los legisladores se han visto ampliamente influenciados. Ante la alternativa que ellas planteaban, si bien el legislador de 1931 estableció que ninguna de ellas podría servir de base para la legislación penal mexicana, lo cierto es que del análisis de sus contenidos en el Código Penal (1931) tomó en cuenta las elaboraciones teóricas de una y otra escuela, las cuales tienen que ver con los límites del poder punitivo del Estado, y con el reconocimiento y respeto de los derechos del hombre.

Mientras que los criterios desarrollados por la *escuela clásica* limitan en mayor medida el *ius puniendi* estatal y garantizan con mayor amplitud los derechos humanos, como se deriva de los principios antes señalados,⁵ los cuales se fueron acuñando desde la segunda mitad del siglo XVIII y corresponden a la nueva concepción del Estado, que es el Estado de derecho, así como con el Estado democrático de derecho;⁶ los planteados por la *escuela positivista*, en cambio, entre los cuales se encuentran el principio de *autor* en vez del de *acto*, y el principio de *peligrosidad* o *temibilidad*, en lugar del de *culpabilidad*, responden más a exigencias de sistemas penales propios de Estados autoritarios o totalitarios, en virtud de que “por partir de una concepción distinta del hombre” no garantizan una mayor limitación de la potestad punitiva, sino que posibilitan su ejercicio ilimitado, precisamente por no reconocer ni respetar de manera considerable los derechos humanos. Por razón de lo anterior, tiene importancia el determinar cuáles fueron las influencias que estas corrientes de pensamiento tuvieron en nuestra legislación penal y como ellas han ido modificándose en los últimos tiempos, sobre todo a los alcances del *ius puniendi* y a los presupuestos necesarios para imponer una pena.

No hay duda que el Código Penal Federal de 1931 receptó las influencias de ambas corrientes de pensamiento, pero en algunos aspectos fundamentales prevalecieron las orientaciones positivistas; lo que

del Estado en la represión y en la prevención de la delincuencia. Cfr. Bettiol, G. *Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, Bosch, 1977, pp. 37 y ss.

⁵ A los que habrá que agregar el principio de legitimidad, el principio del bien jurídico y el principio de *ultima ratio*, entre otros.

⁶ Véase sobre todo esto: Bettiol, G., *op. cit.*, pp. 95 y ss.; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, “La reforma penal de la ilustración”, *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 11, núms. 41-44, 1988, pp. 231 y ss.; Zaffaroni, E. R., *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1977, pp. 221 y ss.

quiere decir que el legislador de entonces desatendió en cierta medida los lineamientos filosófico-políticos de la Constitución política y se guió más por las corrientes que estaban de moda.⁷ La Constitución política de 1916-1917 establece los lineamientos político-criminales que orientan al sistema de justicia penal y a la legislación penal en nuestro país, los cuales nos indican que la legislación penal mexicana debe revestir características propias del sistema penal de un Estado democrático de derecho, por ser el tipo de Estado que diseña la propia Constitución (artículo 40).⁸ Sin embargo, el análisis del texto original del Código Penal de 1931 muestra la presencia de ciertos principios o criterios que se contraponen a dichos lineamientos constitucionales, como sucede, por ejemplo, con la regulación de la *presunción de intencionalidad*, del *principio de peligrosidad*, así como de la *reincidencia como causa de agravación de la pena* y de la *retención*, que planteaba una gran dicotomía entre la ideología de la Constitución y la ideología originalmente dominante de la legislación penal sustantiva. Sin embargo, debe señalarse que dicho Código penal ha sido objeto de múltiples críticas y ha sufrido en las últimas décadas importantes modificaciones que han afectado su original fisonomía y la han acercado cada vez más a la ideología constitucional, como se desprende de las reformas experimentadas en 1984 y 1994.⁹

En efecto, con las mencionadas reformas se logró, paulatinamente:

1) erradicar la *presunción de intencionalidad*, que contenía el origi-

⁷ Zaffaroni, E. R., “La ideología de la legislación penal mexicana”, *Revista Mexicana de Justicia*, vol. VIII, núm. 2, 1985, pp. 45 y ss.; Moreno Hernández, Moisés, “Algunas consideraciones sobre las reformas a la parte especial del Código penal”, *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, PGR, 1984, pp. 375 y ss.; “Orientaciones político-criminales de las recientes reformas al Código Penal del Distrito Federal”, *Revista del ILANUD*, año 8, núms. 21 y 22, pp. 33 y ss.; “Presente y futuro de la legislación penal”, *Hacia el derecho penal del nuevo milenio*, México, PGR, 1993, pp. 221 y ss.

⁸ Moreno Hernández, Moisés, “El sistema de justicia penal en México”, *Aequitas*, segunda época, núm. 21, agosto de 1994, pp. 3 y ss.

⁹ Sobre las reformas de 1994 al Código Penal Federal, véanse las diversas ponencias presentadas por Olga Islas de González Mariscal, Moisés Moreno Hernández y Fernando Gómez Mont, entre otros, en el foro organizado por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en “La importancia y perspectivas de las reformas penales”, México, PGJDF, 1994, pp. 99 y ss., así como las presentadas en las mesas redondas organizadas por la Academia Mexicana de Ciencias Penales y la Barra Mexicana Colegio de Abogados, *Criminalia*, 1994.

nal artículo 9o. del Código Penal, y se dio entrada al principio de *presunción de inocencia*; 2) desechar el criterio de la *ignorantia legis non excusat* y del *error iuris nocet*, que partían de la idea de que todo individuo, por el hecho de vivir en sociedad, conoce la ley y, consecuentemente, nadie puede alegar ignorancia o desconocimiento de su existencia o de sus alcances; 3) se reguló por primera vez el *error*, sobre todo el *error de derecho*, como causa de exclusión o de atenuación de la responsabilidad, permitiendo ahora distinguir entre *error de tipo* y *error de prohibición*, vencible e invencible (artículo 15, fracción VIII); 4) se introdujeron *sustitutivos de la pena de prisión*, como el trabajo en favor de la comunidad, el tratamiento en libertad y la semilibertad (artículos 27 y 70); 5) se excluyó la regulación de la *retención*, así como la de la *reincidencia* como causa de agravación de la pena, y 6) se reguló expresamente el *principio de culpabilidad*, entre otros.

2. La recepción de los principios liberales en el Código Penal

Al hacer el análisis de la regulación del *delito* en el Código Penal de 1931, desde la perspectiva político-criminal, lo haré atendiendo en primer lugar a los principios de corte liberal y democrático, que —como se ha dicho— cumplen o tratan de cumplir la *función* de establecerle límites a la potestad punitiva (*ius puniendi*) del Estado y garantizar los derechos humanos frente al ejercicio del poder penal, y que son los principios que expresa o tácitamente ha consagrado la Constitución federal, para ver qué tanto el Código Penal de 1931 los ha receptado o no; pero, al hacerlo, igualmente se verá si la legislación penal mexicana se ha basado en algún principio opuesto a la ideología constitucional. Lo anterior, porque la consideración de los principios tiene importancia para determinar cuáles son los *presupuestos* de la pena, así como saber cuáles son los *elementos del delito* que habrá que constatar para afirmar la existencia de éste.

A. Principios de legalidad y de acto

Con independencia de si el legislador mexicano (de 1931) al generar el Código Penal tomó o no en cuenta dichos principios, es decir, si

fueron o no los que orientaron su proceder, lo cierto es que al establecer en el artículo 7o. un concepto general de delito (“delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”), adoptó con él la base que se deriva, por una parte, del principio de legalidad, en el sentido de que sólo podrá ser delito lo que la ley establezca como tal: “lo que la ley sancione como tal” (*nullum crimen sine lege*); y, por otra, que el delito sólo puede consistir en una conducta humana, en una acción o en una omisión (*nullum crimen sine conducta*); con lo que, el contenido del artículo 7o., lejos de pretender dar una definición acabada de lo qué es el delito, lo que destaca es la vigencia de dos principios fundamentales característicos del derecho penal de corte liberal y democrático: el de *legalidad* y el de *conducta o acto*. Este contenido del artículo 7o., que parece inocuo y, sin embargo, ha sido objeto de diversas opiniones con relación al concepto de delito, sirve de punto de referencia para el diseño de los *tipos penales* en particular.

En efecto, el *principio de legalidad* no sólo exige que los órganos del Estado ajusten el ejercicio de su poder penal a lo establecido por la ley (fundamental), sino también que la propia ley penal que se origina en el ejercicio de ese poder penal legislativo esté diseñada con claridad y precisión, de suerte que de su contenido se derive seguridad jurídica para los individuos.¹⁰ Es decir, este principio exige que los *tipos penales* estén redactados de tal manera cuyo contenido ofrezca seguridad jurídica para los destinatarios de la norma penal; de ahí se deriva que los tipos penales deben ser *determinados y cerrados*, y de ahí que no sean admisibles los tipos *indeterminados* o los tipos *abiertos*, porque ellos provocan inseguridad jurídica.¹¹ No obstante, no todos los tipos penales que se encuentran en el libro segundo del Código Penal, o los de las leyes penales especiales o en leyes penales generales que se ocupan de cierto grupo de delitos, cumplen con las exigencias del principio de legalidad. Así, cabe señalar que con relación al Código Penal Federal eran aplicables, por una parte, aquellas

¹⁰ Lo anterior quiere decir que no basta el aspecto formal, esto es, que la ley se haya originado ajustándose a los pasos del proceso legislativo que marca la Constitución, sino que es necesario atender al contenido de la propia ley, del que se derivará si esa ley responde o no a exigencias propias de Estados democráticos de derecho.

¹¹ Por razón de este principio, además, se prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio de persona alguna; asimismo, 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 (artículo 14 constitucional).

aseveraciones de la doctrina, de que la existencia de ciertos *tipos abiertos* planteaba la no observancia plena del principio de legalidad, porque gran parte de la materia de regulación penal no se describía legalmente en el tipo penal; tal era el caso de los *delitos culposos*, que hasta principios de 1984 no se encontraban precisados los requisitos que debería tomar en cuenta el juzgador para afirmar su existencia y sancionarlos.¹² Con las reformas al Código Penal que entraron en vigor en abril de 1984 se subsanó este problema, al establecerse en el párrafo segundo del artículo 9o. lo que debía entenderse por una *conducta culposa* y los requisitos necesarios para ello;¹³ de todos modos, la fórmula general permite que sea el juzgador el que determine, por ejemplo, en qué consiste el “deber de cuidado” que el sujeto debía observar en el caso concreto y si hubo o no violación del mismo. Asimismo, obedeciendo a exigencias de seguridad jurídica, con las reformas de 1994 se adoptó el criterio político-criminal del *numerus clausus* respecto de la punibilidad del delito culposo, como se precisó en el párrafo segundo del artículo 60.¹⁴

Pero el mismo problema de legalidad se podía afirmar por lo que hace a la regulación del *delito doloso*, pues de acuerdo con la fórmula original el Código Penal Federal tampoco precisaba qué debía entenderse por una “conducta dolosa”, que pudiera servir de base al juzgador para que en el caso concreto afirmara su existencia e impusiera pena por ello, pues el artículo 8o. del Código Penal sólo establecía que los delitos podían ser *intencionales o no intencionales*, sin dar mayores detalles sobre sus requisitos. Si bien con relación a esta figura la doc-

¹² En efecto, conforme a la regulación original, el artículo 8o. establecía que: “Los delitos pueden ser: I. Intencionales, y II. No intencionales o de imprudencia”. Además, señalaba: “Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional”.

¹³ El actual párrafo segundo del artículo 9o. establece: “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

¹⁴ Dicho párrafo segundo precisó que: “Las sanciones por delito culposo sólo se impondrán con relación a los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 bis, 289 parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397 y 399 de este Código”. Por lo tanto, cualquier otro delito, aunque fácticamente puedan concretizarse de manera culposa, no será punible dicha forma de realización; lo que, sin duda, era acorde con los planteamientos político-criminales del principio de intervención mínima del derecho penal.

trina penal no había cuestionado su legalidad en cuanto a los requisitos que lo conformaban, era evidente que también se trataba de un tipo abierto. Por su parte, el artículo 9o. indicaba que en todo caso “la intencionalidad delictuosa se presume salvo prueba en contrario”; lo que posibilitaba que, en la mayoría de los casos, con la sola presunción se sancionara al delito doloso, es decir, sin haber acreditado la existencia del dolo. De acuerdo con esta presunción, al imputado correspondía la carga de probar lo contrario, es decir, de probar su inocencia; si no lo hacía se confirmaba su intencionalidad delictuosa y, consecuentemente, su culpabilidad,¹⁵ aún sin determinar en qué consistía aquélla. Ante las observaciones críticas que se formularon a esta regulación, el problema se superó formalmente con la reforma de 1984, ya que se precisó en el párrafo primero del artículo 9o. del Código Penal qué debe entenderse por una *conducta dolosa* y cuáles son los requisitos que deben concurrir para su afirmación, precisándose, además, el objeto del conocimiento como uno de los aspectos de la conducta dolosa y posibilitándose la distinción entre el dolo directo y el dolo eventual, para los efectos de la sanción, según la intensidad de la voluntad del sujeto; fórmula que todavía alcanzó una mayor precisión con la reforma de 1994 al mismo artículo 9o.¹⁶

Finalmente, atendiendo a las exigencias del principio de legalidad, también se reguló el delito de *comisión por omisión* o de *omisión impropia*, ya que igualmente hubo la necesidad de establecer la base para responsabilizar y sancionar a quienes “*omiten* evitar la producción de un resultado típico”, cuya producción en principio es atribuible a una acción. Se afirmaba que si el juez imponía una sanción penal al que omitía evitar un resultado penalmente relevante violaba el principio de legalidad, precisamente porque dicha forma de realización de la conducta no estaba prevista en la ley. Es así como con la reforma penal

¹⁵ Esta consecuencia era así porque para entonces, tanto para la doctrina penal como para la jurisprudencia en materia penal, la intencionalidad no era otra cosa que el *dolo*, y el dolo era tratado ya sea como una especie, una forma o un elemento de la culpabilidad; por lo que, presumir el dolo implicaba presumir la culpabilidad del sujeto.

¹⁶ Establece el actual párrafo primero del artículo 9o.: “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito *por la ley*”. Se trata, en realidad, de una regulación clara y precisa que proporciona al órgano del Estado (Ministerio Público y juzgador) elementos adecuados para poder afirmar la existencia de uno de los requisitos necesarios que dan contenido al injusto penal.

de 1994 se reguló el delito de “comisión por omisión” en el artículo 7o. del Código Penal,¹⁷ agregando un párrafo segundo.

Por lo que hace al *principio de acto o de conducta*, éste tiene como función político-criminal evitar que se sancione penalmente otra cosa que no sea una conducta humana, por lo que las normas penales únicamente pueden prohibir u ordenar conductas humanas (acciones u omisiones)¹⁸ y al sujeto sólo se le puede imponer una pena o medida de seguridad “por lo que él hace” y no “por lo que él es”;¹⁹ se rechaza, entonces, que las normas penales puedan prohibir u ordenar meros estados o situaciones de la persona o meras formas de conducir su vida.

Por otra parte, la observancia del *principio de acto* nos lleva a adoptar un *derecho penal de acto* en lugar de un “derecho penal de autor”, pues aquél es más propio de un sistema penal de corte democrático. Sin embargo, un ejemplo claro de no observancia del principio de acto en el que se adopta un criterio propio del “derecho penal de autor”, no obstante lo previsto por el artículo 7o. del Código Penal, lo constituye la figura de *la vagancia y la malvivencia*, que más que regular una conducta humana, regulaba una “forma de conducir su vida” de la persona, pero que afortunadamente salió del Código con las reformas de 1994, con lo que el Código Penal de 1931 se ajustó a las exigencias del *derecho penal de acto*.

Ciertamente, la importancia político-criminal que tiene el párrafo primero del artículo 7o., además de hacer referencia al principio de legalidad, es plasmar el *principio de acto*, al establecer que el delito sólo lo puede ser una acción o una omisión; lo que, sin duda, garantiza

¹⁷ Cuyo párrafo segundo establece: “En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”.

¹⁸ Welzel, H., *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de Cerezo Mir, Barcelona, 1964, p. 30; Kaufmann, Armin, “La función del concepto de acción en la teoría del delito”, *Revista Jurídica Veracruzana*, núms. 1 y 2, 1974, pp. 51 y ss.

¹⁹ Por ello, en el sistema penal de los Estados democráticos de derecho debe prevalecer un “derecho penal de acto” y no un “derecho penal de autor”; este último es más propio de sistemas autoritarios. Cfr. Rodríguez Mourullo, G., *Derecho penal, parte general*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 50 y s.; Paulino Mora, Luis y Navarro Solano, Sonia, *Constitución y derecho penal*, San José, 1995, pp. 90 y ss.

que a nadie se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por su mera situación personal o forma de conducir su vida. La cuestión de determinar en qué sentido habrá que entender a la acción y a la omisión es un problema que corresponde esclarecerlo a la dogmática penal²⁰ y a la teoría del delito; pero es en ese punto donde tiene importancia el criterio dogmático que se siga, para explicar el contenido y alcances del objeto de regulación penal, pues de él dependerá que el principio realmente limite, o no, la potestad punitiva del Estado.

B. Principio de tipicidad

Derivado del principio de legalidad se encuentra el de la *existencia previa de los tipos penales*, los cuales tienen la función de describir la materia de regulación de las normas penales; es decir, de describir la conducta que la norma penal prohíbe u ordena y que constituye un requisito necesario para poder hablar de un delito. Y, para poder hablar de pena, uno de sus primeros presupuestos lo es la *tipicidad*, o sea, la concretización de todos y cada uno de los elementos del tipo penal, que exige que el órgano encargado de aplicar la ley acredite la existencia de tales elementos señalados en la descripción legal y considere únicamente como delito al hecho que los reúna y así poder concretizar la amenaza penal.²¹ La observancia del principio de tipicidad a nivel

²⁰ La dogmática penal ha desarrollado diversos conceptos de acción o conducta humana para determinar qué es lo que debe constituir el objeto de regulación de las normas penales y la base para la estructura del delito, destacando el concepto *causal* o *naturalístico*, el concepto *social* y el concepto *final* de acción, de cuyas estructuras se derivaron consecuencias importantes para el concepto y estructura del delito. Cada uno de esos conceptos de acción ha sido desarrollado a partir de determinadas concepciones filosóficas, políticas y científicas, que fueron determinando su contenido; algunos corresponden más a ideologías autoritarias y otros a ideologías democráticas, que mucho tienen que ver con los alcances de la potestad punitiva del Estado. Por lo que resulta necesario conocer tales vinculaciones para optar por uno u otro concepto, sobre todo cuando a él se relacionan funciones sistemáticas y político-criminales. Sobre el particular existe un amplísimo material bibliográfico que se ha generado durante un periodo de más de cien años.

²¹ Por ello, es realmente importante la razón que tuvo el Constituyente de 1993 al precisar en los artículos 16 y 19 de la Constitución los requisitos para la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, respectivamente, sustituyendo la expresión “cuerpo del delito” por la de “elementos del tipo penal”, ya que ésta ofrece mayor

formal parece obvia, si tomamos en cuenta los propios contenidos de la ley, de donde se desprende que no podrá afirmarse la existencia del delito sino se acredita la existencia de los elementos del tipo, como puede derivarse de la interpretación lógica de los contenidos de los artículos 7o., 8o., 9o. y 15 del Código Penal, sobre todo de este último, cuya fracción II expresamente establece que no habrá delito si “falta alguno de los elementos del tipo del delito de que se trate”.

Ciertamente, a diferencia del Código Penal para el Distrito Federal (en adelante CPDF) de 2002 y que expresamente regula el *principio de tipicidad* (artículo 3o.), el Código Penal Federal de 1931 no lo establece de manera expresa en sus disposiciones generales; sin embargo, no puede decirse que el legislador lo haya desconocido y haya partido de otra idea para la imposición de una pena. Para la imposición de una pena deben acreditarse los *elementos del tipo penal*, con independencia de cuáles sean estos. Cuando los principios no se establecen de manera positiva en el Código Penal, ellos pueden también construirse a través de la interpretación de los contenidos expresados negativamente, de los que hacen referencia a la exclusión de algún presupuesto de la pena. Por ello, la observancia de este principio puede construirse dogmáticamente a partir de la consideración de reglas generales contenidas en el artículo 15, COF (II), así como de los tipos penales en particular. Como se ha dicho, con la reforma de 1984 se incluyó como causa de exclusión del delito la “falta de alguno de los elementos del tipo penal” y se estableció que para la imposición de una pena deben acreditarse todos y cada uno de los elementos del tipo penal, es decir, debe acreditarse la *tipicidad* de la conducta.

seguridad jurídica, pero es igualmente importante lo que hizo el legislador secundario con la reforma procesal penal de 1994, que precisa cuáles son esos elementos del tipo penal. En efecto, a raíz de las reformas de 1993 a los artículos 16 y 19 constitucionales se reformaron en 1994 los códigos de procedimientos penales, para precisar cuáles son los *elementos del tipo penal* que al Ministerio Público corresponde acreditar, como una de las bases para el ejercicio de la acción penal, y al juzgador examinar para su respectiva resolución. En el listado que se hace de tales elementos, la legislación procesal adoptó el criterio de que el dolo y la culpa, entre otros, son partes integrantes del tipo penal; con lo que provocó cierto trastorno para quienes siempre habían pensado que tales elementos subjetivos sólo correspondían ser analizados en el ámbito de la culpabilidad; planteándose la necesidad de su explicación sistemática y político-criminal.

C. Principios del bien jurídico y de la antijuridicidad material

El *principio del bien jurídico* tiene que ver, en primer lugar, con la *función* que le corresponde al derecho penal y, por tanto, a las normas penales. Según la opinión teórica más tradicional, y aún más seguida por la doctrina actual, el derecho penal tiene la función de *proteger bienes jurídicos*;²² para otro sector doctrinal más reciente, en cambio, se considera que el derecho penal no tiene por función proteger bienes jurídicos, sino *reafirmar la vigencia de la norma*.²³ La primera opinión teórica, a su vez, considera que el bien jurídico funge como *fundamento* y como *límite* del derecho penal y del sistema penal de Estados democráticos de derecho; estableciéndose el *principio del bien jurídico* como un principio esencial del derecho penal liberal y democrático, que es el principio que aquí se adopta.

Por razón de lo anterior, el principio del bien jurídico rige tanto para la función que desarrolla el legislador como para la del juzgador en el ámbito del sistema penal; vincula a ambos, en tanto que tienen injerencia en decisiones político-criminales en materia de justicia penal. A nivel legislativo, este principio exige al legislador que, al hacer sus regulaciones penales, no debe prohibir u ordenar conductas humanas si no existe de por medio un bien jurídico para proteger; en otros términos, los tipos penales sólo se legitiman o justifican en la medida en que con ellos se trata de proteger un determinado bien jurídico; por ello, la consideración del bien jurídico constituye la razón de ser de los tipos penales y de todo el derecho penal. Pero, por otra parte,

²² Kaufmann, Armin, “La misión del derecho penal”, *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982, pp. 118 y ss.; Jescheck, H. H., *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*, 1980; Amelung, K., “Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft”, Frankfurt, 1972; Polaino Navarrete, M., “El bien jurídico en el derecho penal”, Universidad de Sevilla, Serie derecho, núm. 19, 1974; Rudolphi, H. J., “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, año 4, núm. 7, julio-septiembre de 1975, pp. 329 y ss.; Moreno Hernández, M., “Penalización y despenalización en la reforma penal: importancia del principio del bien jurídico en la creación de los tipos penales”, *Criminalia*, México, año LIX, núm. 2, mayo-agosto de 1983, pp. 66-70; Peña Cabrera, Raúl, “Bien jurídico y relaciones sociales de producción”, *Debate Penal*, Lima, año 1, núm.2, mayo-agosto de 1987, pp. 133 y ss.

²³ Jakobs, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *El funcionalismo en el derecho penal (libro homenaje al profesor Jakobs, Günther)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41 y 42.

según el principio de *ultima ratio* o de *intervención mínima* del derecho penal, a éste no le puede corresponder la protección de todos los bienes jurídicos, sino sólo aquellos que sean de fundamental importancia para la vida ordenada en comunidad; por lo que, el legislador debe hacer previamente una especie de jerarquización de los bienes que requieren protección y así determinar cuáles justifican la intervención del derecho penal y cuáles pueden ser protegidos por otras áreas del derecho. A partir de esto y de la consideración de las formas de afectación de dichos bienes, habrá entonces que analizar si los tipos penales contenidos en el CP —o en leyes penales especiales— toman como punto de referencia este principio y si todos los bienes jurídicos en ellos considerados y las formas de su afectación justifican o no la intervención penal. Esta consideración ha determinado que diversas figuras delictivas se eliminaran del Código Penal, pero en su lugar un mayor número de otras fueron introducidas, sin que para ello se haya partido de la idea de que sólo los bienes de fundamental importancia deben ser protegidos por el derecho penal. Tampoco ha sido ese el criterio que ha determinado la agravación de la pena en ciertos casos, o que se nieguen beneficios procesales o penitenciarios en otros. Existen, por otra parte, diversos tipos penales en los que no resulta fácil determinar cuál es el bien jurídico que se trata de proteger, y otros en donde se trata de bienes difusos o colectivos,²⁴ como es el caso de los delitos ambientales o los que se hacen valer en materia de delincuencia organizada.

Por ello, los principios del *bien jurídico*, de *conducta* y de *ultima ratio* tienen una muy estrecha relación, ya que ellos determinan con precisión los alcances y ámbitos de intervención del derecho penal; asimismo, tienen la función de precisar los contenidos de los tipos penales, determinando las formas de su afectación y las formas de reacción frente a las conductas que los afecten, así como otros requisitos que servirán de presupuestos para la sanción penal.

Ahora bien, si se parte de la base de que la *misión* fundamental del derecho penal lo es precisamente la *protección de bienes jurídicos*, la realidad social actual nos muestra que esos bienes jurídicos no son oportuna y debidamente protegidos; lo que, a su vez, muestra la *crisis* de la función instrumental del derecho penal. Pero, por otra parte, también se observa en los últimos tiempos que empiezan a proliferar

²⁴ Bustos Ramírez, Juan, “Los bienes jurídicos colectivos”, en Bustos Ramírez, Juan, *Control social y sistema penal*, Barcelona, PPU, 1987, pp. 181 y ss.

en las legislaciones penales los llamados delitos de *peligro abstracto*; lo que trae como efecto una *extensión* o *expansión* del derecho penal. Ambas situaciones son razones suficientes para cuestionarnos si el *principio del bien jurídico* es realmente el que orienta al sistema penal de ahora, o si, por el contrario, solamente se le utiliza como un mero pretexto, con una función simbólica, para hacer uso del derecho penal y de todo el sistema penal, con la finalidad de mantener un determinado estatus a través del ejercicio del poder penal.²⁵

Lo anterior implica que la vigencia del *principio del bien jurídico* es puesto en tela de juicio, de la misma manera que sucede con otros principios fundamentales, como el de legalidad y de culpabilidad, que son considerados pilares del derecho penal de corte liberal y democrático. Por lo que también habrá que cuestionarnos si no vale la pena buscar las alternativas para que esos principios realmente alcancen sus objetivos, o dejar que las tendencias nos arrastren a esquemas autoritarios.

Se establece, por una parte, que en ningún caso deberá imponerse pena alguna si no es por la realización de una conducta que haya lesionado o, por lo menos, puesto en peligro un determinado bien jurídico (*nullum crimen, nulla poena sine iniuria*). Es lo que se conoce como *principio de antijuridicidad material* o principio de *lesividad*, que es una derivación o complemento del principio del bien jurídico. Puede decirse que, al igual que éste, el *principio de antijuridicidad material* no se encuentra expresamente señalado en el Código Penal de 1931, como sí lo hace el CPDF (2002). Pero es claro que está presente en los contenidos del propio Código Penal; pues es evidente que no podrá afirmarse la existencia de un delito si no existe la “afectación de un bien jurídico”, la cual puede manifestarse a través de la *lesión* o de la *puesta en peligro* del bien jurídico que en cada tipo penal se trata de proteger.

Por ello, así como no es admisible la existencia de un tipo penal, sino existe de por medio un bien jurídico que proteger, tampoco es admisible la afirmación de un delito y la imposición de una pena o de una medida de seguridad si no existe de por medio un bien jurídico que haya sido lesionado o, al menos, puesto en peligro.

²⁵ Véase sobre esto, Baratta, Alessandro, “Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. VIII, núm. 3, julio-septiembre de 1990, pp. 19 y ss.

D. Principio de culpabilidad

El *principio de culpabilidad*, columna vertebral del moderno derecho penal, establece que “a nadie se le impondrá pena alguna si no se demuestra previamente su culpabilidad con relación al hecho cometido”; es decir, “no hay pena sin culpabilidad”; por otra, que “la medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto”, esto es, el límite de la pena no deberá rebasar el límite de la culpabilidad. Por ello, se ha considerado que la culpabilidad constituye tanto un *fundamento* como un *límite* de la pena.²⁶ Estrechamente vinculado con este principio se encuentra el *principio de presunción de inocencia*, que atribuye al órgano del Estado la carga de probar la culpabilidad del autor de la conducta antijurídica, y que mientras aquél no demuestre su culpabilidad se le tendrá por inocente.

No obstante que la Constitución federal es caracterizada como una Constitución liberal, que además establece las bases de un Estado democrático de derecho, no consagró de manera expresa el principio de culpabilidad; tampoco lo hizo el Código Penal de 1931. En cambio, dicho principio se encuentra previsto en instrumentos internacionales que México ha suscrito, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración de San José, que en términos del artículo 133 de la Constitución política constituyen la ley suprema de toda la Nación; por lo que, puede decirse que es acorde con la ideología constitucional y que puede ser alegado a favor del inculpado.

El CP de 1931, como se ha dicho, no plasmó de manera expresa el principio de culpabilidad ni como fundamento ni como límite de la pena; por el contrario, en su versión original adoptó el *principio de peligrosidad* o de *temibilidad*,²⁷ como se desprende sobre todo del artículo 52 de dicho Código, que se refiere a las reglas generales de

²⁶ Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, 1981; Stratenwerth, Günter, *El futuro del principio de culpabilidad*, trad. de E. Bacigalupo, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, LXXX, 1980; Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch, 1977; Gómez López, J. Orlando, *Culpabilidad e inculpabilidad*, Bogotá, 1996; Paulino Mora, Luis y Navarro Solano, Sonia, *Constitución y derecho penal*, San José, 1995, pp. 87 y ss.; Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad*, México, Trillas, 1977; Moreno Hernández, Moisés, “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad”, *El poder penal del Estado*, (homenaje a Hilde Kaufmann), Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 385 y ss.

²⁷ Que es más propio de sistemas penales autoritarios.

aplicación de las sanciones. Es decir, no obstante la importancia de ese principio, el legislador de 1931 se dejó llevar más por la influencia *positivista*, entonces en gran auge, que por los lineamientos constitucionales; adoptó el criterio político-criminal que se basa en la idea de que *el hombre no es libre*, sino que está *determinado* por los factores que influyen en él y, por ello, representa un *peligro* para la sociedad. De ahí que el principio de *peligrosidad* del autor y la exigencia del *tratamiento* constituyen la base del sistema penal mexicano; lo que, al lado de otros criterios y principios adoptados, trae como consecuencia que en el Código Penal coexistan posiciones ideológicas encontradas, y de ahí que al Código se le caracterice como *ecléctico*.

Fue apenas con la reforma de 1994 al Código Penal Federal, que se erradicó de la legislación penal el *principio de peligrosidad*, y en su lugar se introdujo el *principio de culpabilidad*, como puede verse en el actual texto del artículo 52; así, igualmente se avanzó en el proceso de democratización del derecho penal en México.

3. Las reformas de 1983/84 y 1994 al Código Penal Federal

Con las reformas de 1983, 1984 y 1994 el Código Penal adoptó criterios político-criminales acordes a exigencias democráticas y ofreció mejores bases para una aplicación racional de la ley penal, así como bases más precisas para un desarrollo dogmático coherente en torno al delito. Sin entrar a su análisis detallado por ahora,²⁸ a continuación sólo se señalan las importantes reformas que se relacionan con el concepto general del delito, sus elementos y sus formas de realización, de las cuales algunas ya han sido referidas en párrafos anteriores.

A. Las reformas de 1984 al Código Penal Federal en torno al delito

Entre las importantes reformas que entraron en vigor a principios de 1984 y que tienen que ver con el *delito* en términos generales, resaltan las siguientes:

²⁸ De ello ya nos hemos ocupado en otras ocasiones, por lo que remitimos a trabajos anteriores.

- La *supresión de la presunción de intencionalidad delictuosa* y, como consecuencia de ello, se desterró el dogma draconiano *ignorantia legis non excusat, error iuris nocet*, que niega todo poderío eximente al llamado error de derecho (artículo 9o.).
- La regulación y precisión de los requisitos de la *conducta dolosa* y la *conducta culposa* (artículos 8o. y 9o.).
- La regulación del *error* como causa de exclusión o de atenuación de la responsabilidad, incluyendo el *error de tipo* y el *error de prohibición* (artículo 15, VIII).
- Se precisa la regulación de la *autoría* y la *participación* (artículo 13).
- Se precisan las fórmulas de algunas *causas de exclusión del delito o de la responsabilidad* (artículo 15).
- La inclusión de *sustitutivos de la pena de prisión* y el criterio de los *días de multa*.
- La derogación de la figura de la *retención*.
- La ampliación de la *querrela* para un mayor número de delitos.
- Así como algunas *precisiones técnicas*, entre otras.

B. Las reformas penales de 1985 y 1986

En 1985 y 1986 también hubo reformas al Código Penal, entre las que destacan: la precisión de la fórmula de la *tentativa*, y se regula el *desistimiento* y el *arrepentimiento activo* (artículo 12); asimismo, se perfeccionan los alcances de algunas *excluyentes de responsabilidad* (artículo 15) y de la *prescripción*.

C. Las reformas penales (y procesales) de 1994

En enero de 1994 se publicaron reformas al Código Penal Federal que obedecían a la necesidad de ajustar los códigos a los nuevos contenidos de la Constitución Política²⁹ y de introducir nuevos criterios político-criminales y dogmáticos; entre ellas resaltan:

²⁹ Que se introdujeron con las reformas constitucionales de 1993, particularmente a los artículos 16 y 19, que tienen que ver con los *requisitos materiales* de la orden de aprehensión y el auto de formal prisión.

- La regulación de la figura de la *omisión impropia o comisión por omisión* (artículo 7o.).
- Mayor precisión de lo que debe entenderse por una *conducta dolosa* y una *conducta culposa* (artículos 8o. y 9o.).
- Con relación a la *conducta dolosa*, se precisan los alcances del *aspecto cognoscitivo*, quedando fuera de él la llamada *consciencia de la antijuridicidad*; y, por lo que hace al aspecto *volitivo*, se posibilita distinguir el *dolo directo* del *dolo eventual*.
- Lo propio sucede con la *conducta culposa*, al agregarse el elemento de *previsibilidad*, que permite distinguir la *culpa con representación* de la culpa *sin representación*, así como distinguir entre culpa consciente y dolo eventual.
- Una más clara regulación de la *tentativa punible* (artículo 12) y de las formas de *autoría y participación* (artículo 13), estableciéndose con relación a esta última figura que “cada uno de los participantes responderá en la medida de su propia culpabilidad”.
- Se reestructura el catálogo de *excluyentes de responsabilidad*, ahora con el rubro de *causas de exclusión del delito* (artículo 15).
- Se estableció como nuevo criterio para la *individualización judicial de la pena* el de la *culpabilidad* del sujeto (artículo 52), entre otras.

III. ASPECTOS DOGMÁTICOS DE LA REGULACIÓN DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL

1. Cuestión previa

Ahora bien, al analizar el concepto del delito desde la *perspectiva dogmática*, se debe primeramente cuestionar si el legislador, al momento de generar un código penal y establecer en él lo que es el *delito* en términos generales, sus elementos y sus formas de realización, así como los presupuestos necesarios para la imposición de una pena, debe o no adoptar una determinada concepción teórica sobre el particular y así plasmarla en la ley penal. Es decir, si para definir lo qué es el delito, en términos generales, y cuáles son sus elementos, el legislador debe señalar en su exposición de motivos que se basa en el criterio teórico

de una determinada concepción, de los distintos que se han elaborado por la dogmática penal, y así expresarlo en los contenidos de la ley, o si él debe hacer sus regulaciones de manera tal, cuyos contenidos en todo caso respondan, en primer lugar, a ciertas exigencias político-criminales y, en segundo, que a la hora de la interpretación de sus diferentes contenidos permita la utilización de los criterios teóricos elaborados por la doctrina penal para lograr una aplicación racional de la legislación penal a los casos concretos.

En torno a esta cuestión, resulta más recomendable la segunda opción, esto es, que el legislador no tenga que ceñirse a una determinada construcción teórica, aun cuando al momento de legislar dicha construcción sea la más aceptada en la doctrina penal, porque la dogmática penal y la teoría del delito están en constante evolución, y puede suceder que al poco tiempo de aparecer la ley penal, la concepción teórica dominante haya dejado de serlo, al aparecer criterios más avanzados o de mayor consistencia; en cuyo caso la legislación penal quedaría también rebasada desde la perspectiva teórica.

A diferencia de algunos códigos penales de los estados, el Código Penal Federal no incluye expresamente un *concepto general del delito*, en el sentido como ha sido elaborado por la dogmática penal o la teoría del delito, sino que se limita a señalar en diversos artículos de la parte general ciertos datos que son necesarios para afirmar la existencia del delito, así como aquellos que indican las causas de inexistencia o exclusión del mismo. Ese modelo seguido por el Código Penal permite que, a partir del análisis sistemático de sus contenidos, se pueda construir el *concepto general del delito*, determinar cuáles son sus elementos genéricos y los específicos, así como las distintas formas de realización del delito, según la consideración de los elementos objetivos o subjetivos del tipo penal, entre otras cuestiones.

Lo anterior por supuesto, no excluye que, al determinar los presupuestos de la pena y demás cuestiones relacionadas con el delito y plasmarlos en la ley penal, el legislador tome en consideración las aportaciones de la dogmática penal para darle claridad y sentido a sus diversas fórmulas legislativas; pero, al hacerlo, debe procurar seguir aquellas que se correspondan con la base e ideología político-criminal que ha adoptado como criterio orientador de la legislación, buscando siempre que haya congruencia interna.

2. La importancia del análisis sistemático del concepto de delito y su relación con la política criminal

Afirmar la existencia de los presupuestos de la pena implica afirmar todos y cada uno de los *elementos del delito* y, por ende, del *delito* mismo. Pero, ¿qué es el *delito* y cuáles son sus *elementos* según el Código Penal? Es con relación a esta cuestión que entran en consideración, en primer lugar, los aspectos de la *política criminal*, de los que nos hemos ocupado en el punto anterior, y, en segundo, los aspectos de *dogmática penal*. Los primeros, como se ha dicho, para ver si los criterios adoptados por el legislador responden a exigencias de sistemas penales propios de Estados democráticos de derecho o a sistemas de corte autoritario; mientras que los aspectos dogmáticos sirven también para ver que los criterios teóricos puedan igualmente conducir a soluciones acordes a exigencias democráticas, o a que respondan a exigencias de corte autoritario. Lo anterior quiere decir que tanto la política criminal como la dogmática penal pueden responder a exigencias democráticas o a necesidades autoritarias; en otros términos, así como existen políticas criminales de corte democrático o de corte autoritario, de igual forma, la dogmática penal puede vincularse en una base ideológica que responda a exigencias democráticas o autoritarias y, por tanto, puede servir de base para una política criminal democrática o autoritaria.

Lo que importa, entonces, es saber qué se quiere con cada una de ellas en un determinado contexto histórico, social y político. Si lo que se busca es fortalecer el Estado de derecho y su sistema de justicia penal, ello obliga a saber cuál construcción teórica está en mejores condiciones de lograrlo.

Los principios fundamentales antes señalados: *nullum crimen sine lege*, *nullum crimen sine actione*, *nullum crimen sine iniuria*, *nullum crimen sine culpa*, entre otros, proporcionan las bases para construir tanto legislativa como dogmáticamente, el concepto general de *delito*, así como determinar cuáles son sus elementos, sus formas de realización, quiénes lo cometen o participan en su comisión (autores y partícipes), y cuál es la naturaleza de las causas de exclusión del delito, entre otras cuestiones. La dogmática penal en torno al delito se ocupa precisamente de realizar esa tarea que tiene que ver con el *concepto general* y los elementos del delito, a partir del análisis sistemático de los respectivos contenidos de la parte general del Código Penal. De dicho análisis se establece, también, cuáles son las *formas* en que el delito se puede cometer (por acción o por omisión, dolosa

o culposamente, de manera consumada o tentada, etcétera), así como *quiénes* lo cometen o participan en su comisión y las formas en que se puede participar en la comisión del delito (autores y partícipes). Igualmente, la teoría del delito se ocupa de desarrollar sistemáticamente los supuestos y las causas por las que el delito y cada uno de sus elementos se puede excluir o atenuar, lo que traerá como consecuencia que la pena también se excluya o se atenúe.

Con las reformas que el Código Penal Federal ha experimentado en las últimas décadas del siglo XX, como las señaladas de 1983, 1984 y 1994, se adoptaron criterios político-criminales más acordes a exigencias democráticas y, por ello, se ofrecen mejores bases para un desarrollo dogmático coherente que pueda proporcionar soluciones más racionales de los problemas que se presentan en la realidad. Pero, además, debe aceptarse que en esas importantes reformas a la legislación penal sustantiva mucho tuvieron que ver las aportaciones de la dogmática penal más moderna.³⁰

Así, por ejemplo, se puede encontrar en la parte general del Código Penal el uso de ciertas categorías sustantivas o materiales, que tienen que ver con el concepto general del *delito* y con sus *elementos*, como la de *injusto* y *culpabilidad* (artículo 52); y si bien el *delito* constituye el principal presupuesto de la pena, para su análisis sistemático se le estructura de diversos *elementos*, a los que la doctrina penal llama *elementos esenciales del concepto de delito*, cada uno de los cuales, a su vez, tiene un determinado concepto y su respectivo contenido o estructura, según la concepción teórica que se adopte.

3. Los distintos sistemas de análisis del concepto general del delito y su aplicación para interpretar contenidos del CP

Es en este punto que tiene que ver con el concepto general del delito y sus elementos, donde adquiere particular importancia la dogmá-

³⁰ Como se ha dicho en notas anteriores, la dogmática penal ha desarrollado diversos conceptos de acción o de conducta humana (*causal*, *social* y *final*) para determinar qué es lo que debe constituir la base de la estructura del delito; de cada uno de ellos se han derivado consecuencias importantes para el concepto y estructura del delito, y de ellos se deriva que también se hable de distintos sistemas de análisis del delito: el *sistema causalista* y el *sistema finalista* del delito, a los cuales se agrega el llamado *sistema funcionalista* del delito. Igualmente, sobre este tema existe una amplísima bibliografía, de la que por ahora no haremos mención.

tica penal y, concretamente, la *teoría del delito*; porque ella se ocupa precisamente de elaborar y proporcionar bases teóricas para las decisiones político-criminales que adopta el juzgador,³¹ para que la aplicación de la ley penal a los casos concretos sea racional. Pero sucede que existen distintas elaboraciones teóricas, cada una basada en distintos métodos de análisis y en diferentes concepciones filosófico-políticas, y es claro que no todas conducen a los mismos resultados ni todas pueden responder a exigencias de Estados democráticos de derecho; de ahí la importancia de saber por cuál sistema se opta.

En efecto, en el desarrollo en torno al análisis sistemático del delito se reconoce la existencia de al menos tres sistemas de análisis: a) el sistema *causalista*; b) el sistema *finalista*, y c) el sistema *funcionalista*, que se diferencian por los métodos que utilizan y por los conceptos básicos de que parten. Es evidente que de ellas no podemos ocuparnos aquí, como para destacar cuáles son sus bases e implicaciones y cómo se pueden aplicar para el análisis del Código Penal. Simplemente habrá que resaltar que algunas responden más a exigencias político-criminales de corte democrático y otras a exigencias autoritarias; de ahí el cuidado de elegir la construcción que nos puede llevar a soluciones más racionales según exigencias de un derecho penal de corte democrático.

Así, por ejemplo, para la afirmación de la *tipicidad*, no obstante debe haber claridad de la ley en este aspecto, un juez puede seguir criterios teóricos tradicionales respecto de los *elementos del tipo*, como los sostenidos por el *sistema causalista*; y, con base en ellos, puede considerar suficiente la sola acreditación de los elementos *objetivos* del tipo penal para afirmar la tipicidad de la conducta; es decir, no sería necesario acreditar el *dolo* o la *culpa*, o cualquier otro elemento subjetivo del tipo penal; en cambio, si el juzgador sigue criterios más modernos, como los elaborados por la *doctrina finalista*, de ninguna manera podría afirmar la tipicidad de la conducta si antes no se acreditan los *elementos subjetivos* del tipo, como son el *dolo* o la *culpa*.

Lo propio puede decirse con relación a los otros elementos del delito, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad*, ya que sobre ellos existen diversos conceptos dogmáticos y cada uno de ellos le asigna una deter-

³¹ Con independencia de la función que puede jugar la dogmática penal en la función del legislador a la hora de diseñar los tipos penales y establecer los presupuestos necesarios para la pena.

minada estructura. Y dependiendo de la estructura que se le da a cada elemento del delito, igualmente, habrá consecuencias importantes por lo que hace a la *naturaleza* de cada una de las “causas de exclusión del delito” y al lugar sistemático en que corresponde su análisis.

Tal vez era de esperarse que, al abordar la evolución legislativa en torno al delito, ahora nos ocupáramos de analizar dicha evolución desde la perspectiva de los criterios teóricos, para ver qué tanto las señaladas corrientes de pensamiento dogmático (*causalismo*, *finalismo* o *funcionalismo*) han influido en el legislador penal para la determinación de ciertos contenidos del Código Penal relacionados con el concepto general del delito, con sus elementos y sus formas de realización, así como con relación a sus autores y partícipes, y a las causas de exclusión del delito. Realmente, como se ha dicho, las aportaciones de la moderna dogmática penal mucho han tenido que ver con las importantes reformas que en las últimas décadas ha experimentado la legislación penal sustantiva. Pero el destacar cada una de ellas, por ahora, rebasa los límites de esta exposición.

Desaparición de la presunción de dolo en el derecho penal mexicano y sus consecuencias

Rodolfo Félix Cárdenas*

NUESTRA LEY penal y, aquí me refiero al entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para Toda la República en Materia de Fuero Federal, hasta el arribo de la importante reforma de 1984 contenía en su texto una presunción de intencionalidad en la comisión de los delitos dolosos que se conoció como la “presunción de dolo”; de hecho, esta presunción existía ya desde los códigos penales de 1929 (artículo 15, fracción III) y de 1871 Código Penal Martínez de Castro (artículo 10, fracción III) que la mantenían “aunque el acusado probara que ignoraba la ley”.

Carrancá y Trujillo¹ señaló que el legislador mexicano conservaba la presunción de dolo para el *error iuris*, pues se presumía a pesar de que el acusado *creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla*, y todo ello apoyado en la sentencia *ignorantia legis non excusat* o *error iuris nocet*, siempre invocados para restar eficacia excluyente al error de derecho al que no se le concedía relevancia jurídica, pues se presumía que el derecho era conocido. Vela Treviño² especialmente destacó la situación que privaba en el ordenamiento penal mexicano, que *negaba a los sujetos el derecho a valorar el contenido de las normas penales en orden a la antijuridicidad*, lo que derivaba de la presunción de dolo del artículo 9o., fracción III, el cual establecía que no se destruye la presunción dolosa de la conducta aunque el acusado pruebe que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla, ya que la norma quedaría supeditada en su validez a la especial valoración que de ella hiciera cada sujeto.

* Profesor de Derecho procesal penal en la Escuela Libre de Derecho.

¹ Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 5a. ed., México, Antigua Librería Robredo, 1960, t. I, p. 243.

² Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito*, México, Trillas, 1997, pp. 339 y ss.

Por ejemplo, una situación similar se vivía en España. Cerezo Mir³ refiere que la teoría del *error iuris nocet* —el error de derecho perjudica— se mantuvo en España hasta los años sesenta en la jurisprudencia del tribunal supremo tras invocarse la aplicación del artículo 2o. del Código Civil que en su redacción originaria establecía el principio de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, pero se hacía una excepción en caso de error de derecho extrapenal. Respecto de la apreciación sólo del error sobre normas extrapenales, destaca igualmente la imposibilidad de deslindar los casos en que el error versa sobre normas penales y extrapenales, como también que no era posible encontrar una explicación a la diferencia de tratamiento de una y otra clase de error.⁴ Mir Puig⁵ refiere que el rechazo por la jurisprudencia de la virtualidad eximente o atenuante del error de derecho conoció una excepción: se admitía la eficacia del llamado error de derecho extrapenal. Este concepto hacía alusión al desconocimiento de normas jurídicas no penales que condicionaron la aplicación de la ley penal.

Pero no sólo se trataba de presumir el dolo; sino que, por tratarse de una presunción legal, la Suprema Corte resolvió que quien pretendía ir en contra de esa presunción debía probar en contra de la misma. Esto no fue, sino un mensaje claro en contra del inculpado pues la presunción de dolo favorecía en todo a la acusación y, si el dolo quería destruirse, debía ser éste —el acusado— en quien recaía la carga de la prueba. Esto deja claro el por qué en México se solía decir que la presunción de inocencia no existía y es que, la ley penal al presumir el dolo, por el contrario, partía de la presunción de culpabilidad. La Suprema Corte nunca se pronunció respecto de este precepto ni sus similares en los distintos códigos penales del país para analizar su constitucionalidad.

Algunas de las tesis que destacan sobre la presunción del dolo —que por cierto, son asidero común durante la Quinta, Sexta y Séptima épocas— son, por ejemplo, las siguientes:

³ Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2001, t. III, pp. 116 y ss.

⁴ Cerezo Mir, José, “La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal Español”, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 86.

⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Barcelona, Repper-tor, 1999, p. 570.

DOLO. Es verdad que la base de todo delito intencional es el dolo, la intención dañada; pero como este elemento es siembre subjetivo, tan íntimo, tan fuera de la posibilidad de probarse, que todos los Códigos Penales (y el del Estado de Morelos no se aparta de esta actitud), establecen que *siembre que a un acusado se le pruebe que violó la ley penal, se presumirá que obró con dolo, y esta presunción, aunque juris tantum, no se destruye aunque llegue a demostrarse que el agente obró con la creencia de que el fin que se propuso era legítimo.*

INTENCIONALIDAD DELICTUOSA. El dolo eventual de realizar el hecho, sean cuales fueren sus consecuencias, cae dentro del ámbito de los hechos o delitos intencionales, según las reglas del derecho positivo que establecen que la presunción de la intencionalidad no se destruye aun demostrando que el agente no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño; ni de que no se propuso causar daño que resultó, si este fue consecuencia necesaria y notoria del hecho en que consistió el delito, o si el imputado previo o pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho y estar al alcance común de las gentes, o si se resolvió a violar la Ley fuera cual fuere el resultado.

DOLO, CARGA DE LA PRUEBA CONTRA LA PRESUNCIÓN DE. El que afirma tiene la obligación de probar sus aseveraciones, sobre todo si éstas contradicen presunciones, como la de la intencionalidad delictuosa.

INTENCIONALIDAD, PRESUNCIÓN DE. *La ley establece una presunción de intencionalidad en los delitos, y si el sujeto actúa voluntariamente en un terreno de ilicitud, el resultado que se produzca es reprochable a título de dolo*, pues independientemente de la presunción legal, debe entenderse que la ley reprocha duramente a quien actuando en un terreno de antijuricidad produce un daño.

De esta manera, el *error iuris* no era sino algo menos que un objeto en un escaparate. Recordemos como incluso en las aulas universitarias donde a los estudiantes se solía enseñarnos la frase lapidaria: “la ignorancia del derecho no exime de su cumplimiento” y así vivimos por mucho tiempo. Esto se mantuvo en México hasta que, tras reconocerse en ley *la exigencia del conocimiento de la antijuridicidad como presupuesto de la pena*, esos axiomas representativos de una evidente responsabilidad objetiva que se manifestaban como: *ignorantia legis non excusat* y *error iuris nocet* fueron dejados atrás y *se pasó a otorgar plena relevancia al error de prohibición invencible.*

Llama la atención como desde 1980, aun estando vigente el artículo 9o. del citado Código Penal que contemplaba la presunción de dolo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo la ponencia del mi-

nistro Francisco Pavón Vasconcelos se había ya pronunciado, insisto, *a pesar de la inexistencia en la ley* de regulación expresa sobre el llamado error de tipo y el error de prohibición para eximir la responsabilidad penal; así, en las tesis: “Error de prohibición” y “Error de tipo y error de prohibición. Para ser eximente requiere ser invencible o insuperable”.⁶

Esta expresión de la Suprema Corte no fue casualidad. Recordemos que el derecho penal mexicano estuvo liderado por muchos años por la fuerte influencia que ejerció en su formación durante el siglo pasado la llamada escuela causalista, que reconocía al dolo y culpa como elementos de la culpabilidad, pero también es justo decir, que rechazaba la aludida presunción de dolo. Por otro lado, otra corriente minoritaria del penalismo mexicano se apartó de esa concepción y se orientó más bien hacia los postulados finalistas; algunos sentados en el finalismo welzeniano más puro, y otros, si bien adoptando como válido que el dolo y la culpa no hacían parte de la culpabilidad propusieron otro modelo (modelo lógico). Se comenzó a hablar en la doctrina penalista mexicana, de error de tipo y error de prohibición y, el ministro Pavón Vasconcelos lo sabía. También está claro aquí, el rechazo a la presunción de dolo.

El error de prohibición ocurre, como refieren Muñoz Conde y García Arán,⁷ no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho, de ahí que pueda referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (*error de prohibición directo*) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (*error de prohibición indirecto* o error sobre las causas de justificación).

La presunción de dolo se abandonó en la reforma penal de 1984.⁸ Se incorporó aquí en el artículo 15, fracción XI, del entonces Cód-

⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vols. 139-144, 2a. parte, p. 88.

⁷ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 4a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 441.

⁸ Un aspecto significativo de esta reforma fue la derogación de la presunción de dolo, bajo cuya vigencia ninguna relevancia se concedía al entonces denominado “error de derecho” como causa de exclusión de la responsabilidad penal, sino tan sólo al error de hecho bien como excluyente, o bien como atenuante de la responsabilidad penal.

go Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y Para toda la República en Materia de Fuero Federal, conjuntamente con el error de tipo, el denominado error de prohibición. Sin embargo, a pesar de que se le reconocía un efecto excluyente de ser *esencial e invencible*, ocurría, como refiere Moreno,⁹ un grave problema, pues la propia reforma de 1984 incorporó el artículo 59 bis que establecía: “que cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o su alcances”, solamente atenuaba la pena —hasta la cuarta parte— o se imponía una medida de seguridad —tratamiento en libertad—.

Además, en ese precepto se limitaba el llamado “error de derecho” cuando el sujeto se encuentre en una situación de “extremo atraso cultural y de aislamiento social”, ya que, por un lado, el artículo 15 reconocía un efecto excluyente al error de prohibición invencible, mientras que, por su parte, el artículo 59 bis sólo le reconocía un efecto atenuante; pero parecía que este último resultaba más desventajoso para quienes se encontraban en situación de atraso cultural y de aislamiento social, pues mientras que quien no sufría de esta situación, incurría en error de prohibición invencible no era sancionado en términos del artículo 15, fracción XI, por el contrario, quien sí lo sufría, además de dichas circunstancias, como el indígena no obstante actuar bajo el mismo error sólo alcanzaba una pena atenuada o bien una condenada sustituida por tratamiento en libertad.

Tras diez años de vigencia, el artículo 59 bis fue derogado en la reforma penal de 1994, con lo cual el error de prohibición pasó a insertarse como causa de exclusión del delito en el artículo 15, fracción VIII, inciso B) del referido Código Penal y cuyo texto hoy se mantiene en el vigente artículo 15, fracción VIII, inciso B) del Código Penal Federal:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, A)... ó B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la Ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código.

⁹ Moreno Hernández, Moisés, “La regulación del error en la legislación penal mexicana”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, México, núm. especial, agosto de 1999, pp. 84 y ss.

Por su parte, el artículo 66 dispone:

Artículo 66. En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII el artículo 15 sea vencible, se impondrá la puntualidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será *de hasta una tercera parte* del delito de que se trata.

Hasta 2002, tardíamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación descubrió que el principio de presunción de inocencia se contenía implícitamente en el texto constitucional en distintos artículos: 14, segundo párrafo; 16, primer párrafo; 19, primer párrafo; 21, primer párrafo y 102, apartado A, párrafo segundo.¹⁰ Hoy, como sabemos, la presunción de inocencia forma parte del texto expreso constitucional desde la reforma del 18 de junio de 2008 de la carta magna.

No obstante, al acontecer en 2002 la separación del Código Penal para el Distrito Federal, que aplicaba a la vez tanto en materia federal como local para generar en cada fuero su propio código (federal y del Distrito Federal), el contenido del artículo 15, fracción VIII, inciso B, quedó redactado de igual forma en ambos ordenamientos.¹¹ Ello subsiste en el Código Penal Federal, mientras que en el Código Penal para el Distrito Federal aconteció una innecesaria reforma en diciembre de 2014 al artículo 29, para establecer que

Artículo 29 (causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o *causas de inculpabilidad*.

C. Habrá causas de inculpabilidad, cuando:

III. (Error de prohibición) El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto:

¹⁰ Así, en la tesis aislada XXXV/2002 que el Tribunal Pleno consideró apta para integrar una tesis jurisprudencial, cuyo rubro es “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. Amparo en revisión 1293/2000, 15 de agosto de 2002.

¹¹ El artículo 29, fracción VIII, del Código Penal para el Distrito Federal establecía: “(Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o, b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código”.

- a) Desconozca la existencia de la ley;
- b) El alcance de la ley; o
- c) *Porque crea el agente que está justificada su conducta.*

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, *no procederá la inculpabilidad* y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código (sanción atenuada a *una tercera parte* de la pena del delito de que se trate).

Si alguna diferencia se puede destacar es en la vocación punitiva del Distrito Federal, en que, a diferencia del error de prohibición vencible en materia federal; aquí se sanciona con una pena atenuada que necesariamente ha de ser de una tercera parte del delito de que se trate, sin posibilidad de que sea entonces una pena menor como sí acontece en la regulación federal en que la pena atenuada es de hasta una tercera parte.

Se tiene así que desde que se abandonó la presunción de dolo y se incluyó en la ley penal mexicana, el error de tipo y el error de prohibición en 1984, e incluso, en la reforma más reciente al Código Penal para el Distrito Federal existe una clara orientación para afirmar que el legislador mexicano se ha afiliado decididamente a la llamada “teoría estricta de la culpabilidad”, pues es evidente que, al no distinguir el tratamiento del error de prohibición invencible cuando se trata de la creencia de la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación, sino tratar todos estos supuestos por igual; todo error invencible que recaiga sobre una causa de justificación será error de prohibición y esto no es más que la más pura expresión del finalismo welzeniano en su versión ortodoxa plasmada en nuestra ley penal.

Un aspecto a considerar es el error sobre los llamados elementos normativos que son estrictamente jurídicos, en el que se sostiene generalmente que se trata de un error de tipo. Sin embargo, Zaffaroni¹² ha destacado el hecho de la inclusión continua de elementos normativos en la construcción de los tipos penales (la administrativización del derecho penal) que hace cada vez más difícil que el gobernado se ampare en un error invencible, y ello puede conllevar a sanción por delito imprudente si es permitida al caso según el delito. Pero, tratándose de los llamados “elementos del deber jurídico” hoy “elementos de valoración global del hecho” que se encuentran claro en algunos

¹² Zaffaroni, Raúl Eugenio *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 511.

tipos penales, pero que contienen una referencia a la antijuridicidad (referencia de valoración jurídica). Welzel¹³ (elementos especiales de la antijuridicidad) les da el trato de error de prohibición (tipos abiertos, a diferencia de los cerrados que son indiciarios del injusto, hay otros, los abiertos, que excepcionalmente exigen la antijuridicidad de la conducta y para completar el tipo, el juez debe acudir a la totalidad del ordenamiento jurídico). Otros los tratan como error de tipo, y otros de tipo o de prohibición. Roxin¹⁴ según se refieran al aspecto fáctico (el error recae sobre el elemento descriptivo) o bien, según el autor al conocer las circunstancias decisivas para el injusto, yerra sobre la prohibición de la acción (son hoy los elementos de valoración global del hecho) que Jescheck¹⁵ alude dividir lo descriptivo (los presupuestos de la valoración global del hecho) que pertenecen al tipo; de lo normativo (la propia valoración de conjunto) que pertenece a lo antijurídico y ello, para determinar cuándo es error de tipo y cuando de prohibición.

En el derecho penal económico, dada la construcción de tipos penales (dolosos generalmente); la técnica de legislar con elementos normativos y ley penal en blanco (hace más difícil) que un error de prohibición vencible conlleve siempre sanción (pena atenuada), hace que la doctrina se incline por la propuesta de convertirlo en error de tipo (así, si es vencible, se sanciona culposamente y, sino hay tipo culposo, no hay delito).

Welzel¹⁶ al referir al delito fiscal, desde el punto de vista dogmático fue el primero que ofreció un enfoque distinto. Vio en el fraude fiscal un delito de resultado. Para él, la pretensión tributaria del Estado, objetivamente existente, era el verdadero objeto del hecho del grade fiscal. Así, concebía el resultado justo en evadir el deber de tributar,

¹³ Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. y notas de José Cerezo Mir, Montevideo, Ariel, 1964, 2001, pp. 180 y nota a pie 31.

¹⁴ Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1979, pp. 132, 212 y 214.

¹⁵ Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5a. ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Editorial Comares, p. 264.

¹⁶ Welzel, Hans, *NJW*, 1953, p. 486 y ss., citado por Manfred Maiwald, *Conocimiento de lo ilícito y dolo en el derecho penal tributario*, trad. de Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, pp. 32-35.

y entonces, si alguien cree que no debe pagar impuestos, o sea, que no tiene el deber de tributar y no paga, y se le acusa de fraude fiscal, existe un error sobre un elemento del tipo objetivo; es decir, sobre el resultado y, como éste debe ser abarcado por el dolo, el error es de tipo y no de prohibición. Maiwald¹⁷ siguiendo la tesis original de Roxin¹⁸ retomó este debate para buscar sustentar sin éxito, que el error sobre el deber de tributar, es error de prohibición. El mismo Roxin¹⁹ ha dado la razón a Welzel.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 50-52, apoyado en la primitiva posición de Roxin, estima que el error sobre el deber de tributar es error de prohibición.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 225.

¹⁹ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña *et al.*, Madrid, Civitas, 1997, t. I, p. 464.

Tesis para una teoría pura del delito y de las sanciones

Jorge Ojeda Velázquez*

I. INTRODUCCIÓN

JAMÁS COMO hoy, nunca como en estos últimos cincuenta años, después que los tiempos han visto nacer y morir al finalismo welzeniano, la teoría del delito había aparecido tenazmente cerrada, en un aislamiento tan espléndido como absurdo, extraña a su misma esencia y a su realidad, a esa realidad que hace que nuevos valores jurídicos vayan surgiendo, otros se mantengan inalterables y algunos desaparezcan.

Últimamente, la teoría del delito se ha visto estancada. Parece que el penalista no tiene nada que agregar en este campo y sólo consagra sus esfuerzos a repetir mecánicamente lo que los “grandes” han dicho, o bien se dedica a hacer tímidas críticas a los venerados “maestros italianos o alemanes”, ellos impotentes también de hacer florecer aquellos árboles de la ciencia penalista, de cuyas ramas en un tiempo brotaban hermosos postulados, merced a la irrigación constante que sobre ellos vertían cariñosamente sus teóricos.

La razón profunda de este *impasse*, de este *taedium scientiae*, la encontramos tal vez en la convicción estática de aquellos maestros que creen, sin duda en plena y buena fe, haber dicho la última palabra sobre los problemas del derecho penal, y en el sopor científico de todos aquellos que “están convencidos de que, en nuestra disciplina, las cuestiones esenciales desde hace tiempo ya tienen sus soluciones definitivas”.¹

Dentro de este capítulo nos proponemos reabrir la discusión dentro de la dogmática jurídico-penal y lanzar una tesis para una teoría pura

* Magistrado de circuito del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito Colegiado de Circuito; miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ Antolisei, F., *Problemi Penali Odierni*, Milán, 1940, pp. 6 y 12.

del delito que, sin desconocer los avances teóricos legados a nosotros por los clásicos del derecho penal, reubique ciertos conceptos bajo una nueva metodología de estudio para lograr una nueva visión de la teoría del delito que, en suma, pone en entredicho su antigua concepción y construcción, y se basa en elementos y en un universo conceptual netamente general, abstracto y permanente, a diferencia de la actual, que hace una mezcla de conceptos abstractos y concretos.

En efecto, es necesario en primer lugar hacer una separación neta entre delito y teoría del delito. El delito es un hecho y, como tal, es un concepto particular, concreto y temporal que se integra con elementos fácticos adecuados a un tipo de norma penal y a un específico grado de culpabilidad de un sujeto. En cambio, la teoría del delito, que es un capítulo de estudio de la ciencia penal, además de cumplir con los requisitos asignados a toda ciencia, como lo es la universalidad y validez de la misma, estudia al delito desde un campo particular de trabajo que abarca la generalidad, la abstracción y la permanencia del mismo. Es general, porque sus conceptos se aplican a todos los delitos, sin excepción; es abstracta, porque no se refiere a un caso concreto, sino a todos los que se puedan realizar durante su vigencia; y permanente, porque subsiste a pesar de su violación o no violación.

He aquí dos visiones diferentes para manejar al delito: el general y abstracto, por una parte, y el particular y concreto por la otra. He aquí dos metodologías diferentes para estudiar un único ente jurídico: el ilícito penal.

Quien analice hoy un argumento cualquiera en el campo del derecho penal, se encontrará frente a una cuestión preliminar: la metodología que se debe emplear. El problema metodológico es, así pues, el problema dominante que nos ayudará no sólo a superar las barreras y etiquetas denigrantes que surgen en las apasionadas y no siempre serenas disputas personales, cuando éstas se apartan del análisis objetivo del discurso dado por el expositor, sino también a deducir las conclusiones obtenidas del mismo, sean éstas correctas o incorrectas.

En las apuntadas consideraciones, afirmamos que en el estudio de la teoría del delito ha existido una vieja y errada concepción metodológica.

Desde la antigua discusión centrada en la conveniencia o inconveniencia de adoptar una concepción unitaria o analítica del delito, ya se dejaban entrever diferentes opiniones y soluciones, según la

diversidad del ambiente político y cultural en que el científico vivía y actuaba.

En la concepción unitaria del delito, éste se presenta como una entidad que no se deja escindir en elementos diversos, que no se deja, para usar la expresión de mi maestro Bettiol,² “cortar en rebanadas”. Bajo esta visión, el delito es un todo orgánicamente homogéneo, es irreducible en su esencia, es un acto contrario a derecho que precisamente, al obrar *contra ius*, no puede concernir a sus componentes en particular, sino a toda la unidad.³

En cambio, en el método analítico, el delito se presenta como una suma de elementos, de aspectos distintos entre sí; se presenta como una serie de fragmentos separados que cobran vida únicamente cuando éstos se suman. Visión atomista parcial y fragmentaria, en la cual “el delito se degrada a una suma de elementos dispares y heterogéneos”.⁴

La doctrina⁵ ha profundizado mucho en el estudio analítico del delito, pero su orientación metodológica ha caído en graves exageraciones que han creado abstracciones que no favorecen la claridad de las ideas y se pierden en sutilezas. La exageración del procedimiento analítico, además, ha llevado no sólo a fragmentar el delito en varias partes, sino también a considerar a cada una de éstas como una entidad independiente, como un quid dotado de vida autónoma, de manera que el delito se ha reconocido como una suma de elementos dispares y heterogéneos, en la que ciertos elementos que pertenecen al mundo de lo abstracto se combinan con otros elementos que pertenecen al mundo de lo concreto hasta llegar a formar una “ensalada navideña penal”.

La concepción analítica del delito ha dado lugar a diferentes teorías que toman esencialmente en cuenta siete elementos que en él han observado sus respectivos apologistas. Hasta la época actual, éstas se han mantenido en sus respectivos países de origen más o menos inalterables, sin modificación alguna, salvo honrosas excepciones hechas por dos maestros mexicanos de la Universidad Nacional: Olga Islas y Elpidio Ramírez,⁶ que dan al sistema de derecho penal, y en particular

² Bettiol, G., *Diritto Penale, parte generale*, 10a. ed., Padua, Cedam, 1978, p. 204.

³ Moro, A., *L'Antigiuridicità Penale*, Padua, 1947, pp. 133 y 134.

⁴ Mantovani, F., *Diritto penale, parte generale*, Padua, Cedam, 1979.

⁵ Antolisei, F., *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, 8a. ed., Milán, Giuffrè, 1980, pp. 168 y ss.

⁶ Islas, O. y Ramírez, E., *Lógica del tipo en el derecho penal*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1970.

al tipo penal, una arquitectura matemática y una estructura lógica digna de ser vista con simpatía.

La doctrina clásica italiana elaboró con rigor lógico y claridad admirable una teoría bipartita del delito que se basa en la distinción entre elementos objetivos y subjetivos; es decir, entre la fuerza física y la fuerza moral, para utilizar la terminología puesta en boga por Carrara.

En esta bipartición o dicotomía, que dominó hasta tiempos muy recientes el panorama penal italiano y que preclaros penalistas como Manzini,⁷ Florian,⁸ Paoli,⁹ Ranieri,¹⁰ Antolisei,¹¹ Pisapia,¹² y Nuvolone¹³ todavía siguen adoptando, el elemento objetivo está constituido por la conducta o hecho, el evento o resultado y la relación de causalidad que debe existir entre este último y aquélla. Sin embargo, con ello no se agota el estudio del elemento objetivo, según la doctrina italiana, porque para la existencia del delito, además de la presencia de los elementos indicados y que por lo general constituyen la “fattispecie criminosa”, es necesaria la ausencia de causas de justificación, conocidas por ellos como elementos negativos del hecho o causas objetivas de exclusión del delito. En cambio, el otro elemento, el subjetivo, no revela más que la conciencia y voluntad con que se comete el hecho; este elemento está constituido por el grado de culpa con que obra el autor del mismo y, en consecuencia, en su aspecto negativo se estudian las causas que eliminan el nexo psíquico, es decir, aquel requisito que excluye tanto el dolo como la culpa, a saber: la hipnosis, el sonambulismo, la fuerza mayor, la vis (del latín fuerza) absoluta y el error, en general.

Para la teoría tripartita del delito, surgida en Alemania a través de las obras de Beling,¹⁴ el delito se compone de tres elementos que re-

⁷ Manzini, V., *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 5a. ed., Turín, UTET, 1981, vol. 1, p. 651.

⁸ Florian, E., *Trattato di Diritto Penale*, 4a. ed., Milán, 1943, p. 398.

⁹ Paoli, L., *Il Diritto Penale Italiano*, 1936, p. 65.

¹⁰ Ranieri, S., *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, 4a. ed., Padua, Cedam, 1968.

¹¹ Antolisei, F., *op. cit.*, p. 172.

¹² Pisapia, G. D., *Istituzioni di Diritto Penale*, Padua, 1965.

¹³ Nuvolone, P., *Il Sistema del Diritto Penale*, Padua, Cedam, 1975.

¹⁴ Beling, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906 y *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 1930, citado por Welzel, pp. 72-74.

presentan los tres grandes capítulos de la teoría tradicional del delito, a saber:

1. El hecho típico (*Tatbestand*), entendido restrictivamente como hecho material, que abarca en sí a los clásicos requisitos objetivos (conducta, evento y causalidad).
2. La antijuridicidad objetiva (*Rechtswidrigkeit*), con la cual se pretende designar a la contrariedad del hecho material con el ordenamiento jurídico.
3. La culpabilidad (*Schuld*), es decir, la voluntad reproachable en sus dos formas, de dolo y de culpa.

Desde el punto de vista sistemático, la concepción tripartita tradujo la exigencia de introducir, al lado del hecho material o de la conducta formal y la culpabilidad, un tercer elemento: la antijuridicidad formal, la cual vino a dar a la sistematización dogmática un lugar distinto al elemento negativo del mismo, constituido por la ausencia de causas que justificaran al hecho antijurídico.

En Alemania siguen esta misma tripartición, entre otros, Graf Zu Dohna,¹⁵ Mezger¹⁶ y Welzel,¹⁷ quienes integran al delito con tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, aunque con diferentes concepciones.

En Italia, esta integración tripartita encuentra su antecedente más remoto en Carrara,¹⁸ quien expresaba que “el delito es un ente jurídico que para existir necesita de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye su unidad”. Sin embargo, lo que completa su esencia es la contradicción de esos elementos con la ley jurídica, y cuya contradicción no es más que la antijuridicidad de la que ya hemos hablado.

A partir de 1930, este sistema, que como se ha dicho presenta la novedad de introducir la antijuridicidad como tercer elemento del delito, fue cobrando una importancia siempre creciente aun entre insignes

¹⁵ Graf zu Dhona, A., *La estructura de la teoría de delito*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958, p. 15.

¹⁶ Mezger, E., *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1958, p. 82.

¹⁷ Welzel, H., *Derecho penal alemán*, 12a. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

¹⁸ Carrara, F., *Programa del Corso di Diritto Criminale*, Janusa, 1976, p. 56.

maestros italianos como Delitala,¹⁹ Maggiore,²⁰ Petrocelli,²¹ Frosali²² y Bettiol.²³

Sin embargo, Grispigni²⁴ se inclina más por una visión analítica cuatripartita del delito, al enunciar que éste “es una conducta humana correspondiente al tipo descrito por una norma penal, en la que existe ausencia de causas de justificación y una culpabilidad”.

Bajo esta concepción, para Von Liszt²⁵ el delito “es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena”.

Sauer²⁶ define el delito como un querer y un obrar antijurídico y culpable. Desde otra concepción, Jiménez de Azúa²⁷ aduce que el delito “es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.

En México, los autores más conocidos de derecho penal, como Carrancá y Trujillo,²⁸ Vela Treviño,²⁹ Pavón Vasconcelos,³⁰ Castellanos Tena³¹ y Porte Petit,³² oscilan entre estas concepciones, y el primero de ellos adopta una concepción tetratómica, al manifestar que “el delito es una acción antijurídica, típica culpable y punible”.

El segundo de los autores mencionados señala que el delito “es una conducta típica, antijurídica, culpable y punible”. Pavón Vasconcelos,

¹⁹ Delitala, G., *Il Fatto Nella Teoria Generale del Reato*, Padua, 1930, p. 13.

²⁰ Maggiore, G., *Diritto penale, parte generale*, 5a. ed., Bolonia, 1951.

²¹ Petrocelli, B., *Principi di Diritto Penale*, 9a. ed., Nápoles, Reveduta, 1955.

²² Frosali, R. A., *L'errore Nella Teoria del Diritto Penale*, Turín, 1959.

²³ Bettiol, G., “Sull Metodo della Considerazione Unitaria del Reato”, *Di Diritto e Procedura Penale*, Roma, 1938, núms. 5 y 6.

²⁴ Grispigni, F., *Corso di Diritto Penale, II*, Padua, Cedam, 1935, p. 23.

²⁵ Von Liszt, F., *Tratado de derecho penal, II*, Madrid, Reus, 1927, p. 254.

²⁶ Sauer, G., *Derecho penal, parte general*, trad. de Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona, Bosch, 1956, p. 52.

²⁷ Jiménez de Azúa, L., *La ley y el delito, principios de derecho penal*, 8a. ed., Buenos Aires, Sudamericana, 1978, p. 207.

²⁸ Carrancá y Trujillo, R., *Derecho penal mexicano, parte general*, México, Porrúa, 1977, p. 311.

²⁹ Vela Treviño, S., *Antijuridicidad y justificación*, México, Porrúa, 1976, p. 13.

³⁰ Pavón Vasconcelos, F., *Manual de derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1982, p. 161.

³¹ Castellano Tena, F., *Lineamientos elementales del derecho penal*, Porrúa, 1984, p. 134.

³² Porte Petit Candaudap, C., *Apuntamientos de la parte general del derecho penal*, México, Porrúa, 1978, pp. 250 y 251.

exministro de la Suprema Corte de Justicia, reconoce que los elementos positivos del delito son cinco, a saber: conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

Por su parte, Fernando Castellanos Tena, también ex ministro de la Suprema Corte de Justicia, sigue la concepción heptatómica del delito y, al igual que Porte Petit, lo ve como:

1. Actividad o hecho.
2. Típico.
3. Antijurídico.
4. Imputable.
5. Culpable.
6. Con ciertas condiciones de objetividad.
7. Punible.

Con sus respectivos siete elementos negativos:

1. Falta de acción o ausencia de conducta.
2. Atipicidad.
3. Causas de justificación.
4. Causas de inimputabilidad.
5. Causas de inculpabilidad.
6. Falta de condiciones objetivas de punibilidad.
7. Excusas absolutorias.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Hasta aquí aceptamos todas estas concepciones del delito con las reservas pertinentes, porque, hasta ahora, ninguno de estos autores ha dicho en qué tipo de delito basa sus teorías, a qué tipo de delito se refieren al hacer sus enunciados. Porque del fenómeno jurídico llamado delito tenemos dos momentos: el primer momento en el cual el legislador con base en la necesidad y siguiendo los impulsos de la vida social, considera para fines de la formación de la norma jurídica cuáles son los antecedentes objetivos o hechos a los cuales conviene atribuir los caracteres y los efectos de todo delito, y que denominaremos lógico-abstracto, porque el legislador, al introducir la norma

en el ordenamiento penal, elabora el delito como un esquema, una hipótesis formulada en la ley; y el segundo, que sigue un método de estudio lógico-concreto e identifica a dicho ente como un hecho real y concreto, cuya correspondencia a los caracteres esenciales de aquel esquema lógico-abstracto es necesario establecer en el procedimiento penal. ¿A cuál de estos dos elementos se ha de referir en modo verdadero y apropiado el análisis de la teoría del delito?

Si se procede por exclusión, se observa inmediatamente que el análisis teórico del delito no se refiere al segundo de estos momentos, porque el delito es un caso concreto, y pensamos que es objeto de estudio del derecho procesal penal. No queda más que referirse al análisis de la teoría del delito, al primero de aquellos momentos y, por consecuencia, a la consideración de tipo abstracto del delito fijado en la norma penal, toda vez que el análisis del tipo abstracto es la premisa de la aplicación y como tal debe tener un papel autónomo, ya que puede o no verificarse y por lo tanto tiene vida independiente de tal realización y de la operación aplicativa que le sigue.

Al iniciar este ensayo decíamos que ha existido una errada concepción metodológica en el estudio del delito que ha pasado inadvertida, ya que los autores penales, al hacer sus respectivos análisis teóricos del delito, han manejado conceptos que pertenecen indistintamente al mundo de lo abstracto y de lo concreto, al mundo conceptual y al de los hechos, y han elaborado con ellos, por así decirlo, una “ensalada navideña penal”.

En la concepción de esta nueva teoría del delito, partimos de la base de que existe una marcada distinción entre el delito como institución jurídica, que pertenece al mundo de lo abstracto, a la norma penal y que el intelecto concibe como modelo y tipo; y, el delito-hecho concreto, que los sentidos perciben en la realidad y debería ser solamente una función aplicativa subsecuente al análisis de la figura abstracta del delito y estudiarse en el derecho procesal penal.

Realizada esta distinción entre el delito como institución jurídica y el delito-hecho concreto, el análisis de los elementos del delito se debe desarrollar rigurosamente en relación con la primera categoría. Sin embargo, todos los tratadistas lo han hecho, hasta ahora, en relación con el delito-hecho concreto, comparando los elementos abstractos del tipo con aquellos establecidos objetivamente. Si no veamos un poco:

Cuando Beling³³ dice que tipicidad es la conformidad al tipo y en el mismo sentido Porte Petit³⁴ declara que “tipicidad es la adecuación de una conducta al tipo descrito por la ley”, están diciendo una cosa cierta.

Sin duda alguna, cuando se afirma que para que un hecho constituya un delito debe ser conforme al tipo legal, se dice una cosa exactísima. Pero el error o la desviación consiste en que esta afirmación, mientras es lógicamente admisible sólo en el juicio efectuado sobre el hecho concreto, muy a menudo se introduce en el análisis teórico del delito; y bajo este aspecto, como el criterio es metodológicamente impreciso, son infundadas todas las divisiones que ponen a la correspondencia del tipo como el primero de los elementos del delito.

Tampoco se puede aceptar que tipo (mundo abstracto) y tipicidad (mundo concreto) sean sinónimos. El tipo es precisamente la figura abstracta creada por la norma, por lo que los caracteres de la figura se refieren a un número indefinido de casos posibles que pueden llegar a construir una clase, un modelo, un tipo. En cambio, la tipicidad, como conformidad de un hecho concreto a la figura típica, es la presencia —en un hecho humano— de los caracteres esenciales de aquel tipo. El tipo como figura legal es una expresión general, abstracta y permanente; la tipicidad, como su propia definición lo dice, está fundada en una idea de relación, de comparación, esté fundada en un juicio. El delito (en abstracto) no es conforme al tipo, sino que es el tipo mismo; por lo tanto, la tipicidad no viene a ser elemento del delito-instituto jurídico sino del delito-hecho concreto y éste a su vez objeto de estudio del derecho procesal penal.

Debemos advertir que el error consiste no ya en referir la correspondencia al tipo, al delito en abstracto (ya que todos estos autores se refieren claramente a aquello que se requiere para que una acción sea delito), sino en tratar en el aspecto teórico los caracteres del hecho concreto penalmente relevante.

Otro punto que parece escapar a la común atención, y que en cambio es muy importante para el análisis del delito, es que mientras el delito en concreto presupone la existencia del tipo, el delito en abstracto puede subsistir en el ordenamiento sin que se produzca el hecho concreto. Esto sucede por una razón muy sencilla, pero de indudable

³³ Beling, E., *Die Lehre Vom, Verbrechen*, 1906, p. 21.

³⁴ Porte Petit Candaudap, C., *op. cit.*, p. 471.

validez; porque la previsión abstracta de la ley puede no traducirse jamás en un hecho humano real. En consecuencia, el análisis del delito y la construcción de sus elementos (sea del delito en general, artículo 7o. del Código Penal Federal, sea de un delito en especial, artículos 123-400 del mismo ordenamiento sustantivo), se debe efectuar sobre la figura abstracta, independientemente de sus posibles aplicaciones.

En otras palabras, el jurista teórico no debe estudiar el hecho regulado por la norma y después compararlo con el tipo, sino la norma tipo que regule el hecho. Debe estudiar no ya el delito-hecho concreto, sino más bien el delito-instituto jurídico.

Lo mismo podemos afirmar cuando se habla de la antijuridicidad como elemento del delito. Ya Bettiol afirmaba que el delito estaría constituido “por un hecho del reo y por dos evaluaciones efectuadas por el juez: la antijuridicidad y la culpabilidad”.³⁵

De todos es ya conocida la posición de algunos eminentes tratadistas italianos³⁶ respecto de la antijuridicidad, entendida por éstos no como un elemento del delito; es decir, un *quid* que concurre a constituirlo, sino como la esencia, la naturaleza intrínseca, el ser del delito, en cierto sentido todo el delito y la calidad misma de éste.³⁷ Para los italianos, en resumen, la antijuridicidad expresa no un elemento, sino la síntesis de los elementos necesarios para la existencia del ilícito; no es un coeficiente, sino el conjunto de todos los coeficientes necesarios para la existencia del delito.

En cambio, para los alemanes³⁸ el vocablo antijuridicidad (*Rechtswidrigkeit*) no hace más que expresar el contraste a un imperativo jurídico o a todo el ordenamiento según se hable de antijuridicidad formal o material.

En ambas posiciones, la antijuridicidad no refleja más que un juicio de valor: que aquel hecho es contrario a la norma penal. En consecuencia, es un juicio de comparación que pertenece al mundo de lo concreto, al momento en que el Ministerio Público conoce la *notitia criminis* y considera, antes de iniciar la acción penal, si el hecho es penalmente relevante; a aquel momento en que el órgano jurisdiccional,

³⁵ Bettiol, G., *Diritto Penale*, Padua, Cedam, prólogo de la 2a. ed.

³⁶ Rocco, A., *L'Oggetto del Reato*, Turín, 1913, p. 118 (en tal sentido se pronuncia también Antolisei, *op. cit.*, pp. 156 y 171).

³⁷ Canelutti, F., *Teoria Generale del Reato*, Papua, 1933.

³⁸ Welzel *et al.*, *Studien Zum System Strafrechts*, 1938, p. 75.

al resolver una situación de su competencia, declara cuándo un hecho constituye o no un delito (artículos 1o., fracción I, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 4o. del Código Federal de Procedimientos Penales):

Artículo 1o. Corresponde exclusivamente a los Tribunales Penales del Distrito Federal:

I. Declarar, en la forma y términos que esta ley establece, cuándo un hecho ejecutado en la entidad mencionada es o no delito;

Artículo 4o. Los periodos de instrucción y juicio constituyen el procedimiento judicial, dentro del cual corresponde exclusivamente a los Tribunales Federales resolver si un hecho es o no delito federal.

De aquí se deduce que la antijuridicidad sí es un elemento del delito, pero del delito-hecho concreto, cuya integración es una atribución del juez, o lo que es igual, que “el único sujeto capaz legalmente para determinar la existencia de la antijuridicidad de un hecho, lo es el juzgador competente”,³⁹ y este juicio se efectúa durante el procedimiento penal.

Cuando normativistas⁴⁰ y finalistas⁴¹ afirman que la culpabilidad no es la relación psíquica entre el sujeto activo y el hecho cometido por éste, y que la citada relación psíquica debe referirse no a la culpabilidad, sino a la acción, toda vez que aquélla es inmune a cada contenido psicológico, ellos no hacen más que reafirmar que el fundamento de la culpabilidad se encuentra solamente en el juicio de reprochabilidad, función no ya del legislador o del dogmático teórico, sino del juez, cuya función esencial es la de establecer los parámetros con base en los cuales la conducta produce determinadas consecuencias jurídicas, y reprochar al actor de la misma el no haber omitido la acción antijurídica en vez de actuar conforme a la ley; de haber, en fin, con su acto de voluntad, preferido un desvalor al valor protegido por la norma.

Pero no es sino hasta cuando el juicio ha quedado concluido, es decir, cuando la conducta se identifica como típica y antijurídica y el juez formula su reprochabilidad al sujeto de quien se exigía un comportamiento distinto, que se considera como culpable por el hecho que

³⁹ Vela Treviño, Sergio, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁰ Reinhart Maurach, *Tratado de derecho penal II*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 59.

⁴¹ Welzel, H., *II Nuovo Volto del Sistema Penale*, Milán, Jus, 1952.

le es subjetivamente atribuido y que fue motivo del enjuiciamiento. En consecuencia, la culpabilidad es el resultado de un juicio realizado por el juez. Sólo el órgano jurisdiccional puede declarar la culpabilidad de alguien.

Es conveniente referirse una vez más a las diferencias existentes entre el análisis del delito-típico⁴² y el análisis del delito como operación práctica del juez. El análisis del tipo abstracto no es más que el examen de la norma penal y de los elementos que ella requiere para conformar el delito en general y cada una de las figuras típicas del delito.

En cambio, el análisis del delito-hecho se hace al analizar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, y cuando se interpreta lo que la norma ha establecido.

Delito (institución jurídica) = Norma penal

De donde

$$\frac{\text{Norma penal} = \text{Tipo} + \text{Punibilidad}}{\text{Delito (institución jurídica) = Tipo} + \text{Punibilidad}}$$

Ello constituye un juicio en sentido particular, porque en esta operación práctica el juez reconoce la correspondencia recíproca entre conceptos y hechos y decide, es decir, juzga que aquel hecho concreto realiza el tipo, que aquel hecho concreto es contrario a la norma penal y que se debe reprochar la conducta antijurídica al autor del mismo. Tenemos así dos juicios de comparación y uno de valoración: la tipicidad y la antijuridicidad que se refieren al hecho, y la culpabilidad que se refiere al autor del mismo. Estos juicios, repetimos, se efectúan únicamente durante el proceso penal. En consecuencia, proponemos que esta última teoría tradicional del delito, que hasta ahora se ha estudiado en un capítulo del derecho penal, pase a ser materia de estudio

⁴² Esta terminología fue usada también por Beling en su obra *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito tipo*, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 44. Al expresar que: “Todo delito-tipo traza fundamentalmente el cuadro abstracto de un acontecimiento vital de determinada clase”.

del derecho procesal penal, en un capítulo creado ad hoc y que denominaremos “cuerpo del delito y responsabilidad penal”.

III. TESIS CENTRAL

Con base en las consideraciones antes vertidas podemos afirmar que los elementos del delito-instituto jurídico o del delito-tipo, objeto de estudio de la dogmática jurídico-penal y, en consecuencia, de la teoría pura del delito son los siguientes:

1. El bien jurídico.
2. El sujeto activo.
3. El sujeto pasivo.
4. El núcleo típico.
5. La punibilidad.

A continuación, expondremos estos elementos con enfoques muy particulares:

1. Bien jurídico

Pensamos que el delito no es más que la ofensa (lesión o puesta en peligro) a un bien jurídico individual o colectivo que está protegido por una norma a través de una sanción penal. Por su parte, Rocco⁴³ opina que “el bien jurídico es el interés protegido por una norma jurídica impuesta bajo sanción penal y violado por una acción delictuosa”.

⁴³ Rocco, A., “L’Oggetto del Reato”, *Opera Giuridica*, vol. II, p. 177.

El Estado tiene un interés supralegal en asegurar las condiciones de existencia de vida en común de sus gobernados y para lograr este objetivo, en primer lugar, valora qué bienes son dignos de ser tutelados y crea, a través del acto legislativo, el esquema, la hipótesis o el tipo, a través de los cuales esos bienes serán protegidos y elevados, por medio de este acto, a la categoría de institución jurídica.

La protección de bienes particulares como la vida, la libertad, el honor, el patrimonio, etcétera, es el medio empleado por las normas penales para alcanzar dicho fin. Pero la tutela de estos bienes no es característica propia de las normas penales; la vida, la libertad, el patrimonio y el honor son tutelados también por normas civiles. La diferencia entre una y otra protección jurídica consiste en que el delito, por despertar una alarma social o un mayor daño a toda la sociedad y no a un individuo en particular, como sucede en el derecho civil, viene revestido de una sanción criminal.

La existencia del bien jurídico es determinante para la existencia del delito, pues mientras no haya bien jurídico protegido o mientras exista y no se lesione o ponga en peligro, no habrá ofensa a la sociedad. Si la comunidad desvaloriza el bien, éste debe desaparecer como tal; por el contrario, si la sociedad considera que ciertos nuevos valores culturales se deben elevar a la categoría de norma, surgen éstos protegidos mediante un esquema de delito.

De ahí que Welzel haya manifestado que “el bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significado social, es amparado jurídicamente”.⁴⁴

Y en el mismo sentido, Olga Islas y Elpidio Ramírez⁴⁵ expresan que “el bien jurídico es el concreto interés social, individual o colectivo protegido en el tipo”.

Con base en el bien jurídico protegido y la ofensa causada a ese bien, podemos clasificar los delitos en los de daño y los de peligro, según que la ofensa cause un daño al interés que la ley quería tutelar, o según ponga en peligro aquel interés. Por ejemplo, típicos delitos de daño son el homicidio, el robo, el fraude, etcétera; mientras que típicos delitos de peligro son la asociación delictuosa, la apología del delito, la fabricación o el comercio de sustancias estupefacientes, el contagio venéreo, portación de arma de fuego, etcétera.

⁴⁴ Welzel, H., *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, 1956, pp. 5 y 6.

⁴⁵ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *op. cit.*, p. 40.

El lector se habrá dado cuenta que utilizamos como sinónimos los términos *bien* e *interés jurídico*; sobre estos dos términos, dado que la doctrina ha polemizado mucho, conviene hacer las aclaraciones pertinentes: bien es aquello que tiene una aptitud para satisfacer una necesidad de un sujeto; interés es la relación entre el sujeto y el bien. Las dos nociones expresan la misma realidad bajo dos diversos puntos de vista: no se puede tutelar el bien sin tutelar el interés ni tutelar el interés sin tutelar el bien. Y si es verdad que no hay interés sin titular, también lo es que éste por sí solo enlaza la noción de bien. Para los bienes todavía no existentes, en fin, se puede hablar de tutela del interés a crearlos, o bien de tutela de bienes futuros. Para los fines del derecho penal, es indiferente hablar de tutela de bienes o de tutela de intereses.

2. Sujeto activo

Al estudiar el sujeto activo de nuestro delito, surge la cuestión de si todas las personas pueden válidamente figurar en el tipo o norma penal.

A. Por lo que respecta a las personas jurídicas en nuestro derecho positivo el artículo 11 del Código Penal Federal expresa que

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal efecto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el Juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

Lo cual hace pensar que las personas jurídicas pueden cometer un delito. Se debe observar que la conducta de la persona jurídica es la realizada por medio de uno de sus órganos representativos, lo que pone en movimiento la conducta ilícita; en este sentido, se puede decir que las personas jurídicas no son idóneas para cometer una conducta penalmente relevante. La anomalía no está en la estructura de esta regla de delito, sino en las consecuencias que del delito se derivan, es decir, en la responsabilidad que se traduce en que el juez puede decre-

tar la suspensión de la agrupación o su disolución cuando lo estime necesario para la seguridad pública, lo cual, pensamos, va en contra del principio de validez universal expuesto en el artículo anterior: la responsabilidad penal es personal y, por lo tanto, únicamente la persona física puede ser sujeto activo, pues la persona moral carece de la posibilidad de concretar el verbo del delito.

B. En lo concerniente a las personas físicas, la teoría tradicional ha señalado cinco formas diferentes de intervención del sujeto en la comisión del delito: autoría material, coautoría, autoría mediata, autoría intelectual o instigador y complicidad o auxiliador.

El autor material es quien realiza la conducta descrita en el tipo penal. Coautor es el que, junto con un tercero, realiza la conducta descrita en el tipo penal. El autor mediato es el que se vale de un tercero para la realización de la conducta descrita en el tipo penal. Autor intelectual es el que instiga a un tercero a realizar la conducta descrita en el tipo penal. Cómplice es el que auxilia a un tercero en la realización de la conducta descrita por el tipo penal.

Por su parte, el artículo 13 del vigente Código Penal Federal señala que

Son autores o partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización;
- II. Los que lo realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y;
- VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Un análisis del artículo 13 revela que algunas de estas supuestas figuras de “autores” no tienen razón de ser y como señalan los ya nombrados juristas mexicanos, “no hay más sujeto activo que el incluido en el tipo”,⁴⁶ esto es: el autor material.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 51.

Veamos por qué. La fracción I de este artículo sanciona el acuerdo o la preparación que tengan dos o más sujetos activos para realizar o concretar el verbo del delito. Según el contenido de dicha fracción, aquello que verdaderamente importa es que exista o que se forme una realización común. Si ésta no se concreta, es decir, sino se produce la ofensa, la conducta de los concursantes no constituye el delito y, a lo más, éste quedará en grado de tentativa y en este grado se deberá castigar. Esto sucede en virtud de la aplicación del principio *cogitationis poenam nemo patitur*. Por ello, expresamente debería haber un artículo en el Código Penal que estableciera: “Salvo que la ley disponga otra cosa, cuando dos o más personas se pongan de acuerdo para cometer un delito, y éste no sea cometido, ninguno de ellos es punible por el solo hecho del acuerdo”.

O bien desapareciera la fracción I del artículo 13 del Código Penal Federal. Por ejemplo, si Juan y Pedro se ponen de acuerdo para cometer un robo, pero éste no se realiza ni siquiera en grado de tentativa, ninguno de ellos es castigado. La misma regla se debe aplicar en el caso de la instigación (fracción V). Si la instigación se ha acogido pero el delito no se ha cometido, no es punible la acción del instigador. Así se debe razonar en el caso de que Juan instigue a Pedro a cometer un homicidio y este último no acoja la instigación, o bien la acoja y no llegue a cometer ni siquiera un intento de homicidio.

Según los razonamientos anteriores, el autor intelectual o instigador no es sujeto activo del delito; únicamente lo es aquél que concreta el “específico contenido semántico”⁴⁷ del verbo del delito, es decir, aquél que se apodera de una cosa ajena, mueble; el que priva de la vida a otro, el que altera la salud de otro, el que ejecuta un acto erótico sexual en una persona púber o impúber, el que amenaza, injuria o difama a una persona, etcétera. En otras palabras, el sujeto activo del delito es únicamente el autor material, porque es el único que realiza el verbo del delito (fracción II). Los demás son partícipes.

Partiendo de la premisa de que el autor es aquel que pone en movimiento la causa del evento, mientras que el partícipe realiza una simple condición, y toda vez que este último como cómplice, auxiliador o coautor coopera u opera con el verdadero sujeto activo, se llega a la misma conclusión anterior: sea que lo realice conjuntamente (fracción III), sea que preste ayuda o auxilie a otro al momento de cometer el

⁴⁷ *Ibidem*, p. 44.

delito (fracción VI) o que auxilie al autor con posterioridad a su ejecución (fracción VII), él no hace más que poner una simple condición que por sí sola no realiza la ofensa criminosa. Quien conjuga el contenido específico del verbo del delito es, únicamente, el autor material.

Por último, en la fracción VIII se ve claramente que el autor material del ilícito penal no está identificado plenamente, sino que todos son sujetos activos, por equiparación jurídica, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado, por lo que estamos ante una autoría indeterminada.

Bajo estas circunstancias, propusimos en 1983⁴⁸ que, con base en la actual terminología empleada por el Código Penal para distinguir los sujetos activos del delito en autor y partícipe, y para no violar el principio de legalidad, se agreguen otros artículos (13 bis y 13 ter), en donde se responsabilizará a cada uno de ellos, agravando o disminuyendo la punibilidad según su grado de participación y concreción objetiva en el delito, regla que desde luego será válida para cada uno de los delitos contemplados en la parte especial del Código.

Artículo 13 bis. En caso de realizarse la acción criminosa, la pena se aumenta hasta...

Para aquellas personas que:

1. Han instigado, promovido, organizado o dirigido la empresa criminosa.
2. En el ejercicio de su autoridad, dirección o vigilancia han determinado a cometer el delito a otras que dependan de ellas.
3. Que se sirvan de un tercero, menor de 18 años, enfermo de mente o con deficiencias psíquicas, o empleando la violencia física o moral.

Artículo 13 ter. La responsabilidad se puede disminuir, según la discrecionalidad del Juez, si:

1. El auxilio prestado, ha sido de mínima importancia en la ejecución del delito o después de cometido éste.
2. No se sabe quién cometió verdaderamente el delito.

C. En otro orden de ideas, pensamos que la imputabilidad es una calidad personal del sujeto activo, toda vez que ella surge al cumplir aquél cierta edad, la cual hace que jurídicamente entre en posesión de una capacidad psíquica que le atribuye la posibilidad de argumentar, juzgar, seleccionar y decidir determinada voluntad criminosa. Esta ca-

⁴⁸ *Revista de la Facultad de Derecho*, año IV, núm. 17, agosto de 1983, pp. 43-55.

lidad debe estar presente en el individuo, autor del acto criminoso, al momento de cometer la ofensa para poder aplicarle la sanción consecuente a su acto.

Al respecto, Rocco Sesso,⁴⁹ profesor en el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Roma, manifiesta que “la imputabilidad penal es el complejo de todas las condiciones físicas y psíquicas necesarias para que una persona pueda ser causa jurídicamente eficiente de la violación de un precepto legal”. En nuestro derecho penal para adultos imputables, mayoría de edad y capacidad psíquica son dos parámetros por medio de los cuales una persona puede convertirse en sujeto de derechos y de deberes, es decir, adquirir la capacidad jurídica que lo convertirá en sujeto de relaciones reguladas por el derecho penal. Para el derecho privado, la capacidad jurídica existe en todas las personas físicas y en algunas organizaciones particulares y sociales. Por el contrario, para el derecho penal ésta se limita a aquellas personas que no reúnen dichas condiciones.

La ley ha explicado el contenido concreto del concepto de imputabilidad como la “capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de conducirse de acuerdo con esa comprensión”; capacidad que debe tener el sujeto activo al momento de realizar la ofensa. Estas condiciones se desarrollan en la esfera psíquica del sujeto y se reafirman en la zona de la conciencia y en la de la voluntad.

Se trata de dos condiciones que necesariamente se unen y se requieren para considerar imputable al sujeto activo. Aun cuando están íntimamente relacionadas es posible determinar el valor preciso de cada una de las dos entidades: a la primera capacidad se le puede dar un valor más restringido o más extenso. El significado más restringido indica la simple idoneidad para comprender el valor de los propios actos. Sin embargo, más allá de la comprensión pura y simple de la acción, normalmente también existe la capacidad de evaluar el acto mismo: sus consecuencias morales y jurídicas, su contradicción a los principios éticos, sociales y jurídicos, y de conducirse de acuerdo con esa comprensión. La segunda capacidad es la aptitud para dirigir libremente la propia acción, inspirándola en los motivos más razonables.

Idoneidad que comprende dos momentos. El primero consiste en la selección entre una o más acciones que tiendan a un mismo objetivo bajo el impulso de ciertos motivos; el segundo momento es en el que

⁴⁹ Sesso, R., *Imputabilidad e Sistematica de Reato*, Milán, Giuffrè, 1963, p. 165.

debe adecuar la determinación a eventuales contra-impulsos o contra-motivos, que pueden aconsejar la abstención de dicha conducta. Son los poderes de inhibición, de resistencia a los impulsos, quienes nos pueden ayudar a reprimir aquellas tendencias egoístas y a equilibrar el principio del placer con el principio de realidad.

En la teoría causalista de la acción penal, el sujeto activo requiere de una completa libertad para tomar sus propias decisiones. Para la teoría finalista de la acción, sólo los actos que se desarrollan más allá de todo posible control son extraños a la voluntad del sujeto activo.

D. Por lo que respecta al número específico de sujetos activos que contempla el delito-instituto jurídico, éstos pueden ser singulares o múltiples. Es singular cuando un solo sujeto activo realiza la ofensa. Es múltiple cuando dos o más personas realizan la ofensa. En efecto, existen ciertos delitos que exigen un número indeterminado de sujetos activos: el terrorismo, la conspiración, la sedición, la rebelión, la asociación delictuosa, el aborto consentido, la violación tumultuaria, etcétera; otros, la generalidad de ellos, requieren únicamente de la participación de un solo sujeto activo: violación simple, amenazas, etcétera.

Por otra parte, el sujeto activo múltiple puede ser necesariamente cuando la pluralidad está dada en el tipo como exigencia que se debe concretar en todos los casos: el terrorismo, la riña, el adulterio, o, eventualmente múltiple, cuando el tipo no exige la pluralidad y ésta sólo se presenta en algunos casos particulares, como los contemplados en el artículo 185 del Código Penal Federal.

E. En cuanto a la calidad específica, el sujeto activo puede ser cualquiera o estar revestido de cierta calidad. Cualquiera si en el delito no se hace referencia a un sujeto en particular, sino que se habla de él en términos generales: al que, quien o cualquier otro adverbio semejante.

Está específicamente determinado si se hace referencia a él en términos de la función que desempeña, relación de parentesco que guarda con el sujeto pasivo o relación simple con la cosa reclamada, por ejemplo: el abuso de autoridad, cohecho, peculado, concusión, en el que los sujetos activos son necesariamente servidores públicos; el parricidio (descendiente consanguíneo en línea recta); el abuso de confianza (poseedor derivado de cosa ajena, mueble); el incesto (ascendiente, descendiente o hermano). En estos delitos sólo puede ser sujeto activo quien reúne la calidad exigida por el delito-tipo.

3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo no figura necesariamente en nuestra institución jurídica llamada delito y se deduce por vía de interpretación teleológica. En términos generales, se puede decir que sujeto pasivo de todos los delitos es el Estado. Cualquier delito, en efecto, ofende al Estado en su interés por asegurar las condiciones de existencia en común de sus súbditos. Pero en relación con el objeto sustancial específico del delito, la noción de sujeto pasivo adquiere otra perspectiva, ya que se afirma que el “sujeto pasivo del delito es el titular del interés que está al centro de la objetividad jurídica específica de aquel delito”.⁵⁰

Los profesores Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez manifiestan que: “sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro en el caso particular”.⁵¹ De esta manera, el sujeto pasivo es el titular de un bien o interés protegido por la norma penal.

Con base en estas definiciones, se puede afirmar que sujeto pasivo no es cualquier persona que recibe un daño por el delito. Por ejemplo, en un caso de homicidio pueden ser dañados los familiares de la víctima, sus acreedores, etcétera, pero sujeto pasivo es solamente la víctima, porque éste es el titular del bien protegido por la norma sobre el homicidio. En el robo puede ser dañado el propietario o el usufructuario de la cosa, mas el sujeto pasivo sólo es el poseedor. Esto viene a corroborar que quien es ofendido por el delito no necesariamente es sujeto pasivo.

Se puede encontrar también una pluralidad de sujetos pasivos. Esta situación se puede verificar a causa de la titularidad múltiple que el bien jurídico posea. Por ejemplo, en el allanamiento de morada cuantos más sean los sujetos titulares del *ius excludendi*, mayor será el número de ofendidos por el delito.

Donde exista una pluralidad de sujetos pasivos en relación con un solo delito, valen las reglas siguientes: todos los sujetos pasivos deben presentar un eventual consenso para poder válidamente excluir el delito. Así, la violación del domicilio permanece punible, aunque uno solo de los sujetos que habían encargado la cosa no consienta la apropiación o el abuso cometido por el poseedor (artículo 14 del Código Penal Federal, *a contrario sensu*).

⁵⁰ Pagliaro, A., *Principi di Diritto Penale, parte generale*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 1980, p. 224.

⁵¹ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *op. cit.*, p. 56.

Si el delito es punible por querrela o a instancia de la parte ofendida, es suficiente que uno solo de los sujetos pasivos presente la querrela, pero para retirarla será necesario que todos ellos otorguen el perdón, como ya se dijo en párrafos anteriores. El sujeto pasivo puede ser no solamente la persona individual, sino también la persona jurídica, siempre y cuando la estructura del delito lo consienta, por ejemplo en los delitos patrimoniales. Existen delitos cuyo sujeto pasivo es el Estado: delitos contra la nación, contra la administración pública, contra la administración de la justicia, contra la humanidad, contra la seguridad pública. En estos dos últimos casos se puede hablar de delitos vagos, porque resulta difícil indicar con precisión quién es el titular del bien jurídico: el particular, la sociedad o el Estado.

La calidad del sujeto pasivo está en relación directa con la naturaleza del titular del bien jurídico. La buena marcha de la administración pública, la imparcialidad de la justicia o el patrimonio, no hacen más que revelar la calidad específica o particular que guarda el Estado o la víctima del delito.

4. Núcleo típico

Núcleo típico es el verbo central de la oración penal que el comportamiento humano conjuga o que el ordenamiento positivo prohíbe a través de una sanción penal. La conducta específica que en abstracto restringe el delito tipo se puede traducir en lesiones o daños en los intereses de la sociedad, al manifestarse a través de acciones u omisiones ofensivas de tal trascendencia que el legislador se ve en la necesidad de prohibirlas por medio de las normas penales.

El núcleo típico prohíbe esas lesiones derivadas de las conductas socialmente desvalorizadas, a través de verbos cuya realización adquiere relevancia penal sólo si va acompañada de determinadas circunstancias, modalidades o referencias señaladas en el tipo. Así, por ejemplo, el núcleo típico del delito de falsificación de documentos no comprende sólo los verbos “poner”, “aprovechar”, “alterar”, “variar”, “redactar”, sino también el evento que produce mutaciones en el mundo exterior: poner una firma o rúbrica falsa, aprovechar indebidamente una firma o rúbrica ajena en blanco; alterar el contexto de un documento verdadero después de concluido y firmado; variar la fecha relativa al tiempo de ejecución del acto que se exprese en el documento.

En algunos delitos, el núcleo típico se reduce a la sola conducta y las circunstancias que rodean al tipo: omisión de auxilio a personas en peligro (artículo 340 del Código Penal Federal), omisión de cuidado a incapaces de proveerse a sí mismos (artículo 335) e incumplimiento de la obligación de proveer los recursos para la subsistencia familiar (artículo 336).

En otros más incluye conducta y modalidades como son los medios, las referencias temporales y las especiales con que se puede cometer la ofensa; por ejemplo, en la violación propia, en el estupro, en el adulterio, en el aborto procurado, en el robo cometido en un lugar cerrado, el robo en edificios, viviendas, aposento o cuartos que estén habitados o destinados para habitación; parricidio, homicidio en riña, etcétera.

Los medios son instrumentos empleados para realizar la conducta o para producir el resultado: la violencia física o moral en el robo, el engaño o el error en el fraude. Las referencias temporales son las condiciones de tiempo dentro del cual se ha realizado la conducta o producido el resultado, la omisión de auxilio a que se refiere el artículo 340 del Código Penal Federal, se verifique de inmediato. Las referencias especiales son las condiciones de lugar en que se ha realizado la conducta o producido el resultado; el apoderamiento de un automóvil estacionado en la vía pública es un ejemplo típico de ello.

Como elemento de la teoría pura del delito, el núcleo típico revela la actividad del sujeto activo al señalar la forma con que se materializaría la conducta: activa u omisiva, dolosa o culposa; acción que no realiza el verbo es acción penalmente irrelevante. De ahí que el núcleo típico sea garantía de legalidad.

5. Punibilidad

La punibilidad es la sanción que en abstracto se debe conminar al sujeto que produjo la ofensa al bien jurídico. Ésta, por lo general, se encuentra indeterminada en el tipo penal a través de un arco punitivo expresado en un mínimo y un máximo de *quantum* sancionadoras; la *quantum* se concreta en el momento procesal de la individualización de la sanción, llamada punición, que es el arte procesal de imponer las sanciones. La pena que surge es así un concepto particular, concreto y temporal que se constituye al individualizar el arco de punibilidad.

En cambio, la punibilidad, como elemento del delito-instituto jurídico, conserva las características de éste: generalidad, abstracción y permanencia. Es general porque se dirige a todas sin excepción; abstracta porque no se refiere a un caso, sino a todos los que se puedan realizar durante su vigencia, y permanente porque la sanción subsiste a pesar de su cumplimiento o no.

De acuerdo con el órgano emisor, corresponde imponer la punibilidad al Poder Legislativo, la punición al Poder Judicial, y la ejecución de la pena, al Poder Ejecutivo.

IV. CONCLUSIONES

En el estudio de la teoría del delito ha existido una concepción metodológica si no vieja, sí errada. Del fenómeno jurídico denominado *delito* tenemos dos momentos: el primero en el cual el legislador, con base en la necesidad y siguiendo los impulsos de la vida social, considera para fines de la formación de la norma jurídica cuáles son los bienes jurídicos que se deben proteger, y los antecedentes o hechos a los cuales conviene atribuir los caracteres y los efectos de todo delito, momento en el que bajo un sistema de estudio lógico-abstracto identificamos al delito como un esquema y una hipótesis formulada en la ley; y el segundo, que sigue un método de estudio lógico-concreto e identifica el delito como un hecho real y un hecho concreto, cuya correspondencia a los caracteres esenciales de aquel esquema lógico-abstracto es necesario establecer.

El análisis verdadero de la teoría del delito se debe referir al primero de aquellos dos momentos y, por consecuencia, a la consideración del tipo abstracto del delito fijado en la norma penal, toda vez que el análisis del tipo abstracto del delito es la premisa de la aplicación y como tal debe tener un papel autónomo, ya que puede o no verificarse y por lo tanto, tiene vida independiente de tal verificación y de la operación aplicativa que le sigue.

En la concepción de esta nueva teoría del delito partimos de la base de que existe una marcada distinción entre el delito como institución jurídica, que pertenece al mundo de lo abstracto, a la norma penal y que el intelecto concibe como modelo, como tipo, y el delito-hecho-concreto, que los sentidos perciben en la realidad y que debería ser

solamente una función aplicativa subsecuente al análisis de la figura abstracta del delito.

La actual y tradicional teoría del delito, al hacer su respectivo análisis, maneja conceptos que pertenecen indistintamente al mundo de lo abstracto y de lo concreto, al mundo del ser y del deber ser, y hace con ellos, por así decir, una “ensalada navideña penal”.

El análisis del tipo de delito en abstracto no es más que un examen de la norma penal y de los elementos que ella contiene para conformar el delito en general y cada una de las figuras típicas del delito.

$$\begin{array}{rcl} \text{Delito} & = & \text{Norma} \cancel{\text{penal}} \\ \text{Norma} \cancel{\text{penal}} & = & \text{Tipo} + \text{sanción} \\ \hline \text{Delito} & = & \text{Tipo} + \text{sanción} \\ \text{Instituto} & & \\ \text{Jurídico} & & \end{array}$$

En cambio, el análisis del delito-hecho se hace al analizar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, e interpretar lo que la norma ha establecido. Ello constituye un juicio en sentido propio, porque en esta operación práctica el juez reconoce la correspondencia recíproca entre conceptos y hechos y decide, juzga, que aquel hecho concreto realiza el tipo, que es contrario a la norma penal y que se debe reprochar la conducta antijurídica al autor del mismo. Tenemos así dos juicios de comparación y uno de valoración: la tipicidad y la antijuridicidad que se refieren al hecho, y la culpabilidad que se refiere al autor del mismo; estos juicios se efectúan únicamente durante el proceso penal.

De ahí que propongamos que la teoría tradicional del delito, que hasta ahora se ha estudiado en un capítulo del derecho penal, pase a ser materia de estudio del derecho procesal penal, en un capítulo creado ad hoc y que denominaremos “cuerpo del delito y responsabilidad penal”.

Los elementos de nuestra teoría pura del delito son los siguientes:

- a) El bien jurídico protegido.
- b) El sujeto activo.

- c) El sujeto pasivo.
- d) El núcleo típico.
- e) La punibilidad.

El sujeto activo del delito es siempre una persona física. Las personas morales no son idóneas para cometer una conducta penalmente relevante. El único sujeto activo es aquel que concreta el contenido semántico del delito-tipo, es decir, el autor material; los demás son partícipes.

El concurso de personas que se estudiaba tradicionalmente en la vieja teoría del delito, en el capítulo denominado *iter criminis* ahora se estudia dentro del sujeto activo del delito.

La imputabilidad que constituía en la teoría tradicional un elemento del delito o un elemento de la culpabilidad, es en nuestra teoría una calidad del sujeto activo. El núcleo típico de nuestra teoría encierra en sí al verbo del delito que se realiza a través de conductas activas u omisivas, dolosas o culposas, contempladas en el tipo.

El tipo es puro porque éste sólo indica la forma de realizar el verbo y debe estar rodeado de ciertas circunstancias, modalidades o referencias para que adquiera relevancia constitucional-penal. Los medios, modalidades y referencias temporales no son más que instrumentos, condiciones de tiempo o de lugar bajo las cuales se ha de realizar la conducta contemplada en el delito como institución jurídica.

La punibilidad, como componente principal de la norma penal, es la sanción en abstracto a través de la cual el legislador conmina a la generalidad de los ciudadanos para que se abstengan de producir la ofensa o lesión al bien jurídico por él tutelado. Ésta se encuentra especificada en un arco punitivo entre mínimos y máximos, a fin de que el juzgador, al momento de concretar su individualización, la convierta en sanción concreta.

MESA VI

La responsabilidad penal de las personas jurídicas: evolución de la legislación y la doctrina

*Alicia Beatriz Azzolini Bincaz**

I. INTRODUCCIÓN

LA RESPONSABILIDAD penal de las personas morales ha sido reconocida desde el siglo XIX por los países anglosajones. En el ámbito del derecho continental europeo el tema ha sido muy controvertido, pero hace ya varias décadas que países como Francia y Holanda han reconocido que las sociedades, asociaciones y otros tipos de personas jurídicas colectivas pueden ser sujetos de derecho penal. En años recientes, países bajo la influencia directa de la dogmática alemana, como España, han admitido la capacidad delictiva de las personas jurídicas, que les permite responder por la comisión de los delitos de manera independiente a la responsabilidad de las personas físicas que la componen. Es indudable que las nuevas formas de criminalidad, propias de la delincuencia organizada, han acelerado la aceptación de nuevos sujetos penales. Varios instrumentos internacionales, como la Convención de Palermo, impulsan a los países miembros a actuar contra las organizaciones que coadyuvan con el crimen organizado en el proceso de blanqueamiento de sus ganancias.

México no ha permanecido ajeno a la discusión sobre esta importante problemática. Las XVI Jornadas sobre Justicia Penal dedicadas a conmemorar los 75 años del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales brindan el marco propicio para reflexionar sobre la evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación y en la doctrina mexicanas.

* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; profesora-investigadora de la UAM-Azcapotzalco e investigadora del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La doctrina penal continental europea sostuvo durante la mayor parte del siglo XX el principio *societas delinquere non potest*; se afirmaba que la persona física, el ser humano, es el único sujeto de derecho penal. En un primer momento la negación de reconocer a las personas jurídicas como sujeto de derecho penal descansó en el concepto de persona jurídica. Se tomaba como base el pensamiento de Savigny, quien, a partir de un concepto de derecho subjetivo vinculado al sujeto individual, negaba realidad a las personas jurídicas. Una ficción no podía dar lugar a un sujeto de responsabilidad penal. Frente a esta postura surgió el planteamiento organicista de Gierke, quien consideraba a la persona jurídica como un ente real que podía participar en la vida social. La persona jurídica, para este autor, expresa su voluntad a través de sus órganos. Sin embargo, este nuevo concepto de persona jurídica no fue suficiente para que la dogmática penal continental del siglo XIX y principios del XX, apegada al modelo causal naturalista, admitiera la responsabilidad penal de los entes colectivos.¹

Las legislaciones fueron consecuentes con el pensamiento de la doctrina penal, sancionaban a las personas físicas que cometieran delitos en nombre o en beneficio de la persona colectiva. En algunos casos, como México, se preveían consecuencias para la persona jurídica, siempre asociadas y condicionadas a la responsabilidad penal comprobada por la persona individual. La previsión de consecuencias para las personas jurídicas, derivadas del delito de las personas físicas significó su ingreso en el ámbito penal, aunque no el reconocimiento de su responsabilidad.

A mediados del siglo XX, la discusión fue retomada en Alemania a raíz de algunas resoluciones judiciales que, inspiradas en el modelo anglosajón, condenaron penalmente a las personas morales. La doctrina abordó el tema esta vez desde la perspectiva de la acción. Una vez más, el pensamiento de los penalistas se inclinó por el rechazo de la responsabilidad penal de las personas colectivas, porque éstas no eran

¹ García Caveró, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, 2a. ed., Lima, Editora Jurídica Gryjley, t. I, pp. 658 y ss.

consideradas capaces de llevar a cabo conductas, no tenían voluntad en el sentido psicológico ni capacidad de actuar finalmente.²

Las últimas décadas del siglo XX estuvieron marcadas por el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas morales en diversos países europeos: Holanda, en 1976; Portugal, en 1983; Noruega, en 1992; Francia, a partir de 1994; Finlandia, en 1995; España, en 2010. Es indudable que los diversos instrumentos internacionales, preocupados por salvaguardar las condiciones del mercado y de combatir las diversas manifestaciones de la criminalidad organizada, han impulsado las reformas legislativas por encima de las opiniones de los dogmáticos.

Hoy día la doctrina penal sigue debatiéndose entre las dificultades dogmáticas para aceptar la responsabilidad penal de las personas colectivas y la conveniencia político-criminal de su aceptación.

En cuanto a las dificultades dogmáticas, el problema se ha centrado, en la actualidad, en la capacidad de culpabilidad. Las respuestas son varias y diversas. Hay quienes como Otto y Gracia Martín, argumentando la ausencia de capacidad de culpabilidad, sostienen la irresponsabilidad penal de los entes colectivos y, en consecuencia, proponen que se les apliquen sanciones administrativas y medidas de seguridad cuando sus representantes o empleados cometen conductas penalmente relevantes.³ Schünemann, como otros, admite la imputación sustentada no ya en la culpabilidad, para la cual las personas jurídicas no tienen capacidad, sino en razones preventivo generales, que descansan en la necesidad preventiva de los bienes jurídicos. Finalmente, entre los que admiten la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas están quienes adaptan a estos entes el concepto tradicional de culpabilidad y proponen una culpabilidad propia de las personas jurídicas.

Es así que poco a poco se han ido gestando construcciones dogmáticas más o menos sólidas que sostienen la capacidad criminal de las personas morales, autores como Heine, Carlos Gómez-Jara Díez, David Baigún, entre otros.

Desde la perspectiva más amplia existen dos grandes modelos de responsabilidad de las sociedades: la responsabilidad administrativa

² *Idem*.

³ *Ibidem*, p. 669. Véase también Bacigalupo, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 47.

(Alemania) y la responsabilidad penal (Holanda, Francia, España y ahora México, en especial, la Ciudad de México).

A su vez, el modelo de responsabilidad penal puede dividirse en dos: 1) el submodelo de imputación directa, propia e independiente, no vinculada a la actuación de la persona física que actúa dentro del marco societario; también llamado modelo de responsabilidad propia u originaria o del hecho propio. Este modelo que requeriría necesariamente de categorías dogmáticas propias no ha sido mayoritariamente adoptado, una excepción es la ley anticorrupción británica (*The Bribery Act* de 2010).⁴

2) El submodelo que se ha impuesto en la mayoría de las legislaciones anglosajonas y europeas es el que sigue un criterio de atribución o de responsabilidad derivada o de transferencia. En particular destaca en el derecho español la doctrina de “responsabilidad vicarial”, por la cual la responsabilidad penal se transfiere a la empresa no sólo por actuaciones u omisiones de sus directivos o administradores, sino también por comportamientos de empleados cuando no se hubiera ejercido sobre ellos los controles adecuados. La responsabilidad penal de la persona moral coexiste con la responsabilidad de las personas físicas.

En este segundo submodelo no sería necesario, según parte de la doctrina, de una dogmática propia de las personas jurídicas. Se habla de una derivación, traslación, atribución o contaminación de la responsabilidad criminal a la persona jurídica por la actuación precedente ilícita de la persona física que presenta determinados hechos de conexión con aquélla.⁵ Sin embargo, se reconoce que no puede imputarse penalmente a la persona moral sin respetar el principio de culpabilidad y, en el ámbito procesal, de presunción de inocencia. Efectivamente, el mayor obstáculo que enfrenta este modelo es el principio de responsabilidad personal. La responsabilidad penal de las personas morales no puede descansar en responsabilidad objetiva.

⁴ González Coussac, José L., “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Gómez Colomer, J. L. et al. (coords.), *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber amicorum en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 1033-1050.

⁵ *Ibidem*, p. 4. Véase Gómez Martín, Víctor, “Falsa alarma, o sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *Societas delinquere non potest*”, en Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.) y Gómez Martín, Víctor (coord.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, p. 337.

Los hechos de conexión a los que refiere la doctrina, sobre todo la española, son la concurrencia en la persona física que comete el hecho de un poder de administración o representación de la empresa y en la actuación en su nombre o beneficio. Sin embargo, esto no parece ser suficiente para la imputación personal al ente colectivo. En códigos penales como los mexicanos en los que expresamente se exige el dolo o la culpa, la antijuridicidad y la culpabilidad para que exista delito, resulta ineludible aludir a estas categorías para formular imputación. Habrá que recurrir necesariamente a las construcciones dogmáticas elaboradas para las personas morales.

La propuesta más acabada, entre muchas otras, parece ser la de Carlos Gómez-Jara Díez, quien en su modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial propone categorías dogmáticas propias para las personas morales: 1) atribuye la imputación objetiva a la organización empresarial defectuosa o inexistente; 2) la imputa —el cual mantiene alguna similitud con la doctrina del conocimiento colectivo (*Collective Knowledge Doctrine*)—, y 3) la imputación personal valora la cultura empresarial del cumplimiento del derecho.⁶ Estos nuevos conceptos dogmáticos descansan en desarrollos estrictamente normativos, distantes de la dogmática tradicional ontologista. Existen otras propuestas parciales sobre la capacidad de culpabilidad (Tiedemann, Hirsch) de las personas jurídicas y algunas más acabadas como la de Heine y Lampe.⁷ Todas ellas se enmarcan en la misma perspectiva de corte normativista.

Como se ha señalado, la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas morales no se agota en las categorías dogmáticas aplicables a estos nuevos sujetos, sino que alcanza la decisión política criminal de hasta qué punto al derecho penal le corresponde y hasta qué punto quiere y está dispuesto, en palabras de Zugaldía Espinar, “a asumir el reto de la represión de la criminalidad económica organizada nacional y transnacional, propia de la sociedad globalizada y del riesgo, en la que la persona física juega un papel muy secundario”.⁸

⁶ Gómez-Jara Díez, Carlos, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas; el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*, Lima, Ara Editores, 2010, p. 67.

⁷ Bacigalupo, Silvina, *op. cit.*, pp. 148-193; Quintero, María Eloísa, *Avances de la investigación responsabilidad de las personas jurídicas*, México, Inacipe, abril de 2013, pp. 81 y 82.

⁸ *Ibidem*, p. 29.

Pero mientras sigue desarrollándose la discusión teórica el legislador le ha dado igual, según palabras de Bacigalupo referidas al derecho español, que son aplicables a la situación actual en México.⁹ Las disposiciones contenidas en el Código Nacional de Procedimientos Penales y, sobre todo, las recientes reformas, que a modo de adecuaciones se hicieron al Código Nacional de Procedimientos Penales, se pronuncian con mayor o menor claridad sobre la responsabilidad penal de las personas morales.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN MÉXICO

La evolución legislativa y dogmática sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en México ha sido influenciada por la discusión europea y por los instrumentos internacionales que México ha suscrito y que lo obligan a actuar contra las corporaciones que colaboran con los grupos de delincuencia organizada.

En primer lugar, debe señalarse que la doctrina y la legislación mexicanas se han desarrollado a partir de considerar a la persona física, al individuo, como el único sujeto activo posible en derecho penal. Pese a ello, la mayoría de los códigos penales del país contienen disposiciones referidas a los delitos que se cometen en el seno o en beneficio de las personas jurídicas por sus representantes o miembros. En segundo término, hay que reconocer que la discusión sobre el tema se reavivó en los últimos años y que recientemente se realizaron reformas legislativas que revierten esa posición. Para entender este desarrollo se hará referencia a las disposiciones del Código Penal Federal, de los códigos penales locales, en especial el del Distrito Federal, y del Código Nacional de Procedimientos Penales.

1. Código Penal Federal

El Código Penal Federal de 1931 contiene, desde su redacción original, una disposición heredada del Código de 1929, referida a las personas colectivas. En el artículo 11 se autoriza al juez, en los casos

⁹ *Loc. cit.* Citado por Zugaldía Espinar.

expresamente especificados en la ley, a decretar la suspensión o disolución de la sociedad, corporación o empresa por razones de seguridad pública.

La interpretación de este artículo dividió, en su momento, a la doctrina. Penalistas como José Almaraz, Luis Garrido y José Ángel Cisneros opinaron que el citado artículo reconocía la responsabilidad penal de los entes colectivos. Asimismo, Carrancá y Trujillo consideró que el artículo 11 es el primer intento legislativo en México para reconocer a las personas morales como sujetos activos del delito.¹⁰ Por su parte, Márquez Piñero señaló que se está en presencia de un establecimiento, aunque vacilante y a título de prueba, de responsabilidad penal de las personas morales.¹¹ En el mismo sentido se pronunció Esteban Righi, quien, en 1985, mencionó a México como una de las pocas excepciones dentro de los países latinoamericanos en admitir la responsabilidad penal de las personas colectivas.¹²

En el otro extremo, Francisco González de la Vega sostuvo que el artículo 11 apenas contiene una apariencia de responsabilidad colectiva, pero no contradice la tesis de que sólo las personas físicas pueden ser sujetos activos. La suspensión o disolución de la agrupación son, según este penalista, medidas de seguridad preventivas.¹³

Los defensores del modelo lógico, creado por Olga Islas y Elpidio Ramírez, niegan la posibilidad de que los entes colectivos sean sujetos activos del tipo penal. No se pronuncian en especial sobre el contenido del artículo 11 del Código Penal Federal; puede asumirse que no lo consideran como una disposición contraria a su postura.

La práctica forense, los años y nuevos doctrinarios dieron la razón a quienes sostuvieron que sólo las personas físicas son penalmente responsables.¹⁴ El principio *societas delinquere non potest* ha estado

¹⁰ Citados por Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal mexicano*, México, Trillas, 1994, p. 150.

¹¹ *Ibidem*, p. 151.

¹² Righi, E., “Los delitos que involucran a las empresas transnacionales y el principio *societas delinquere non potest*”, *Revista de Derecho Industrial*, Buenos Aires, año 7, núm. 19, enero-abril de 1985, pp. 37-56 (p. 43).

¹³ Citado por Márquez Piñero, *op. cit.*, p. 151.

¹⁴ Tesis VI.2o.28, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, octubre de 1995, p. 594. “PERSONAS MORALES, RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS REPRESENTANTES DE LAS. No puede admitirse que carezcan de responsabilidad quienes actúan a nombre de las personas morales, pues de aceptarse tal argumento los delitos que llegaran a cometer los sujetos que ocupan los puestos de los diversos órganos

vigente en nuestro país hasta hace poco tiempo. En México no se han formulado imputaciones autónomas contra las personas jurídicas. Las disposiciones del artículo 11 tampoco fueron aplicadas. Se argumentó, entre otros motivos, que se carecía de la reglamentación procesal necesaria para hacer efectivas las consecuencias previstas para las personas colectivas.

En abril de 2011, el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión una propuesta de reforma al Código Penal Federal en la que se reconocía expresamente a las personas jurídicas como sujeto de derecho penal. La iniciativa contemplaba una regulación de número cerrado. A las personas jurídicas sólo podría imputárseles los delitos previstos expresamente por el legislador; por ejemplo, terrorismo, contra la salud, tráfico de influencia, operaciones con recursos de procedencia ilícita, fraude. Esta iniciativa contenía también propuestas de reforma en materia de autoría y participación que fueron en definitiva las que impidieron que llegara a fructificar. El Legislativo no llegó a discutir el tema de la imputación penal a las personas jurídicas.

Este intento de reforma obedeció, por un lado, a las exigencias de los instrumentos internacionales suscritos por México que, si bien no se pronuncian expresamente sobre la responsabilidad penal de los entes colectivos, sí obligan a los estados suscriptores a tomar medidas contra todos los que favorecen la actuación del crimen organizado; la cual expresa la postura de algunos penalistas mexicanos contemporáneos, como Miguel Ontiveros y Rodolfo Félix, que se pronuncian por la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Hasta el momento, en el ámbito federal, no se reconoce a las personas jurídicas como sujeto de derecho penal. Tampoco ha habido una discusión extendida en la doctrina sobre el tema. Un coloquio que se llevó a cabo en marzo del 2016 en este mismo foro y un conversatorio en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, a principios de abril, son los pocos eventos en los que se ha impulsado el debate sobre la pertinencia de admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

de las personas morales, quedarían impunes, ya que las sanciones deberían ser para la persona moral, lo cual es un absurdo lógico y jurídicamente hablando, pues las personas morales carecen de voluntad propia y no es sino a través de las personas físicas como actúan. Es por esto que los directores, gerentes, administradores y demás representantes de las sociedades, responden en lo personal de los hechos delictivos que cometan en nombre propio o bajo el amparo de la representación corporativa”.

2. Código Nacional de Procedimientos Penales

El Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2015, regula —por primera vez en México— un procedimiento especial para las personas jurídicas en los artículos 421-425. Este hecho por sí solo no significa el reconocimiento de la persona jurídica como sujeto de derecho penal ni en el modelo de imputación autónoma directa ni en los de imputación derivada. Si bien algunos penalistas y legisladores, como se verá más adelante, han pretendido interpretar estas disposiciones en este sentido, el contenido de los artículos respectivos no es contundente.

El Código Nacional de Procedimientos Penales regula el procedimiento que debe seguirse para imponer a las personas jurídicas las consecuencias que se derivan del delito cometido por la persona física que actuó en su nombre o representación. La responsabilidad penal de la persona jurídica es accesoria a la de la persona física que comete el delito. Esto se desprende de las siguientes consideraciones:

- Es requisito indispensable para ejercer acción penal en contra de la persona jurídica (persona física) “que deba responder por el delito cometido” (*sic*).
- El artículo 423 señala que en la audiencia en que se formule imputación contra la persona física, se darán a conocer al representante de la persona jurídica los cargos que se formulen en contra de ella. En este caso no se utiliza el concepto de imputación como se hace con la persona física.
- El mismo artículo menciona que el representante de la persona jurídica “podrá” participar en todos los actos del procedimiento. Si fuera una verdadera imputada su presencia sería indispensable en muchos de ellos.
- Se sigue un solo proceso penal contra la persona física en el que se podrán determinar consecuencias jurídicas accesorias para las personas morales.
- En materia de individualización de la sanción penal, el artículo 410 refiere que a las personas jurídicas se le individualizarán las consecuencias jurídicas accesorias, tomando sólo en consideración la conducta típica y antijurídica. Si se entendiera que las personas morales cometen delitos habría que hablar

de sanciones (penas) y de culpabilidad, según las exigencias de nuestro derecho positivo.

Así, estas consideraciones permiten afirmar que de la regulación del Código Nacional de Procedimientos Penales no se desprende la imputación de responsabilidad penal autónoma a las personas jurídicas como sujeto de derecho penal. Postura coherente con la legislación penal mexicana, si se parte de la base que el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es de derecho sustantivo y el Código Penal Federal, como ya se mencionó, no la prevé hasta este momento.

3. Código Penal para el Distrito Federal y los códigos penales de los estados

El Código Penal para el Distrito Federal, que entró en vigor en noviembre de 2002, contenía en su redacción original una disposición expresa en el artículo 27, la cual establecía que sólo las personas físicas eran sujeto de derecho penal. Preveía, eso sí, consecuencias jurídicas para las personas colectivas cuando un miembro o representante de una ellas, con excepción de las instituciones públicas del Distrito Federal, cometiera algún delito con los medios que para tal objeto la misma persona moral le hubiera proporcionado, de modo que el delito resultara cometido a su nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla. En esos casos, el juzgador impondría en la sentencia, previo el procedimiento correspondiente y con intervención del representante legal, las consecuencias jurídicas accesorias previstas en los artículos 68 y 69 del Código. A diferencia de lo previsto en el Código Penal Federal, la disposición local era de número abierto. Esta regulación, semejante al modelo español vigente hasta 2010, configuraba un sistema de responsabilidad penal accesorio, no independiente, de las personas morales, que exigía la responsabilidad penal principal de la persona física. La investigación y proceso se seguirían contra la persona física y, en caso de comprobarse el delito, podrían imponerse medidas a las personas jurídicas. Las consecuencias jurídicas accesorias no llegaron a aplicarse. Uno de los motivos invocados para tal omisión fue, al igual que en el ámbito federal, la falta de la regulación procesal adecuada.

La mayoría de los códigos penales del país contienen disposiciones similares a las del código de la capital de la república. Muchos de ellos se pronuncian explícitamente a favor de la responsabilidad penal de las personas físicas y prevén consecuencias jurídicas accesorias que algunos denominan *medidas de seguridad*. Esta gran mayoría no acepta la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, sólo las somete a consecuencias accesorias que si bien son de carácter penal no implican comisión de delitos por parte de los entes colectivos.

Destacan en las legislaciones locales las siguientes:

- 1) El Código Penal para el Estado de México que no contiene una referencia de las personas colectivas similar a las de los demás códigos. Sólo las menciona de manera secundaria cuando alude a los responsables de la reparación del daño.
- 2) El Código Penal de Zacatecas que dice en su artículo 9o. que cuando algún miembro o representante de alguna persona jurídica, o que se ostente como tal, con excepción de las instituciones estatales cometa algún delito con los medios que para tal objeto aquélla le proporcione, de modo que resulte ejecutado a su nombre, bajo su amparo o para su beneficio, el juez podrá decretar en la sentencia, previo el juicio correspondiente y con intervención del representante legal, las “penas” o medidas que la ley autoriza, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieran incurrido las personas físicas. La referencia a la imposición de penas implica que cometan delitos. A su vez, el artículo 50 establece que las personas jurídicas que incurran en responsabilidad en términos del artículo 9o. de este Código, serán objeto de suspensión o disolución a juicio del juez.
- 3) El Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco en su artículo 21 establece que, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieran incurrido las personas físicas, miembros o representantes de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, las personas jurídicas “también serán penalmente responsables”, según sea la clasificación jurídica que se les atribuya, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de su conducta, cuando se cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le haya proporcionado la persona jurídica a la persona física o sus representantes, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo

o en beneficio de aquélla. El artículo 54 dispone que se podrá imponer a las personas jurídicas las penas de suspensión, disolución, prohibición de realizar determinados negocios u operaciones, remoción de los administradores e intervención.

Los últimos dos códigos mencionados, al menos el de Jalisco sin lugar a dudas, reconocen la responsabilidad penal, derivada o asociada, de las personas jurídicas al hecho delictivo cometido por la persona física.

El 18 de diciembre de 2014 se publicaron en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* reformas al Código Penal para el Distrito Federal, en el marco de lo que se denominó adecuaciones legislativas para la entrada en vigor en la Ciudad de México del Código Nacional de Procedimientos Penales. El legislador capitalino consideró que la regulación de un procedimiento específico para las personas jurídicas requería el reconocimiento de su responsabilidad penal autónoma.

La nueva redacción muy similar a la del Código Penal español, vigente a partir de la reforma de 2010, propone la responsabilidad de las personas morales sobre la base, en principio, del modelo de responsabilidad derivada o de transferencia, aunque con ciertas particularidades. La regulación es extensa, sobre todo en comparación con los dos códigos mencionados anteriormente. Para efectos de una primera aproximación, cabe destacar los siguientes aspectos:

- Se derogó la disposición que establecía que para los efectos del código sólo las personas físicas eran sujetos de derecho penal.
- Se agregó el artículo 27 bis conforme al cual las personas morales son penalmente responsables en dos supuestos: *a)* por los delitos cometidos por sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho, y *b)* por los delitos cometidos por las personas físicas que están sometidos a los anteriores sujetos, por no haberse ejercido sobre ellas el debido control que corresponda al ámbito organizacional que deba atenderse según las circunstancias del caso, y la conducta se realice con motivo de actividades sociales, por cuenta, provecho o exclusivo beneficio de la persona moral o jurídica.
- Existe responsabilidad, asimismo, cuando la empresa, organización, grupo o cualquier otra clase de entidad o agrupación

de personas carezcan de personalidad jurídica y hubieran cometido un delito en el seno, con la colaboración, a través o por medio de la persona moral o jurídica. En este caso se limitan las sanciones aplicables a suspensión; prohibición de realizar determinados negocios, operaciones o actividades de intervención; clausura; retiro de mobiliario urbano, incluidas casetas telefónicas o parte de ellas, cuando éstos no hayan sido removidos por otra autoridad, e inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o sociales, por un plazo de hasta de quince años.

Esta redacción no es clara, el artículo dice textualmente “hubiesen cometido un delito en el seno, con la colaboración, a través de la persona jurídica”, por lo que está en duda sobre los sujetos que cometen el delito (administradores, representantes de hecho). Asimismo, es cuestionable la inclusión de personas colectivas sin personalidad jurídica como sujetos de derecho penal.

- El artículo 27 bis inicia diciendo que las personas jurídicas responderán por los delitos dolosos o culposos. El código parece hacer referencia al dolo o culpa de la persona física, que no se adecua al que corresponde a la persona moral. Si estamos frente a una responsabilidad autónoma de la persona moral, la cual responde aunque la persona física actúe atípicamente, debe concurrir dolo o culpa en al actuar de la persona moral, como lo exige el artículo 3o. del Código Penal para el Distrito Federal. La necesidad de aspectos “subjetivos” propios es lo que ha dado lugar en el derecho anglosajón a las doctrinas del conocimiento colectivo (*Collective Knowledge Doctrine*) y de la ceguera voluntaria (*Willful Blindness Doctrine*).¹⁵
- El artículo 27 quáter establece que no se excluye la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando la persona física actúe con causa de atipicidad o de justificación. Pareciera entonces que nos enfrentamos a la responsabilidad autónoma de la persona moral, pero ello se contradice con el texto del artículo 27 bis que amarra la responsabilidad de la persona moral a la comisión de delito por parte de la persona física. Si

¹⁵ Quintero, M. E., *op. cit.*, pp. 61 y 62.

- existe causa de atipicidad o de justificación no hay delito. Si la persona física no comete delito no puede derivarse responsabilidad para la persona moral.
- El mismo artículo 27 quéter menciona que se procederá en contra de la persona jurídica, aunque la persona física haya fallecido o se sustraiga de la acción de la justicia. Esto se contradice con el procedimiento previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales, que exige que para proceder contra la persona moral es requisito indispensable que se haya ejercitado acción penal contra la persona física.
 - Se establece un catálogo de sanciones contra las personas jurídicas, pero se siguen denominando consecuencias jurídicas accesorias. La terminología es confusa. Si hablamos de una responsabilidad autónoma, aunque derivada, estamos en presencia de delitos y penas. El Código Penal para el Distrito Federal menciona indistintamente la sanción y las consecuencias jurídicas accesorias. Esta terminología era adecuada para la regulación anterior, no obstante no para la actual.
 - En el catálogo de consecuencias jurídicas accesorias no se menciona la multa. Sin embargo, el artículo 38 bis refiere a las multas que se aplican a las personas morales. En este caso el artículo expresa que se atenderá a los mínimos y máximos señalados para cada delito en particular. El régimen de multas es excesivamente severo y corre el riesgo de no ser proporcional. Se establece que el día de multa equivale a la percepción neta diaria de la persona moral o jurídica responsable de la comisión del delito, al momento de cometerlo. Las ganancias diarias difieren de empresa en empresa. Las ganancias diarias de las grandes empresas son millonarias. Treinta días de multa, que es el mínimo imponible, puede ser una cantidad exorbitante de dinero.
 - El artículo 38 bis menciona que los días de prisión también pueden calcularse en días de multa. La conversión de prisión a multa se hará a partir de las punibilidades previstas para las personas físicas. En consecuencia, pareciera que a la persona moral se le aplicarán las punibilidades del tipo imputado más las propias, previstas para ellas en el artículo 32. Esto es excesivo y viola el principio de legalidad y personalidad de la pena.

- La responsabilidad penal de las empresas está regulada con número abierto; la empresa puede responder penalmente, en principio, por cualquier delito que cometan las personas físicas señaladas. Esto abre un campo de penalización que excede las razones que han impulsado el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas morales.
- La reforma también hace responsable a simples agrupaciones sin personalidad jurídica. La Ley de Sociedades Mercantiles concede personalidad jurídica a las sociedades irregulares que actúen con terceros. De manera que serán agrupaciones que no reúnan estas características las que estarán comprendidas por el cuarto párrafo del artículo 27 bis. Esto contradice la recomendación de un sector de la doctrina que considera que “sólo aquellas empresas que han alcanzado un grado de complejidad interna son sujeto de derecho penal, al igual que sólo los individuos que han alcanzado un nivel de complejidad interna (autoconciencia) son imputables en el derecho penal individual”.¹⁶
- Una observación que se hace en el sistema español aplicable para la regulación del Distrito Federal (que es igual) es que entre las atenuantes se prevé que la empresa establezca, antes del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo el amparo de la propia persona moral o jurídica, si la empresa ya tuviera en marcha ese programa al momento en que la persona física comete el delito, podría quedar exenta de responsabilidad por cumplir con el debido control.¹⁷
- El artículo 50. del Código Penal para el Distrito Federal establece el principio de culpabilidad. No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. Asimismo, la medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste. Sin embargo, el artículo 72 bis que establece los criterios para la determinación de la pena a las personas morales no menciona la culpabilidad. Tampoco lo hace el Código Nacional de Procedimientos Penales. La culpabilidad es una exigencia para la comisión de

¹⁶ Gómez-Jara Díez, Carlos, *op. cit.*, p. 75.

¹⁷ Gómez Martínez, Víctor, *op. cit.*, p. 353.

delitos y determinación de la pena, al menos en el Código Penal para el Distrito Federal que rechaza expresamente la responsabilidad objeto. Corresponderá a la doctrina elaborar las consideraciones sobre la culpabilidad de las personas morales y a los jueces tener en cuenta estos criterios para no condenar por el sólo ilícito.

De la primera lectura, rápida, a las reformas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se percibe que el legislador está montado entre la postura anterior, de responsabilidad dependiente, accesoria y la nueva de responsabilidad dependiente pero autónoma. Llega al extremo de señalar, contradiciendo su propia redacción, que hay delito para la persona moral, aunque la persona física haya actuado lícitamente. No se entiende cuál es entonces el injusto de la persona colectiva. Sancionar a las personas morales con criterios de responsabilidad objetiva es violatorio de derecho y no beneficia la actividad económica, no obstante, sancionarla sin que haya incurrido en un hecho delictivo carece de todo sustento.

IV. REFLEXIONES FINALES

El sistema jurídico mexicano, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han rechazado en forma casi unánime la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, esta postura parece revertirse en los últimos años. Muchos son los factores que están influyendo para esta transformación, el más relevante es el de la intervención de las personas jurídicas en el campo de la delincuencia organizada.

Las dificultades y fracasos para considerar a los entes colectivos como sujetos de derecho penal estriban en que las categorías del delito, en especial la culpabilidad, han sido elaboradas para las personas físicas y son incompatibles con las características de las personas morales.

En los últimos años comenzó a abordarse el problema desde una perspectiva distinta. Algunos dogmáticos extranjeros han reconsiderado el concepto de persona y han propuesto adecuar las categorías de acción y culpabilidad en la teoría del delito a las personas jurídicas. La tendencia a la normativización de la dogmática penal ha favorecido este proceso.¹⁸

¹⁸ Gómez-Jara Díez, Carlos, *op. cit.*, p. 75.

Persisten, sin embargo, muchas dudas. El problema más que dogmático es de política criminal. No hay consenso sobre la conveniencia y la necesidad de incluir a los entes colectivos en el ámbito penal. Muchos consideran que otras ramas del derecho —administrativo, civil, mercantil— son suficientes para regular la actuación de las personas jurídicas.

Algunas legislaciones como las de Jalisco y el Distrito Federal se han pronunciado a favor de la responsabilidad penal de los entes colectivos. Estas regulaciones son insuficientes (Jalisco) o confusas (Distrito Federal). Es necesario que los operadores jurídicos y los penalistas mexicanos se involucren en el tema. A favor o en contra, analizando el alcance de las normas ya aprobadas, defendiéndolas o criticándolas. La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un hecho que debemos enfrentar con aportes de los académicos, de los abogados postulantes, de los juristas, en fin, de los penalistas.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México lejos de ser un asunto acabado es un tema que da lugar a una discusión que recién inicia.

La tutela penal de la función administrativa en México

*Jorge Nader Kuri**

I. INTRODUCCIÓN

EL OBJETO del presente estudio descriptivo es la función administrativa en su consideración como bien jurídico protegido por el derecho penal a través del tiempo, desde que apareció sustantivada normativamente en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (Constitución de Apatzingán) de 1814 y hasta nuestros días e incluso allende en la prospectiva de implantación y puesta en operación del Sistema Nacional Anticorrupción, aún carente de soporte legislativo secundario.¹

Es preciso señalar desde ahora que se ha preferido establecer como objeto de nuestro estudio la “función administrativa” en lugar del “servicio público” pues, aunque el título décimo del Código Penal Federal (en adelante CPF) contiene los “delitos cometidos por servidores públicos”, tal clasificación legal atiende al sujeto activo de la conducta típica y no al bien jurídico tutelado. Además, como se verá más adelante, el poder estatal se realiza mediante las funciones específicas de legislar, juzgar y administrar, por lo que se infiere que el principio generador de éstas es la función pública propiamente dicha, la cual re-

* Abogado por la Universidad La Salle; maestro en ciencias penales por el Inacipe y miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

El autor es partidario del lenguaje incluyente. Aun así, en el presente estudio se prescinde del uso de símbolos que distingan o abunden para precisar que los conceptos que se refieren a personas humanas aplican a mujeres y a hombres, por la única razón de facilitar la lectura. Se ruega tener presente que, en todos los casos, la expresión del género se refiere a hombre y mujer.

¹ Este artículo fue escrito en enero de 2016, derivado de nuestra participación en las XVI Jornadas sobre justicia penal realizadas del 3 al 6 de noviembre de 2015, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Desde esa fecha, la Comisión Anticorrupción y de Participación Ciudadana del Senado de la República no ha dictaminado las iniciativas de las leyes secundarias en la materia.

quiere de órganos estatales que reciban las funciones específicas y de personas que las concreten éstas a través del ejercicio de atribuciones normativamente establecidas.² De allí que se afirme que es la función pública *lato sensu* la protegida por la norma penal de las lesiones o peligros que pueda resentir por las conductas de los servidores públicos en ejercicio del servicio público, de donde se sigue que éste sólo es el vehículo mediante el cual, el autor afecta el bien jurídico tutelado, más no así el objeto de protección per se de la legislación penal.

Ahora bien, nuestra codificación penal federal contiene un título decimoprimer en el que ordena los delitos que afectan la función específica de juzgar y que pueden cometer sus servidores públicos (capítulo primero) o particulares (capítulo segundo). No ocurre lo mismo tratándose de la función específica de legislar en su consideración material, puesto que la ordenación penal federal carece de descripción típica que sancione conductas que lesionen o pongan en peligro la actividad legislativa como tal.

Entonces, si, por un lado, el título decimoprimer del CPF establece los delitos que protegen la función de juzgar y, por otro, no existe conducta alguna que sancione penalmente las conductas que atenten contra la función de legislar, consecuentemente los delitos del título décimo del CPF protegen la función específica de administrar o ejecutar, de donde se afirma la definición del objeto de nuestro estudio como *tutela penal de la función administrativa*.

En cuanto al ámbito espacial del que nos ocupamos, como se sabe, la distribución de competencias entre los asuntos que competen a la Federación y a las entidades federativas, definida en el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, implica que éstas conservan la atribución de legislar en materia penal, así cada estado y la Ciudad de México han definido los delitos que atentan contra la función pública *lato sensu* local. No obstante, las codificaciones estatales escapan a las pretensiones de este estudio, que se circunscribe a los delitos federales contenidos en el CPF y en algunas otras leyes penales; en todo caso, nos anima que las legislaciones estatales son análogas a la federal, por lo que en esta ocasión nos limitaremos al ámbito federal y por ello, en el título hemos agregado que se trata de la tutela en México.

² Principio de legalidad.

Para lograr los propósitos del presente estudio se tratará lo concerniente al poder estatal y la distribución de funciones para llegar al contenido, alcances y sujetos del servicio público. Trataremos someramente su regulación constitucional a través del tiempo y como cualidad regulada por el derecho penal; las conductas que la legislación federal ha tipificado como delitos contra la función administrativa, cometidos por servidores públicos y, por último, hacia dónde camina *grosso modo* el Sistema Nacional Anticorrupción mexicano, en ciernes, en lo que al objeto de nuestro estudio corresponde.

II. EL PODER ESTATAL Y LA DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES

Como se sabe, el Estado existe para satisfacer de la mejor manera las necesidades de los individuos que lo integran, lo cual sólo puede lograrse mediante el poder estatal —*imperium*—, efectivo en cualquiera de los órdenes en que desarrolla su actividad, a saber: legislación, justicia y administración. Es así que la llamada “división de poderes” es en realidad una “distribución de funciones” asignadas respectivamente a sus órganos esenciales: el Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo, a quienes se les conceden las potestades necesarias para que a través de la *emisión* de normas generales, de su *aplicación* para resolver controversias y de su *ejecución* para su observancia, se tengan los medios para la realización de los fines estatales.³ De allí la importancia de distinguir entre poder, función y potestades.

Las tres especies de funciones que derivan del poder estatal, al que cabría también llamarle *función pública*, si bien se han asignado individualmente a alguno de los órganos esenciales del Estado; sin embargo, son compartidas, puesto que cada uno de éstos, además de sus propias funciones y potestades para hacerlas realidad, ejercen otras de la naturaleza que caracterizan a los demás órganos. Así, el Legislativo legisla, pero también juzga (declaración de procedencia, juicio político) y administra y ejecuta (gobierno interno); el Judicial juzga, pero también legisla (jurisprudencia, acuerdos, circulares) y administra y ejecu-

³ Los órganos constitucionales autónomos, si bien no se encuentran adscritos en alguna de las funciones esenciales del Estado, participan de todas ellas a través de las funciones que les son asignadas por la legislación secundaria. Por ello, para los propósitos del presente estudio, su análisis no requiere más que establecer que son instituciones estatales cuyos empleados asumen la categoría de servidores públicos.

ta (gobierno interno, consejos de la judicatura), y el ejecutivo ejecuta y administra, pero también legisla (reglamentos, acuerdos, normas) y juzga (justicia contenciosa administrativa, fiscal, recursiva). Es claro que el carácter substancial y distintivo de las funciones no se modifica en atención a la naturaleza del órgano que la ejerce; por eso suele precisarse entre la función en su aspecto material y en su consideración formal.

Función administrativa. Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que el término “administración pública” o “función administrativa” debe entenderse como el conjunto de las potestades dirigidas a la emisión de actos jurídicos —*actos administrativos*— encaminados a la aplicación del derecho como medio para crear, modificar, extinguir o ejecutar situaciones jurídicas, con total independencia del órgano en el que se circunscriba ésta o el autor de su ejercicio. Lo que define al acto administrativo es la materia, no la forma ni el autor, y así entonces existe administración pública en los órganos del Legislativo, del Judicial y, por supuesto, del Ejecutivo. Dicho en términos simples, la función administrativa es cumplir y hacer cumplir la ley.

III. EL SERVICIO PÚBLICO

Suele afirmarse que el servicio público es la prestación concreta que realiza *la administración pública* a través de sus empleados o por particulares mediante una concesión, contrato o norma jurídica, encaminada a satisfacer las necesidades de la colectividad.⁴ Lo anterior implicaría, entonces, que sólo podría hablarse de servicio público tratándose del ejercicio de la función de administración en su consideración material, más no cuando se trata de las funciones de legislación y de justicia. Si así fuera, ¿cómo denominaríamos la prestación realizada en las potestades de legislar y de juzgar?

La discusión no es menor en el campo del derecho administrativo que alguna vez distinguió entre función pública, servicio público y empleo público,⁵ con posturas interesantes todas, que el derecho constitu-

⁴ *Glosario de términos más usuales en la administración pública federal*, México, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 2001, p. 311.

⁵ Por ejemplo, Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, t. II.

cional y el derecho penal decidieron atajar al establecer en los artículos 108 de la CPEUM y 212 del CPF, a propósito de la definición de servidor público, que servicio público es el desempeño de un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública centralizada, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos; en los órganos constitucionales autónomos; en el Congreso de la Unión; y en el Poder Judicial.

Por tanto, para el derecho positivo, el servicio público es el ejercicio de las potestades de la función pública en cualquiera de sus especies y con independencia de sus consideraciones materiales y formales; ejercicio que debe poseer los deberes de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, respeto a los derechos humanos, certeza y máxima publicidad, a que se refieren los artículos 21, 41, fracción V, apartado A y 109, fracción III de la CPEUM, mismas que desarrolla ampliamente el artículo 8o. de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (en adelante LFRASP).

Ahora bien, no cualquier conducta que vulnere los deberes antes señalados es penalmente relevante; el artículo 109 de la CPEUM dispone que los procedimientos para la aplicación de las sanciones administrativas y penales se desarrollarán autónomamente, con la sola limitación de que no podrán imponerse dos veces sanciones de la misma naturaleza por una sola conducta. Por lo tanto, la legislación penal federal sólo ha recogido, como penalmente relevantes, las acciones u omisiones realizadas en el ejercicio de las potestades de la función administrativa que impliquen una desviación especialmente grave a los deberes citados y que por lo mismo causen un daño o peligro de importancia social al cumplimiento de los fines del Estado para con los individuos que lo conforman. Es precisamente la desviación intencional del deber lo *disvalioso* de la conducta penalmente relevante.

IV. EL SERVIDOR PÚBLICO

Los propios artículos 108 de la CPEUM y 212 del CPF definen al servidor público en general como toda persona —física— que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en los órganos del Estado y, en especial, a los representantes de elección popular, a

los miembros del Poder Judicial de la Federación, de la administración pública federal y de los organismos constitucionales autónomos.

Cabe señalar que no obstante que la legislación secundaria equipara a los particulares con los servidores públicos como ocurre, por ejemplo, en el artículo 5o., fracción II de la Ley de Amparo⁶ o en el artículo 2o. de la LFRASP,⁷ el principio de exacta aplicación de la ley penal impide que a los particulares se les analogue como servidores públicos en los casos en que el tipo penal se refiera a éstos como sujeto activo. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de que se les pueda considerar coautores o partícipes junto con el servidor público penalmente responsable, tal y como lo señala el artículo 212, segundo párrafo del CPF.

V. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA LEGAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (Constitución de Apatzingán) de 1814

La Constitución de Apatzingán, promulgada en 1814, fue el primer instrumento constitucional del México independiente. A pesar de la época y el contexto histórico y político existente al tiempo de su emisión por el Supremo Congreso Mexicano a fin de “sustituir al despotismo de la monarquía española”, ya reconocía la importancia social del servicio público, aunque incipientemente. Así, lo que se establecía como prerrogativa ciudadana era temporal y sus vacantes se cubrían por nombramiento o por elecciones (artículo 26).

Además, establecía la existencia de un juicio de residencia —aunque sin desarrollar las razones ni los efectos del mismo— al que se sujetaría a los individuos del congreso, a los del supremo gobierno y a los del supremo tribunal de justicia (artículo 224). Conocería del

⁶ Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

⁷ Son sujetos de esta Ley, los servidores públicos federales mencionados en el párrafo primero del artículo 108 constitucional, y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos públicos federales.

juicio un Tribunal de Residencia (artículo 212), quien resolvería las causas por los delitos de Estado, de herejía, apostasía, infidencia, concusión, dilapidación de causales públicos y de arrestar por más de 48 horas, cometidos por los individuos de las supremas corporaciones (artículo 227).

Vale mencionar que en el México de 1824, el Supremo Congreso era el órgano depositario de la facultad de dictar leyes pero tenía facultades de enorme autoridad en la designación de los integrantes de las otras dos “corporaciones”: el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia. En ese contexto, es destacable que la Constitución de Apatzingán estableciera que los diputados integrantes del Supremo Congreso responderían en el juicio de residencia “por la parte que les toca en la administración pública” (artículo 59), es decir, en el ejercicio material de las funciones ejecutivas, aunque formalmente legislativas.

Allí entonces se encuentra el primer antecedente constitucional de la responsabilidad de los servidores públicos por actos contrarios al debido ejercicio de la función administrativa, así como la afirmación de la posibilidad de que los servidores públicos incurrieran en delitos propios de su ministerio.

2. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 1824

Establecía la atribución a favor de cualquiera de las dos cámaras para conocer, en calidad de gran jurado, de las acusaciones contra el presidente de la Federación por delitos de traición contra la independencia nacional o la forma establecida de gobierno, y por cohecho o soborno cometidos durante el tiempo de su empleo. También, por actos dirigidos manifiestamente a impedir que se hagan las elecciones de presidente, senadores y diputados, o a que éstos se presentaran a servir sus destinos, o bien a impedir a las cámaras el uso de cualquiera de sus facultades constitucionales.

Asimismo, para conocer de las acusaciones contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los secretarios del Despacho, por cualquiera de los delitos cometidos durante el tiempo de sus empleos; de las acusaciones contra los gobernadores de los estados, por infracciones de la Constitución federal, leyes de la Unión, u órdenes

del presidente de la Federación que no fueran manifiestamente contrarias a la Constitución y leyes generales de la Unión, y también por la publicación de leyes o decretos de las legislaturas de sus respectivos estados contrarias a la misma Constitución y leyes (artículo 38).

En cuanto a los demás servidores públicos señalaba la atribución del presidente de la Federación de suspender de sus empleos hasta por tres meses y privar aún de la mitad de sus sueldos por el mismo tiempo, a los empleados de la Federación infractores de sus órdenes y decretos, sin perjuicio de turnar los antecedentes de la materia al tribunal respectivo en los casos que debía formar causa a tales empleados (artículo 110, inciso 20).

La Corte Suprema de Justicia podía conocer de las causas contra el Presidente y Vicepresidente, de las causas criminales de los diputados, senadores y gobernadores de los estados (artículo 137, inciso 5).

3. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 1857

Dicha Constitución establecía un sistema de responsabilidad de los “funcionarios públicos”, básicamente penal, aunque también incorporó la idea de los delitos y las faltas oficiales, si bien no desarrolló estas ideas ni estableció sus bases.

Así, señalaba que los diputados al Congreso de la Unión, los individuos de la Suprema Corte de Justicia y los secretarios del Despacho eran responsables por los delitos comunes que cometieran durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurrieran en el ejercicio de ese mismo encargo. De igual forma, los gobernadores de los estados lo eran igualmente por la infracción de la Constitución y las leyes federales, así como el presidente de la república con la salvedad de que durante el tiempo de su encargo sólo podía ser acusado por los delitos de traición a la patria, violación expresa de la Constitución, ataque a la libertad electoral y delitos graves del orden común (artículo 103).

En lo demás, señalaba que la responsabilidad por *delitos y faltas oficiales* sólo podría exigirse durante el periodo en que el funcionario ejerciera su encargo y un año después (artículo 107), lo cual fue, claramente, una disposición constitucional íntimamente relacionada con la tutela de la función administrativa.

4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917

Si bien la Constitución federal de 1857 ya establecía, aunque incipiente, un sistema de responsabilidades de los servidores públicos, la CPEUM de 1917 lo ha depurado y desarrollado a través diversas reformas en el tiempo. En la actualidad, contiene un título cuarto denominado “De las responsabilidades de los servidores públicos, particulares vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción, y patrimonial del Estado” en el que se establece un sistema de responsabilidades de los servidores públicos, compuesto *grosso modo* por los procedimientos autónomos y no excluyentes siguientes:

a) *Responsabilidad política*. Podrán ser sujetos de *juicio político*: los senadores y diputados del Congreso de la Unión; los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; los consejeros de la Judicatura Federal; los secretarios de Despacho; el fiscal general de la República;⁸ los magistrados de circuito y jueces de distrito; el consejero presidente, los consejeros electorales y el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral; los magistrados del Tribunal Electoral, los integrantes de los órganos constitucionales autónomos; los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados; las empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, a excepción de cuando se trate de la mera expresión de ideas.

Por otro lado, los ejecutivos de las entidades federativas, diputados locales, magistrados de los tribunales superiores de justicia locales, en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales, así como los miembros de los organismos a los que las Constituciones locales les otorguen autonomía, por violaciones graves a la Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las legislaturas locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda.

El procedimiento del juicio político sólo podrá iniciarse durante el periodo en el que el servidor público desempeñe su cargo y dentro de un año después, y las sanciones consistirán en la destitución del

⁸ A la fecha, todavía procurador general de la República.

servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.

Para la aplicación de las sanciones, la Cámara de Diputados procederá a la acusación ante la Cámara de Senadores, la que erigida en jurado de sentencia aplicará la sanción que corresponda. Estas declaraciones y resoluciones son inatacables.

b) *Responsabilidad administrativa o disciplinaria*. Se aplicarán sanciones administrativas a todos los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Las sanciones consistirán en amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y las cuales deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos que, en su caso, haya obtenido el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones.

Las faltas administrativas *graves* serán investigadas y substanciadas por la Auditoría Superior de la Federación y/o los órganos internos de control, y resueltas por el tribunal de justicia administrativa que resulte competente. En estos casos, se impondrá a las personas físicas o colectivas del derecho privado que intervengan en actos vinculados con faltas administrativas graves: sanciones económicas; inhabilitación para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas; resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública o a los entes públicos federales, locales o municipales; y suspensión de actividades, disolución o intervención de la sociedad respectiva, en su caso, independientemente de otro tipo de responsabilidades.

Las faltas administrativas no graves serán investigadas y resueltas por los órganos internos de control y no serán susceptibles de ser vinculadas con personas del derecho privado.

c) *Responsabilidad constitucional*. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo solicitara el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, los titulares de los poderes ejecutivos de las entidades federativas o las legislaturas de éstas.

d) *Responsabilidad patrimonial —civil— del Estado*. Procede cuando, con motivo de alguna actividad administrativa irregular, el Estado cause daños en los bienes o derechos de los particulares. Será objetiva y directa, y los afectados tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes. En estos casos, no se requerirá declaración de procedencia cualquiera que sea el órgano estatal o servidor público implicado.

e) *Responsabilidad penal*. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será sancionada en los términos de la legislación penal aplicable.

No obstante, para proceder penalmente contra los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de despacho, el fiscal general de la República,⁹ así como el consejero presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si da o no lugar a proceder contra el inculpado.

Lo mismo procede tratándose de los ejecutivos de las entidades federativas, diputados locales, magistrados de los tribunales superiores de justicia de las entidades federativas, en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales y los miembros de los organismos a los que las Constituciones locales les otorgue autonomía, aunque, en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las legislaturas locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

Por lo que toca al presidente de la República, sólo habrá lugar de imputación ante la Cámara de Senadores, la que resolverá con base en la legislación penal aplicable.

Las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal, y tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conduc-

⁹ *Idem*.

ta ilícita. Sin embargo, las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados.

VI. LOS DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA COMETIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS

Los delitos en contra de la función administrativa cometidos por servidores públicos se encuentran previstos sobre todo en la CPEUM y el CPF. Sin embargo, otras leyes de naturaleza federal contienen enunciados que tipifican delitos para cuya comisión se requiere la calidad específica de servidor público en el sujeto activo, o bien establecen disposiciones agravantes de la pena cuando el autor o el partícipe del diverso delito sea o haya sido servidor público. Esta última situación también acontece en el CPF.

Los propósitos del presente apartado no pretenden agotar un estudio exhaustivo de todas las legislaciones especiales y de los correspondientes tipos penales o circunstancias agravantes; bástenos por ahora tan sólo enunciar las principales legislaciones y sus elementos mínimos en el contexto de lo que se está tratando:

1) *Enriquecimiento ilícito*. La CPEUM, en su artículo 109, fracción II establece las bases para la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito al señalar que procede sancionar por el mismo a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudieran justificar. En este caso, las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.

2) *Delitos cometidos por servidores públicos en el CPF*. Bajo dicha denominación, el CPF establece el título décimo de cuyo análisis deriva que se trata de un conjunto de conductas desapegadas de los deberes de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia o respeto a los derechos humanos, que como tales constituyen ataques especialmente graves a la función pública de observar y hacer cumplir las leyes que rigen su actuar, mediante su propia conducta y por la emisión de actos administrativos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas. Éstos son:

- a) Ejercicio indebido de servicio público (artículo 214).
- b) Abuso de autoridad (artículo 215).
- c) Desaparición forzada de personas (artículos 215-A y 215-D).
- d) Coalición de servidores públicos (artículo 216).
- e) Uso indebido de atribuciones y facultades (artículo 217).
- f) Concusión (artículo 218).
- g) Intimidación (artículo 219).
- h) Ejercicio abusivo de funciones (artículo 220).
- i) Tráfico de Influencia (artículo 221).
- j) Cohecho (artículo 222).
- k) Cohecho a servidores públicos extranjeros (artículo 222-bis).
- l) Peculado (artículo 223).
- m) Enriquecimiento ilícito (artículo 224).

Además del título décimo, en otras partes del CPF encontramos delitos que, si bien pudieran implicar la afectación del diverso bien jurídico tutelado, al final también lesionan la función administrativa. Así tenemos:

- a) Delitos electorales cometidos por servidores públicos al intervenir indebidamente en los procesos electorales (artículo 407).
- b) Feminicidio, hipótesis de retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia (artículo 325).

Como se dijo, en ocasiones, la calidad de servidor público constituye en el CPF una circunstancia agravante de la penalidad por la comisión de algún delito diverso, sea porque intervenga como autor o bien participe con otras personas. Generalmente se requiere que el servidor público esté en ejercicio de sus funciones al momento de la comisión del delito y en otros casos basta con que lo haya sido. Existen supuestos en los que, inclusive, el tipo penal requiere su pertenencia a determinado órgano estatal (fuerzas armadas o policía). De esta forma, tenemos los casos de aumento de la penalidad en los delitos siguientes:

- a) Contra periodistas (artículo 51).
- b) Discriminación (artículo 149 ter).
- c) Evasión de presos (artículo 150).

- d) Asociación delictuosa (artículo 164).
- e) Pandilla (artículo 164 bis).
- f) Ataques a las vías de comunicación (artículo 170).
- g) Contra la salud (artículos 194 y 196).
- h) Contra los derechos reproductivos (artículo 199 quáter).
- i) Esterilidad provocada (artículo 199 quintus).
- j) Pederastia (artículo 209 bis).
- k) Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática (artículos 211 bis 2 y 211 bis-3).
- l) Falsificación de documentos (artículo 243).
- m) Usurpación de funciones públicas o de profesión y uso indebido de condecoraciones, uniformes, grados jerárquicos, divisas, insignias y siglas (artículo 250 bis 1).
- n) Hostigamiento sexual (artículo 259 bis).
- ñ) Robo o desmantelamiento de vehículos; o de documentos, expedientes o protocolos y títulos (artículos 376 bis, 377 y 381).
- o) Extorsión (artículo 390).
- p) Operaciones con recursos de procedencia ilícita (artículo 400 bis).
- q) Contra el ambiente (artículo 421).

Por último, en lo que corresponde al CPF, se señala, para todos los casos, las modalidades en la pena de:

- a) Disculpa pública, aceptación de responsabilidad y garantía de no repetición, como reparación del daño (artículo 30, fracción VII).
- b) El Estado deberá reparar el daño, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores y subsidiariamente cuando fueren culposos (artículo 32, fracción VII).

3) *Leyes especiales*. Como ya se redactó, otras leyes federales distintas al CPF contienen delitos que si bien protegen bienes jurídicos propios de cada una de ellas, al final también lesionan la función administrativa y por tanto, consideramos necesario enunciar. Tal y como acontece con el CPF, se trata de tipos especiales que requieren la calidad específica de servidor público en el sujeto activo, o bien de circunstancias agravantes de la pena por su autoría o participación con otras personas.

Las principales legislaciones especiales que se refieren a lo anterior son las siguientes:

- a) Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro. Establece tipos penales especiales que requieren la calidad específica de servidor público en el sujeto activo en sus artículos 16 y 17. Asimismo, señala circunstancias agravantes de la penalidad en sus artículos 10, fracción II y 18.
- b) Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos. Establece Código Fiscal de la Federación. Hipótesis de aumento de la pena en sus artículos 36, 42 y 82.
- c) Código Fiscal de la Federación. Establece tipos penales especiales que requieren la calidad específica de servidor público en el sujeto activo en sus artículos 114, 114-A y 114-B16 y 17. Y señala circunstancias agravantes de la penalidad en su artículo 114-A, segundo párrafo.
- d) Ley de Instituciones de Crédito. Establece tipos especiales de delitos que cometan servidores públicos de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en sus artículos 113 bis-3 y circunstancia agravante de la pena en su artículo 113 bis-2.
- e) Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas. Establece tipos especiales de delitos que cometen servidores públicos de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en su artículo 507 y circunstancia agravante de la pena en su artículo 508.
- f) Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Establece circunstancias agravantes de la penalidad por la comisión de tales delitos en su artículo 5o.
- g) Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura. Señala los tipos penales especiales que requieren la calidad específica de servidor público en el sujeto activo en sus artículos 3, 5 y 11. Cabe señalar que la tortura es un delito típico de servidores públicos.
- h) Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en materia de Hidrocarburos. Señala circunstancias agravantes de la penalidad en sus artículos 13 y 21.

- i) Ley de Amparo. Establece tipos penales especiales que requieren la calidad específica de servidor público en el sujeto activo en sus artículos 262, 267 y 268.
- j) Ley General en Materia de Delitos Electorales. Establece tipos penales especiales que requieren la calidad específica de servidor público en el sujeto activo en sus artículos 1o. y 20; señala circunstancias agravantes de la penalidad en sus artículos 5o. y 13.
- k) Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Establece tipos penales especiales que requieren la calidad implícita de servidor público en el sujeto activo en sus artículos 138 y 139.

Las legislaciones señaladas son representativas de lo que es objeto de tratamiento en el presente estudio, sobre todo considerando que, según estadísticas federales, entre 2010 y 2015 se han denunciado 22,671 delitos relacionados con la función pública, prácticamente todos de los establecidos en los títulos décimo y decimoprimer del CPF, por lo que destaca el delito de abuso de autoridad que aparece en un 42.74%.¹⁰

Lo anterior excluye la contabilidad de denuncias por delitos como tortura o desaparición forzada de personas, típicamente relacionados con el ejercicio del servicio público, cuya estadística pública está en construcción, en el contexto de la puesta en operación del sistema de justicia penal acusatorio en el ámbito federal.

VII. HECHOS DE CORRUPCIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y DE LOS PARTICULARES

Finalmente, consideramos necesario referirnos al estado de la situación alrededor del combate a los hechos de corrupción, íntimamente relacionados con el ejercicio del servicio público, aunque no exclusivamente con éste. Lo anterior, especialmente porque mediante reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de febrero de 2014, en el conocido decreto en materia política-electoral, se introdujo al ámbito constitucional la figura de los hechos de “corrupción”, lo que desde entonces ha sido motivo de análisis y discusiones en los ámbitos académico y legislativo.

¹⁰ Disponible en: <http://www.inegi.org.mx/>

La reforma se concretó a señalar que la Fiscalía General de la República¹¹ contaría con una fiscalía especializada en materia de combate a la corrupción y, asimismo, que el entonces procurador general de la República debía expedir el acuerdo de creación de la misma en el plazo de treinta días a partir de la entrada en vigor del Decreto, lo cual así ocurrió a través del Acuerdo A/011/14 por el que se crea la Fiscalía Especializada en materia de Delitos relacionados con hechos de corrupción y se establecen sus atribuciones, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de marzo de 2014.¹²

No obstante que el régimen transitorio de esa reforma constitucional dispuso que el primer titular de la Fiscalía sería nombrado por el Senado de la República y que duraría en su encargo hasta el 30 de noviembre de 2018; el Senado emitió una convocatoria para la designación en la que participaron más de treinta candidatos y se desahogó el procedimiento de selección que el propio Senado estableció, sin embargo, el nombramiento no fue concretado.¹³

Posteriormente, el 27 de mayo de 2015, el *Diario Oficial de la Federación* publicó un Decreto de reformas a diversos artículos constitucionales, encaminado a establecer las bases para el combate a los hechos de corrupción, mismo que, en esencia, establece un Sistema Nacional Anticorrupción (en adelante SNA) que se regirá a través de una ley general que establezca sus bases de coordinación y sea emitida por el Congreso de la Unión.

Las características más notables del SNA en su concepción constitucional, a que se refiere especialmente el artículo 113 de la CPEUM, son las siguientes:

- a) El Sistema Nacional Anticorrupción será la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de respon-

¹¹ Una vez que sea constituida por la emisión de la legislación orgánica respectiva.

¹² Por virtud de este Acuerdo, la Unidad de Investigación de Delitos Cometidos por Servidores Públicos y Contra la Administración de Justicia de la PGR se transformó en esa Fiscalía, aunque estructuralmente no funciona como tal.

¹³ A la fecha, en el ámbito federal se atienden los hechos relacionados con corrupción a través de dos unidades administrativas en la PGR: la Unidad de Investigación de Delitos Cometidos por Servidores Públicos y Contra la Administración de Justicia y la Visitaduría General, mediante una fiscalía especial “para el combate a la corrupción en la institución”, adscrita a la Dirección General de Delitos Cometidos por Servidores Públicos.

- sabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos.
- b) Contará con un Comité Coordinador integrado por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación; de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción; de la Secretaría de la Función Pública; por el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; el presidente del Instituto Nacional de Acceso a la Información; así como por un representante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana (compuesto por cinco ciudadanos).
 - c) Corresponderá al Comité Coordinador del Sistema establecer mecanismos de coordinación con los sistemas locales; diseñar y promover políticas integrales en materia de fiscalización y control de recursos públicos, de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, en especial sobre las causas que los generan; determinar los mecanismos de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información que sobre estas materias generen las instituciones competentes de los órdenes de gobierno; establecer las bases y principios para la efectiva coordinación de las autoridades de los órdenes de gobierno en materia de fiscalización y control de los recursos públicos; elaborar informes sobre los avances, resultados y recomendaciones.
 - d) Las entidades federativas establecerán sistemas locales anti-corrupción con el objeto de coordinar a las autoridades locales competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción.

El diseño constitucional sobre el combate a los hechos de corrupción contiene una clara tendencia a la consideración de éstos como faltas administrativas y especialmente como delitos. Ello genera la dificultad de determinar qué es la corrupción en su consideración penalística y cuáles son los hechos delictivos en concreto que puedan servir al SNA para su tipificación como delitos o bien, su regulación normativa como agravante o circunstancia típica especial. En este sentido, llama la atención que el único documento de trabajo legislativo que existe a la fecha¹⁴ no plantee reformas a la legislación penal sustantiva.

¹⁴ Disponible en: <http://www.senado.gob.mx/comisiones/anticorrupcion/docs/corrupcion/documento2.pdf>

Desde el punto de vista ontológico, la corrupción es, sobre todo, una forma de ser y las formas de ser no constituyen un delito. En el moderno sistema dogmático penal, en el que además opera un indeclinable reconocimiento y respeto a la dignidad y los derechos humanos, no pueden existir tipos penales que castiguen el ser, el creer o el abrazar determinada convicción ética o de conciencia.¹⁵ Por ello, un principio fundamental del derecho penal democrático es el de acto, conforme al cual sólo puede ser delito una conducta, sea de acción o de omisión, pero nunca los pensamientos, las tendencias, las creencias, las formas de ser. Más aún, las decisiones sobre qué pensar o qué querer deben garantizarse en su ejercicio y sin discriminación alguna, pues forman parte de la integralidad del ser humano y de su dignidad como persona.¹⁶

Un concepto tan simple es, sin embargo, de gran complejidad cuando de corrupción se trata, si bien la degradación ética y el desprecio al orden jurídico y al Estado de derecho no son en sí mismos delito, es muy difícil, si no imposible, imaginar una realidad en la que los seres humanos corrompidos no realicen conductas desviadas e incluso dañinas. Todo lo contrario. Es un dato admitido que el ser humano actúa por su libre albedrío a partir de lo que piensa, de lo que cree, de lo que es; como también es posible la modificación de esas formas para cambiar patrones de conducta.

Por lo tanto, es de fundamental importancia considerar las causas de la corrupción y no sólo combatir sus efectos. En nuestra concepción, las causas más notables son de orden cultural y de naturaleza legal. Ambas interactúan y se complementan.

Entre las causas de naturaleza legal encontramos básicamente dos: la opacidad y falta de rendición de cuentas, y la impunidad. La opacidad es una manifestación propia del abuso de autoridad instrumentado para impedir que la sociedad conozca el quehacer público y los destinos de los fondos públicos, y la impunidad, que nos parece la más grave de todas, es dejar sin castigo un hecho ilegal realizado por el motor de la corrupción; un hecho ilícito que puede ser delito, mas que de igual forma puede estar en el ámbito de otras ramas del derecho; un hecho ilegal que —lo más grave— al mismo tiempo es efecto y causa.

Los actos ilícitos suelen inspirarse en la esperanza de no ser descubiertos; o que, siéndolo, no sean sancionados; o que, siendo sancio-

¹⁵ Artículo 24 de la CPEUM.

¹⁶ Artículo 1o. de la CPEUM.

nados, resulte más atractiva y redituable la ganancia que el castigo. Es decir, la perspectiva de impunidad, ilusión que frecuentemente se materializa en la realidad.

Dejar impune un delito o un hecho ilícito cualquiera, cometido al amparo de la corrupción, implica ignorar los efectos del fenómeno de la corrupción. Así, de la misma forma que es de vital importancia atender las causas de la corrupción, es necesario enfrentar sus efectos, especialmente lograr que se punan debidamente los delitos que se cometan a su amparo y de allí la importancia de su determinación puntual de conformidad con los principios admitidos del derecho penal.

En conclusión, el estado de cosas antes reseñado, visto como oportunidad, aconseja la idea básica de ir a la construcción de un nuevo *Sistema de Responsabilidades Penales de los Servidores Públicos*, de índole nacional. Para ello, el Congreso de la Unión tendría que adquirir la atribución para legislar en exclusiva en materia de delitos de corrupción, mediante una reforma al artículo 73, fracción XXI, inciso *a*, de la CPEUM.

Las bases mínimas que contendría el nuevo sistema serían:

- a) La determinación de acciones de coordinación interinstitucional y multidisciplinaria para la prevención de la corrupción.
- b) La determinación del bien jurídico tutelado, vinculado con la prohibición de la corrupción en una definición penalística.
- c) La definición concentrada y precisa de los tipos penales, sujetos activos y las circunstancias agravantes, en una legislación nacional.
- d) La creación de estructuras eficaces y eficientes para la investigación y persecución de los delitos de corrupción con las características de autonomía técnica y de gestión, especialización, normativa suficiente y seguridad que incentiven el ejercicio de las atribuciones de los servidores públicos que las integren.
- e) El establecimiento de formas eficientes y eficaces de colaboración entre procuradurías y fiscalías estatales, así como con la sociedad civil, que incluyan protocolos homologados de actuación.
- f) El impulso de políticas de persecución penal de naturaleza estratégica, desde una perspectiva que se oriente a resultados exitosos en la investigación y procesamiento de casos.

- g) El establecimiento de medios eficaces y permanentes de transparencia y rendición de cuentas de los servidores públicos.

La corrupción genera impunidad y ésta forjada por la corrupción, causa más corrupción. Si a ello le agregamos discrecionalidad y opacidad en el actuar de los servidores públicos y consideramos que también opera como la forma “menos ruidosa que la intimidación o la violencia para la infiltración de la delincuencia en las estructuras del gobierno”,¹⁷ la corrupción, esa degradación ética aprendida que guía conductas humanas, será el motor de más corrupción en un perverso círculo vicioso sin fin.

En ese escenario, la expectativa de sembrar una cultura de conducta ética en el ejercicio de las funciones públicas que florezca abrazada en la convicción de los servidores públicos parecería una empresa de complejidad monumental. No obstante, la experiencia comparada indica que sí es posible lograrlo, siempre y cuando se quiera.

Si el Constituyente Permanente ha sentado las bases para la creación del SNA, es la oportunidad de dar los pasos necesarios que nos lleven al puerto de llegada. Conseguirlo resultará en mejoras continuas en la calidad de vida individual, en la satisfacción plena de las necesidades sociales y en el empoderamiento del Estado por el rescate de su objetivo original de procurar bienestar a los individuos que lo integran.

El anhelo generalizado de una sociedad en la que el servicio público se ejerza sin la motivación de la corrupción y al mismo tiempo la sociedad no participe de ella a través de su fomento, es posible; lo merecemos. Desde luego, no es una empresa fácil, pero la unidad de conceptos, visiones y voluntades propositivas es el mejor campo de cultivo en el que los propósitos, cualesquiera que sean, suelen lograrse.

¹⁷ Expresión de Andrea Orlando, ministro de justicia de Italia, durante su participación en el ciclo de conferencias sobre justicia, realizado en la Procuraduría General de la República durante noviembre de 2015.

De la privación ilegal de la libertad a los denominados delitos en materia de secuestro

Roberto Andrés Ochoa Romero*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

LA CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) reconoce el derecho humano a la libertad de movimiento que, a su vez, proclama la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su artículo 7o. Su reconocimiento y protección derivan fácilmente de una interpretación armónica de los artículos: 1o., párrafos primero y cuarto, 11, párrafo primero (primera parte), 14, párrafo segundo y 16 de la propia CPEUM. Especialmente, los artículos constitucionales 14, párrafo segundo y 16 garantizan el derecho a la libertad personal frente a cualquier acto arbitrario de privación. En estas condiciones toda limitación de la libertad de movimiento que no se ajuste a los casos y formalidades establecidas para ello en la Constitución general y en las leyes secundarias, es potencialmente delictiva.

De esta forma, la CPEUM garantiza expresamente una de las prerrogativas fundamentales de las personas y despacha a las leyes secundarias la previsión de los supuestos en los que tal derecho fundamental puede ser legítimamente restringido.

El reconocimiento de la libertad personal de movimiento desde el texto constitucional legítima, al mismo tiempo, el contenido material de los distintos tipos penales que tienen por objeto la protección de ese derecho humano. Y es que resulta muy conveniente que —con la finalidad de eludir los inconvenientes que trae consigo la utilización caprichosa de la categoría dogmática del *bien jurídico*, particularmente, en el ámbito de la creación y aplicación de las leyes penales— la CPEUM se tenga como referente para justificar el contenido material del ilícito penal.¹

* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ Véase, especialmente sobre esta postura, González Rus, Juan José, *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, Fundación Juan March, núm. 201, 1983, pp. 32 y ss.

Y es que existe un buen número de cuerpos normativos en los que la libertad personal de movimiento desempeña un papel central, en sentido muy concreto, con respecto a la conformación del contenido material del injusto en ciertos tipos penales. Nos referimos aquí, especialmente, a los delitos contra la libertad personal (de movimiento).

En lo particular, el Código Penal Federal (en adelante CPF) presenta algunas fórmulas que suponen una valoración concreta de la libertad de movimiento, aún y cuando un número importante de los preceptos que se ocupaban de la protección de la libertad ambulatoria se encuentran actualmente recogidos en un ordenamiento especial: se trata de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro (LGPSDMS).

La creación de una ley especial para enfrentar las diferentes modalidades del delito de secuestro permite identificar, en principio, la especial consideración que el legislador viene dispensando frente a un valor constitucional de importancia capital como la libertad de movimiento. Con esta legislación especial se origina —de la misma manera en que sucede con otros cuerpos normativos de similar manufactura— un nuevo andamiaje normativo para la atención de los ahora denominados *delitos en materia de secuestro*.

Pues bien, con independencia de lo que a lo largo del presente trabajo se dirá en torno a la conveniencia de la ley especial, a su oportunidad y coherencia político criminal, así como en torno a ciertas figuras delictivas que en ella se recogen, el legislador acierta en la especial consideración que merece la libertad de movimiento, especialmente, cuando se ponen en entredicho otros valores cuya titularidad recae también sobre la propia víctima.

La privación ilegal de la libertad —en cualquiera de sus formas—, pone en riesgo el conjunto de derechos de los que es titular la víctima y que pueden ser aglomerados en un concepto general de *seguridad personal*.

Pues bien, si atendemos a la gran frecuencia ejecutiva del delito de secuestro tanto como, en particular, a las gravísimas consecuencias que comporta hacia la víctima del delito, es imposible no sentir la necesidad de atender de manera urgente el problema; bien sea a través de la adecuación, o bien de la creación de un nuevo cuerpo normativo. En nuestro entorno nacional se ha optado por la creación de un nuevo cuerpo normativo, aún y cuando, en su inmensa mayoría, los tipos penales que prevé la LGPSDMS ya se encontraban recogidos en el CPF.

Pero es innegable que el delito de secuestro integra, por sí mismo, una de las conductas delictivas más execrables de los últimos tiempos. El impacto que a nivel psicológico, emocional, físico y familiar produce sobre la víctima es comparable con el más horroroso infierno de Dante. ¡Y no se puede ser ajeno a esa realidad!

No se trata de un delito que se ejecute de manera aislada, sino que se realiza, frecuentemente, acompañado de otras conductas criminales que encuentran en esta concreta forma de privación de la libertad personal el momento más propicio para su ejecución. ¿Qué duda cabe de que la separación involuntaria de la víctima de su primer círculo de vida y convivencia comporta un alto riesgo para su persona? ¡Ninguna!

Sin embargo, la manufactura de los distintos tipos penales sobre los que recae este novedoso *nomen iuris* no poseen las características necesarias para abarcar, por sí solas, las conductas criminales que ordinariamente acompañan a la privación ilegal de la libertad. En consecuencia, para abarcar completamente la desvaloración de los distintos atentados de los que también es objeto la víctima del secuestro, o bien las personas relacionadas directamente con ésta, debe acudirse a otras disposiciones sustantivas que en principio hacen muy relativa la necesidad de una ley especial antisequestro y, sobre todo, de la previsión de altos rangos de punibilidad que demuestran serias carencias en el aparato estatal de control de la criminalidad.

Nos referimos aquí a las reglas del concurso de delitos. A estas disposiciones debe acudirse para abarcar completamente el hecho criminal que inicia con la privación ilegal de la libertad y culmina, las más de las veces, con la entrega de un rescate o la obtención de algún beneficio a cambio de la puesta en libertad del sujeto pasivo directo. La solución habría sido idéntica en tratándose de los eventos que, al día de hoy, cuentan con cobertura legal a través de subtipos agravados.

Esto no equivale a decir que hubiera sido preferible dejar las cosas en el estado en que se encontraban, sino sólo que entendemos innecesarias algunas cuestiones que puntualmente serán referidas en este trabajo y que podrían haber sido tratadas con un menor costo político-criminal. Valga adelantar nuestro disenso con los altísimos rangos de pena dispuestos para el tipo básico del delito de secuestro y, más aún, para sus distintas modalidades agravadas, que rebasan por mucho las penas previstas para otras modalidades delictivas de mayor capacidad lesiva (genocidio).

Como decíamos, acudir a las normas del concurso de delitos bien podría haber resuelto el problema sin necesidad de evidenciar, nuevamente, una ceguera que ha sido constante sobre una verdad absoluta: recurrir al aumento (siempre simplista) de las penas para unas ciertas parcelas de aplicación del derecho penal no resuelve el problema de la criminalidad en esa materia.

Por lo demás, queda bien claro que no son menos graves las conductas que constantemente tienen lugar durante o bien con aprovechamiento del ya referido ambiente facilitador que genera por sí misma la realización del secuestro que, por cierto, es cada vez más sangrienta e innecesariamente inhumana;² lo que pudiera suponer la necesidad de crear una ley especial. Conductas propias de los delitos de lesiones (comúnmente graves), como violación, abuso sexual, extorsión, robo, e incluso homicidio, acompañan común y tristemente la ejecución de un secuestro; sin embargo, no parece acertada la decisión de crear una ley especial que albergue tales supuestos, pues todas y cada una de las conductas citadas, incluida, por supuesto, la del propio secuestro, ya se encontraban previstas en el CPF.

Por todo ello —aunque no sea siempre lo más adecuado como ya se anticipaba—, ha sido inevitable plantear la creación y puesta en marcha de una ley, con todas las cualidades para ser considerada de emergencia, que pudiera agrupar las normas a través de las cuales se hiciera frente a tan desbordado fenómeno criminal. Y es que a pesar de estar incluido en el catálogo de delitos para los que opera el régimen diferenciado de tratamiento penal, procesal penal y de ejecución de sanciones en el ámbito de la delincuencia organizada —lo que ya supone la posibilidad de imponer penas de prisión altísimas a los sujetos que comentan tales delitos—, no se habían experimentado rebajas serias en su frecuencia ejecutiva.

Pues bien, dada la complejidad del problema hemos entendido necesarios algunos comentarios sobre la figura básica del secuestro en su modalidad más frecuente: la que se nutre del propósito de obtener rescate o cualquier beneficio. Para tales efectos, tomaremos como punto de partida el delito de privación ilegal de la libertad que configura la base objetiva de las diferentes modalidades del secuestro.

² Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte speciale*, 3a. ed., Bologna, vol. 2: I delitti contro il patrimonio, t. II, 2002, p. 155; Mantovani, Ferrando, *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, 1989, p. 154.

II. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD PERSONAL DE MOVIMIENTO

Como ya se tuvo oportunidad de indicar al inicio de este trabajo, la proclamación del derecho a la libertad de movimiento se desprende del texto constitucional desde una interpretación armónica, principalmente, de sus artículos 1o., 11, 14, párrafo segundo, y 16.

Así, toda persona que se encuentre dentro del territorio de la república tiene derecho a transitar libremente por ella sin necesidad de requisito alguno; el ejercicio de este derecho —dice también el artículo 11, CPEUM—, queda subordinado a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad penal o civil.

Por su parte, conforme a lo dispuesto por el artículo 14, párrafo segundo CPEUM, cualquier privación de la libertad personal se encuentra supeditada a los casos y formalidades establecidas en la ley, por lo que cualquier violación a tales disposiciones legales puede, en principio, acarrear responsabilidad criminal. Lo mismo tratándose de los presupuestos de restricción de la libertad personal *ex* artículo 16, CPEUM.

Por todo lo dicho, el contenido material del injusto en los casos que más adelante se abordarán está constitucionalmente bien legitimado. Las indicadas disposiciones permiten derivar del texto de la CPEUM el bien jurídico que pretenden proteger los distintos preceptos contenidos tanto en el CPF como ahora en la LGPSDMS.

1. La privación ilegal de la libertad

El delito de secuestro constituye una modalidad especial del delito de privación ilegal de la libertad.

Esta fórmula legislativa está llamada a operar en aquellos casos en los que la privación de la libertad se ejecuta con un particular propósito. Así lo reconoce el legislador cuando señala en el artículo 9o., LGPSDMS, que las penas ahí establecidas se impondrán a quien *prive de la libertad a otro*, siempre que tal privación de libertad esté acompañada de *un especial propósito*. De forma tal que la privación ilegal de la libertad se convierte en un delito de secuestro cuando se lleva a cabo con alguna de las finalidades señaladas, precisamente, en los distintos incisos de la fracción I del mencionado artículo 9o.

Esta figura básica de privación ilegal de la libertad aparece en el CPF dentro de su título vigésimo primero, que lleva por rótulo “Privación Ilegal de la libertad y de otras garantías”, capítulo único, donde se reúnen distintas conductas constitutivas de delito que implican una restricción a la libertad de movimiento, concretamente, nos referimos a sus artículos 364 y siguientes.³

En este apartado será abordado el artículo 364, CPF que —como ya se dijo— configura la base de las distintas modalidades típicas del delito de secuestro.

El artículo 364, fracción I del CPF contiene el tipo básico del delito de privación ilegal de la libertad. El texto del numeral es el siguiente:

Artículo 364. Se impondrá de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa:

I. Al particular que prive a otro de su libertad. Si la privación de la libertad excede de veinticuatro horas, la pena de prisión se incrementará de un mes más por cada día.

La pena de prisión se aumentará hasta en una mitad, cuando la privación de la libertad se realice con violencia, cuando la víctima sea menor de dieciséis o mayor de sesenta años de edad, o cuando por cualquier circunstancia, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto de quien la ejecuta.

De este artículo se derivan, por una parte, el tipo básico del delito de privación ilegal de la libertad y, por otra, una circunstancia agravante específica construida en función de la prolongación de la detención (fracción I).

También aparece una segunda circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal llamada a operar en aquellos casos en los que el delito se realice con violencia, o bien en contra de personas que poseen ciertas características particulares que las hace especialmente vulnerables (fracción II).

³ El Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de noviembre de 2010 trajo como consecuencia la derogación de los artículos 366 y 366 bis del CPF que contemplaban, respectivamente, las distintas formas del delito de secuestro, así como otras conductas relacionadas con éste. Sobre la regulación anterior véase, Islas de González Mariscal, Olga, “El secuestro: análisis jurídico”, en Jiménez Ornelas, René A. y Islas de González Mariscal, Olga, *El secuestro: problemas sociales y jurídicos*, Ciudad de México, UNAM, 2002, pp. 64 y ss.

Se trata, sin más, de una norma penal diseñada en clave prohibitiva, mediante la cual se intentan reprimir —con un claro énfasis en el desvalor del resultado— los casos de detenciones ilegales, sin necesidad de acudir a la motivación o al propósito por virtud del cual se afecta la libertad de locomoción o de movimiento; esto es, se trata de evitar la realización de cualquier conducta privativa de la libertad sin tener que de adelantar las barreras de protección penal en orden a la protección de otro u otros bienes jurídicos, acaso sea bajo la modalidad de peligro abstracto.

El rango penal con el que se conmina la realización del delito es de *seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa*.

El marco legal de pena que se establece para este delito se encuentra muy por debajo de la que corresponde por la realización de la misma conducta (teñida de una especial finalidad), por la vía del artículo 9o., LGPSDMS. La diferencia con el rango punitivo dispuesto por la Ley para las distintas conductas constitutivas del delito de secuestro es de 39 años y seis meses respecto del rango mínimo de pena privativa de la libertad y de 77 años en el plazo máximo.

A. Conducta típica

Conforme a su diseño típico, la conducta aparece recogida tan amplia como exclusivamente en la primera parte del párrafo primero de la fracción I del artículo 364 del CPF. El precepto, así construido, no exige ningún medio especial de comisión del delito ni señala las modalidades o circunstancias en que puede verse materializada la privación de la libertad.

Así, se incrimina la sola restricción de la libertad de movimiento⁴ que es perfecta desde el primer momento de la detención y que se prolonga por cierto tiempo, lo que justifica su naturaleza de delito de consumación permanente.

⁴ Díaz de León, Marco Antonio, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con comentarios*, Ciudad de México, 2004, t. I, p. 771; González de la Vega, Francisco, *El código penal comentado*, Ciudad de México, 1996, pp. 449 y 450; Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *Código penal anotado*, Ciudad de México, 2007, p. 1056; Pavón Vasconcelos, Francisco y Vargas López, Gilberto, *Derecho penal mexicano. Parte especial*, Ciudad de México, 2008, vol. VI, pp. 86 y 87; Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, 7a. ed., Ciudad de México, 2003, t. I (en su interior como t. III), p. 131.

En efecto, la acción privativa de la libertad comporta forzar al sujeto pasivo para que permanezca en un lugar y por un espacio de tiempo unilateralmente determinados, por voluntad del activo, por tanto, la víctima queda a la completa disposición del autor hasta en tanto no cese el estado antijurídico creado.⁵ Por esa razón, la seguridad de la víctima debe considerarse —en términos generales y fuera de los supuestos para los que opera como bien jurídico principal (recién nacidos, enfermos mentales, entre otros)— como un valor que interesa, igualmente, en términos del peligro que para cualquier persona supone encontrarse a merced de quien, sobre todo en estos casos, realiza la conducta con una finalidad abstracta.

La conducta típica, en definitiva, está regulada en términos amplios a través de la utilización de un verbo rector que, como señala Díez Ripollés, brinda virtualidad causal a cuantas conductas sean adecuadas para privar de la libertad a otro.⁶

B. Sujeto activo y sujeto pasivo

El precepto prevé la realización dolosa de la conducta prohibida por un sujeto activo genérico, el cual viene reconocido por el legislador a través del término “particular”.⁷ Por su parte, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona,⁸ incluso, los recién nacidos o personas con incapacidad mental profunda, supuestos para los cuales se prevé una circunstancia agravante específica como más adelante se verá.

Por lo demás, en los casos en los que el pasivo cuenta con la capacidad natural mínima para resolver sobre su libertad ambulatoria —cediendo a la agresión y renunciando a su protección—, la acción típica debe realizarse contra su voluntad. El consentimiento del sujeto

⁵ Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, p. 137.

⁶ Díez Ripollés, José Luis, “Delitos contra la libertad”, en Díez Ripollés, José Luis y Gracia Martín, Luis (coords.), *Comentarios al código penal. Parte especial*, Valencia, 1997, t. I, p. 720. También en Díez Ripollés, José Luis y Gracia Martín, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, 1993, pp. 326 y 327. En el mismo sentido, Muñoz Sánchez, Juan, *El delito de detención*, Madrid, 1992, pp. 109 y 110.

⁷ Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, p. 133.

⁸ Díaz de León, Marco Antonio, *op. cit.*, p. 773; González de la Vega, Francisco, *op. cit.*, p. 450; Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, p. 134; Pavón Vasconcelos, Francisco y Vargas López, Gilberto, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

pasivo juega un papel fundamental y, en caso de que aparezca, conduce a la afirmación de la atipicidad de la conducta.⁹ Quedan a salvo, como se verá *infra*, las consecuencias del consentimiento tratándose de menores de edad que no tienen dicha capacidad.

C. Subtipos agravados

En la segunda parte del párrafo primero de la fracción I, y en su segundo párrafo, se prevén sendas circunstancias agravantes específicas que operan, primero, en función de la duración de la privación ilegal de la libertad y, en segundo lugar, en atención a la ejecución del delito a través de medios violentos, o bien cuando éste se desarrolle en contra de personas que —ya sea por razón de la edad o del estado físico o mental de éstas— presentan una mayor vulnerabilidad.

En primer lugar —según indica la segunda parte del párrafo primero de la fracción I—, si la privación de la libertad presenta una duración mayor a veinticuatro horas, la pena de prisión se aumentará en un mes más por cada día, de forma tal que el marco penal abstracto de *seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa*, queda reservado para aquellos casos en los que la privación ilegal de la libertad, primero, no tenga una duración mayor a las veinticuatro horas, y segundo, no se realice a través de medios violentos o en contra de las personas en quienes aparezcan las cualidades especiales exigidas por el párrafo segundo de la fracción I.

El aumento de punibilidad en el primer caso, el que parte de la mayor duración del estado de privación de la libertad, se legitima por el mayor contenido de injusto que el hecho reporta,¹⁰ lo que supone

⁹ En este sentido, Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, p. 136; Pavón Vasconcelos, Francisco y Vargas López, Gilberto, *op. cit.*, pp. 91 y 92, quienes parecen decantarse por la apreciación del consentimiento del pasivo como causa de justificación. En nuestra opinión, el consentimiento del sujeto pasivo no supone brindar cobertura legal a la lesión de la libertad de movimiento desactivando el castigo, sino que, por el contrario, el consentimiento (en los casos en que sea eficaz) impide la lesión por tratarse de una clara disposición del bien jurídico.

¹⁰ En este sentido, Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José Luis, “Delitos contra la libertad (I): detenciones ilegales y secuestros”, en Varios Autores, *Derecho penal. Parte especial*, 3a. ed., Valencia, 2010, p. 176; Gómez Inieta, Diego, “Delitos contra la libertad”, en Arroyo Zapatero, Luis *et al.* (dirs.), *Comentarios al código penal*, Madrid, 2007, p. 400; Segrelles de Arenaza, Íñigo, “Delitos contra la

aumentar el riesgo de lesión (en términos de indemnidad personal) al que se expone a la víctima.

En cualquier caso, la respuesta penal prevista para estos supuestos sigue siendo benévola, en atención al ya señalado estado de peligro que se genera sobre la persona que ha sido sustraída de su espacio habitual de movimiento. En efecto, se considera un marco penal reducido en tratándose de un bien jurídico tan valioso como lo es esa precisa manifestación de la libertad y que, siendo una cualidad inherente a la naturaleza humana, permite el disfrute del resto de las prerrogativas de las personas.

Ello no significa que deban preferirse los marcos penales establecidos en la ley general antisequestro, todo lo contrario; debe realizarse una revisión legislativa integral que permita cumplir con las exigencias mínimas del principio de proporcionalidad de las penas.

Como ya se avanzó, el referido marco de punibilidad de *seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa* puede verse aumentado cuando la duración de la privación ilegal de la libertad sea mayor a veinticuatro horas, o cuando la conducta se realice de forma violenta o sobre personas menores *de dieciséis o mayores de sesenta años de edad, o cuando por cualquier circunstancia, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto de quien la ejecuta*.

En su primera modalidad, la de ejecución *violenta* del hecho, se produce un aumento en el marco legal de la pena de prisión hasta en una mitad, colocándolo de nueve meses a cuatro años, seis meses de prisión, mientras que la pena de multa queda intocada.

Para reconocer los casos para los que opera esta primera modalidad del tipo agravado, hace falta dejar muy claro a qué se refiere el legislador cuando utiliza la frase “se realice con violencia”.

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española (DLE)*, la palabra “violencia” tiene diversas acepciones. La más adecuada para despejar las incógnitas que plantea el tipo agravado es la de “acción y efecto de violentar o violentarse”. El verbo “violentar”, a su vez, significa (entre otras) “aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia”. Por su parte, el adjetivo calificativo “violento”

libertad (I). Detención ilegal y secuestro”, en Cobo del Rosal, Manuel (dir.), *Compendio de derecho penal español (parte especial)*, Madrid, 2000, p. 127; Quintanar Diez, Manuel, “Artículos 163 a 168”, en Cobo del Rosal, Manuel (dir.), *Comentarios al código penal*, Madrid, 1999, t. VI, p. 43.

—aplicable para definir lo que debe entenderse como una acción violenta— significa, conforme al *DLE*, “que obra con ímpetu y fuerza”.

Así tenemos que la primera hipótesis agravatoria del delito de privación ilegal de la libertad se configura ante la acción que se realiza con fuerza, o si se desea, que el sujeto activo la realice valiéndose de medios físicos para lograr la privación de la libertad.

En efecto, como señala González Rus: “Por fuerza se entiende la violencia material que para cometer un delito se hace a una persona”.¹¹

Es importante destacar que la aplicación de la fuerza puede traer consigo la aparición de lesiones de cierta entidad en el cuerpo de la víctima. La cuestión a resolver en este caso es si éstas pueden coexistir con el delito de privación ilegal de la libertad en régimen de concurso ideal o si, de otra forma, deben estar consumidas por éste en tanto configuran la base de la circunstancia agravante.

A nuestro parecer, las lesiones menores que aparecen como consecuencia de la aplicación de maniobras físicas para lograr la detención, deben considerarse implícitas en el tipo agravado de privación ilegal de la libertad, dejándose a salvo la posibilidad de concursar aquellas que no formen parte de la dinámica comisiva.¹²

Existe una segunda circunstancia agravatoria en el párrafo segundo, fracción I del artículo 364, CPF. Se trata de aquellos casos en los que la privación ilegal de la libertad se realiza en contra de: 1) personas menores de dieciséis años o mayores de sesenta, y 2) personas que por cualquier circunstancia, estén en inferioridad física o mental respecto del autor.

El fundamento de la agravación en estos casos radica en la realización del delito en contra de personas que forman parte de colectivos especialmente vulnerables, lo que hace aún más reproable la acción.

Esta especial vulnerabilidad viene dada —especialmente en los casos de personas menores de edad—, por el reconocimiento de su menor capacidad para comprender el significado del atentado y para decidir, en consecuencia, sobre la forma en que es posible intentar

¹¹ González Rus, Juan José, *La violación en el código penal español*, Granada, 1982, p. 353.

¹² Véase González Rus, Juan José, *La violación en el código penal*, cit., pp. 504 y ss.; Gómez Tomillo, Manuel, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Gómez Tomillo, Manuel (dir.), *Comentarios al código penal*, 2a. ed., Valladolid, 2011, p. 713.

su defensa frente a la agresión.¹³ La ejecución del delito contra este particular grupo de personas pone de relieve, asimismo, una mayor seguridad en la ejecución del delito,¹⁴ sin duda, en razón de que el autor encontrará en ellas una menor capacidad de resistencia.

Por lo demás, no se deja de advertir que en estos casos es aún más sensible la puesta en entredicho de la seguridad de la víctima.¹⁵

III. LOS DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO

La altísima frecuencia que se ha venido presentando en la comisión del delito de secuestro, lo ha convertido en uno de los problemas más graves por los que México atraviesa.¹⁶

Se trata de una conducta criminal de efectos devastadores no sólo frente a la persona que sufre de manera directa los efectos del delito —a quien se coloca, además, en una situación de vulnerabilidad absoluta—, sino que, asimismo, alcanzan a quienes conforman su primer grupo de convivencia con consecuencias igualmente graves.

Los efectos que produce este delito tanto en la persona del pasivo directo como en las personas relacionadas con éste, los propósitos con los que se ejecuta y su cada vez más cercana vinculación con las actividades de la criminalidad organizada,¹⁷ han llamado necesariamente la atención de distintos sectores sociales. De hecho, ha sido tan constante la atención que se ha puesto sobre la prevención y el combate al delito de secuestro que —a pesar de que en esta época no era tan alta

¹³ González Rus, Juan José, “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias”, en Morillas Cueva, Lorenzo (dir.) y Suárez López, José María (coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)*, Madrid, 2010, p. 131.

¹⁴ González Rus, Juan José, “El menor como responsable penal...”, *cit.*, p. 128; Díez Ripollés, José Luis, “Delitos contra la libertad...”, *cit.*, p. 753; Blanco Cordero, Isidoro, “Delitos contra la libertad (artículos 163 a 168)”, en Gómez Tomillo, Manuel (dir.), *Comentarios al código penal*, 2a. ed., Valladolid, 2011, p. 649.

¹⁵ Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 1986, pp. 128 y 129.

¹⁶ Sobre los antecedentes históricos del fenómeno véase, Góngora Pimentel, Genaro David, *Evolución del secuestro en México y las decisiones del Poder Judicial de la Federación en la materia*, Ciudad de México, 2005, pp. 1 y ss.

¹⁷ En la experiencia italiana véase, Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *op. cit.*, p. 155.

su frecuencia delictiva—¹⁸ fue necesaria su incorporación dentro del catálogo de delitos para los que resultan de aplicación las reglas especiales de investigación, persecución, procesamiento y sanción de la delincuencia organizada.¹⁹ A pesar de ello, no se ha logrado el impacto preventivo que se esperaba.

Pues bien, aun cuando el artículo 9o. de la LGPSDMS alberga distintas hipótesis comisivas que distinguen la base del propósito que persigue el autor, lo cierto es que el delito de secuestro se ha venido orientando hacia la obtención de importantes beneficios de carácter económico.²⁰ En efecto, en muy pocas ocasiones se han conocido casos en los que se prive ilegalmente de la libertad a una persona con un propósito diverso.²¹

Esta suerte de *especialización* en la comisión del delito de secuestro, aunada al aumento de su realización por parte de grupos de la delincuencia organizada, hizo necesaria una revisión del marco normativo nacional. Así, el 30 de noviembre de 2010 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un Decreto a través del cual se expidió la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro. Esta ley general tiene por objeto reglamentar, como más adelante se verá, una de las facultades que la CPEUM reserva para el ejercicio exclusivo del Congreso de la Unión. Concretamente, se trata de la contenida en el artículo 73, fracción XXI, inciso *a*, de la CPEUM.

Con esta nueva Ley se pretenden paliar las dificultades que presenta la investigación, el procesamiento y la sanción de conductas criminales relacionadas con el delito de secuestro; dificultades que son producto, primero, de la fenomenología propia del ilícito y de los delitos que comúnmente le acompañan y, en segundo lugar, del exponencial crecimiento de tales conductas en los últimos años.

¹⁸ La cifra entonces no era tan alta como lo es actualmente. Al respecto, véase Jiménez Ornelas, René A., “El secuestro: uno de los males sociales del mexicano”, en Jiménez Ornelas, René A. e Islas de González Mariscal, Olga, *El secuestro: problemas sociales y jurídicos*, Ciudad de México, UNAM, 2002, pp. 27, 28 y 36.

¹⁹ La ley de la materia fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de noviembre de 1996.

²⁰ Especialmente cuando se trata de delincuencia organizada. En este sentido, véase Félix Cárdenas, Rodolfo, *Nueva política criminal para el combate del delito de secuestro*, Ciudad de México, 2010, p. 58.

²¹ Históricamente ha sido ésta, la económica, la principal motivación para la realización del delito. Véase Carrión Tizcareño, Manuel, *El secuestro en México*, Ciudad de México, 2010, pp. 50 y ss.

Hasta antes de la publicación de la LGPSDMS, el delito de secuestro se encontraba previsto en el CPF y en los distintos códigos penales de todos los estados del país con una manufactura más o menos similar. En todos los casos se consideraba secuestro la privación ilegal de la libertad que se realizaba con un *propósito específico*, por ejemplo, con la finalidad de exigir rescate, con la intención de causar un daño, o bien para obligar a una autoridad o a un particular a la realización de un acto cualquiera.

Pero a pesar de la relativa uniformidad que existía en cuanto a la previsión normativa del delito de secuestro, ésta resultaba insuficiente para enfrentar sin cortapisas la feroz escalada del delito en los últimos años. Por ello, dentro del paquete de ajustes constitucionales y legislativos dados a conocer a través del Decreto de noviembre de 2010, la LGPSDMS cumplió con una función muy especial: unificar la previsión típica del delito por la vía de la reglamentación de una facultad exclusiva del Congreso de la Unión.

Así, en la LGPSDMS se amplió el catálogo de conductas vinculadas al delito de secuestro; se crearon nuevos subtipos especiales y se integraron otras tantas conductas relacionadas con las actividades que, de ordinario, contextualizan la realización de este delito.

Particularmente, el delito de secuestro quedó regulado en la citada ley general en su artículo 9o., fracción I (con cuatro incisos). En este nuevo marco normativo el delito de secuestro se sanciona con rangos penales altísimos, sobre todo, después de la reforma que sufriera la LGPSDMS el 3 de junio de 2014.²²

También se recogen, entre otras disposiciones (incluso algunas de carácter premial que permiten reafirmar su carácter de ley de *emergencia*),²³ nuevos delitos en materia de encubrimiento y otros re-

²² La reforma consistió, simplemente, en duplicar las penas que originalmente recogía la LGPSDMS. El resultado fue la previsión de rangos de pena privativa de la libertad que pueden alcanzar los 140 años de prisión (véase artículo 11 de la LGPSDMS).

²³ Como señalan Fiandaca y Musco, la creciente alarma social, provocada por la difusión de los secuestros como instrumento eficaz de ilícito enriquecimiento utilizado por la moderna criminalidad organizada, ha provocado reacciones legislativas típicamente *emergentes*, desde la perspectiva de una estrategia diferenciada: por un lado, haciendo más riguroso el tratamiento punitivo y, por otro lado, favoreciendo formas de arrepentimiento que hagan posible la liberación del detenido o a la eliminación de las ulteriores consecuencias del delito. Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

lacionados con las actividades de los servidores públicos en los ámbitos de procuración y administración de justicia.

Pero aun cuando aparecen en la LGPSDMS novedosas figuras de contenido penal —junto a otras de naturaleza más bien administrativa encaminadas a construir un frente nacional y uniforme para enfrentar el problema del secuestro— parece que uno de los problemas centrales o, si se desea, el que tiene que ver con la principal motivación para la ejecución del delito no se alcanza a resolver. Y no se resuelve, entre otras cosas, porque se ha vuelto a la utilización inopinada de un recurso demagógico (de ineficacia probada) que ha sido tan amplia como reiteradamente denunciado y que es el aumento indiscriminado de las penas.²⁴

Como adelantábamos, el impulso subjetivo propio del delito de secuestro coincide y se nutre, fundamentalmente, por el propósito de alcanzar un beneficio (mayor o menor) pero siempre de naturaleza económica. Sin embargo, la ley general en materia de secuestro no establece ninguna diferencia ni en lo que respecta a la estructura del tipo penal ni en cuanto al rango de pena aplicable, para aquellos casos en los que se obtiene *aquello* que es producto de la exigencia de rescate o de cualquier beneficio.²⁵

El delito de secuestro es perfecto tanto en los casos en los que el activo es detenido en el momento mismo de estarlo ejecutando —sin necesidad de que haya recibido *aquello* que ha exigido o que *pretendía* exigir posteriormente como rescate o beneficio—, como cuando el autor es detenido tiempo después de su realización y de la obtención (o no) de ese particular beneficio económico. Esto quiere decir que resulta indiferente a efectos de la incriminación de la conducta —y definitivamente a los efectos de considerar un mayor o menor rango de pena *in abstracto*—, el que se haya materializado o no el propósito que informa subjetivamente la privación de la libertad. De esta forma, la

²⁴ Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, pp. 53 y 60.

²⁵ Esto permite afirmar que la disposición no está configurada como un tipo penal que proteja especialmente el patrimonio. Véase Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *op. cit.*, pp. 155 y 156. Para estos autores, el secuestro mantenía, en su configuración anterior (Código Penal italiano), una connotación patrimonial comprobada por la previsión de una circunstancia agravante, aplicable para los casos en los que el agente consiguiera el pago de la suma solicitada a título de rescate. También, Dalia, Andrea A., *I sequestri di persona a scopo di estorsione, terrorismo od eversione*, Milán, 1980, colección La legislazione dell'emergenza, pp. 9, 32 y 33.

legislación actual en la materia permite —como hacía también el CPF con la regulación anterior— castigar con base en el mismo rango de pena a quien no sólo atenta contra la libertad de quien ha sido privado ilegalmente de ésta, sino, además, contra el patrimonio de la propia víctima directa o de un tercero. El problema radica en definir cuáles son los límites del tipo penal en términos de su contenido de tutela.

De acuerdo con la estructura típica actual del delito de secuestro, el beneficio económico que se obtiene por la vía del pago del rescate no es producto de ese delito. Es producto de otro que le sucede y que debe ser objeto de imputación por separado.

Efectivamente, si se analiza con cuidado la mencionada estructura típica, no existe razón jurídica sustentable para integrar en ella la afectación patrimonial que es consecuencia de la satisfacción de la exigencia.

La solución para el particular problema de imputación del resultado que comprende la afectación patrimonial, viene dada a través de las reglas del concurso real de delitos. De esta manera se logra, además, identificar el delito que realmente produce el beneficio económico.

La estructura típica que ofrece la ley general antisecuestro en lo que respecta a la forma más común de ejecución de este delito (hipótesis de obtener, para el propio sujeto activo o para un tercero, rescate o cualquier otro beneficio) coincide con la que presentan las infracciones penales que la doctrina reconoce como tipos o delitos de intención *mutuados de dos actos*.

En estos casos la conducta típica se consuma (al igual que en los delitos de resultado cortado), en el momento mismo en que el sujeto activo desarrolla la conducta prohibida para la cual se exige un especial ánimo, sólo que, a diferencia de lo que sucede con los de resultado cortado, en los delitos mutuados de dos actos el autor ejecuta el delito base como medio para la realización de un acto posterior que está a cargo del mismo sujeto. Esta categoría de delitos opera, por tanto, sin necesidad de que el acto posterior —eventual e innecesario a efectos de la consumación del delito base—, aparezca. De tal forma que si el resultado que subyace al propósito por el cual se ejecuta la privación ilegal de la libertad sí acontece, éste puede ser objeto de imputación por separado bajo las reglas del concurso de delitos.

En el caso particular, si el sujeto activo del delito de secuestro obtiene un beneficio económico que es producto de la exigencia de un res-

cate, sería posible imputarle la comisión del delito de secuestro y, por otro lado, el de extorsión bajo las reglas del concurso real de delitos.

La hipótesis concursal se visualiza claramente si se tiene en cuenta que la afectación patrimonial que sufre la víctima directa (o un tercero) por razón del pago del rescate, no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma principal que, en definitiva, estando estructurada con especial énfasis en el desvalor de acción, integra sólo la protección de la libertad personal ambulatoria efectivamente lesionada y, cuando mucho, la de un bien jurídico, en todo caso secundario (patrimonio), que vendría determinada según el supuesto normativo, pero siempre bajo la modalidad de peligro abstracto.

La *lesión* patrimonial que sufre quien proporciona los recursos para el pago del rescate —sea o no la víctima directa del secuestro— no parece estar considerada dentro del ámbito de protección del tipo penal del delito de secuestro. Si se ajusta normativamente este extremo podrían valorarse, asimismo, otras tantas cuestiones de especial importancia en el combate a este delito.

Pero no se trata de caminar por la brecha —siempre simplista— del aumento indiscriminado de las penas —en este caso a través de las reglas del concurso de delitos—, sino de ajustar los márgenes penales legales dispuestos para las diferentes modalidades del delito de secuestro, a la efectiva lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Así, sin necesidad de acudir a la casuística del delito, se puede optar por un diseño normativo sencillo que, por ello, se ajuste con facilidad a las actuales circunstancias de ejecución, métodos de operación de las organizaciones criminales y, muy especialmente, a las necesidades sociales de protección penal en esta particular y oscura realidad.

El delito de secuestro del artículo 9o., fracción I, LGPSDMS

El Decreto publicado el 30 de noviembre de 2010 en el *Diario Oficial de la Federación* derogó los artículos 366 y 366 bis del CPF, habilitando la entrada en vigor de los distintos tipos penales que la LGPSDMS prevé a partir del artículo 9o. y hasta su artículo 17.²⁶ En

²⁶ El artículo 18 no integra ninguna figura delictiva, a pesar de que en diversos ordenamientos se entienda así, por ejemplo, en la LFCDO (artículo 2o., fracción VII) y en el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 194, fracción XVIII). En

esta Ley se encuentran actualmente todas las figuras delictivas —así como sus particulares circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal— relacionadas con el delito de secuestro.

El texto del artículo 9o. de la LGPSDMS, que recoge las diferentes modalidades típicas del delito de secuestro, es el siguiente:

Artículo 9. Al que prive de la libertad a otro se le aplicarán:

I. De cuarenta a ochenta años de prisión y de mil a cuatro mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:

- a) Obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier beneficio;
- b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para obligar a sus familiares o a un particular a que realice o deje de realizar un acto cualquiera;
- c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a terceros; o
- d) Cometer secuestro exprés, desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por éste, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión, prive de la libertad a otro. Lo anterior, con independencia de las demás sanciones que conforme a esta Ley le correspondan por otros delitos que de su conducta resulten.

Este artículo conmina con la gravísima pena de prisión de entre cuarenta y ochenta años²⁷ y con otra no menos grave de mil a cuatro mil días de multa, a quien, en régimen de alternatividad, prive de la libertad a otro con el propósito de:

ese artículo se prevé un régimen de inhabilitación (a modo de pena accesorio) para aquellos casos en los que el sujeto activo de cualquiera de los delitos previstos en la LGPSDMS sea o haya sido servidor público de las instituciones policiales, de procuración de justicia, del sistema penitenciario o de las dependencias encargadas de la seguridad pública.

²⁷ Se trata de una pena completamente desproporcionada, para confirmar la afirmación valgan un par de ejemplos: 1) el rango de pena privativa de la libertad previsto por el artículo 9o., fracción I de la LGPSDMS para sus distintas modalidades, es mayor a la prevista por el artículo 148 bis del CPF para las diversas formas del delito de terrorismo internacional, y 2) la pena privativa de la libertad que dispone el artículo 9o., fracción I de la LGPSDMS, es mayor a la que prevé el artículo 149 bis del CPF para la primera hipótesis del delito de genocidio, esto es, para los casos en los que el propósito de destruir total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, se manifieste mediante atentados contra la vida de los miembros de tales grupos.

- a) Obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier otro beneficio.
- b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño para que sus familiares o un particular hagan o dejen de hacer un acto cualquiera.
- c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a un tercero.
- d) Privar de la libertad por el tiempo necesario para cometer los delitos de robo o extorsión (*secuestro exprés*).

Este artículo viene a sustituir al anterior artículo 366 del CPF, que en su fracción I contemplaba, básicamente, las mismas conductas que el actual artículo 9o. de la LGPSDMS, sólo que el rango de pena establecido en el artículo 366 era de quince a cuarenta años de prisión.

*La modalidad delictiva del artículo 9o., fracción I,
inciso a, de la LGPSDMS*

Por su frecuencia comisiva, en este apartado sólo será objeto de análisis la primera hipótesis del artículo 9o. de la LGPSDMS:

Artículo 9. Al que prive de la libertad a otro se le aplicarán:

I. De cuarenta a ochenta años de prisión y de mil a cuatro mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:

- a) Obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier beneficio.

El tipo penal que recoge el artículo 9o., fracción I, inciso *a* de la LGPSDMS, se configura como una hipótesis dependiente del tipo básico del delito de privación ilegal de la libertad,²⁸ al que se suma un elemento subjetivo del injusto. En consecuencia, el bien jurídico que aquí se protege, principalmente, es la libertad personal ambulatoria²⁹ y en segundo plano —sin que ello logre legitimar el elevadísimo margen de punibilidad dispuesto para este delito—, podría hablarse del patrimonio.

No obstante, la lesión del patrimonio sólo puede tener lugar si con posterioridad a la privación ilegal de la libertad se manifiesta la exi-

²⁸ Mantovani, Ferrando, *op. cit.*, p. 156.

²⁹ Díaz de León, Marco Antonio, *op. cit.*, p. 777.

gencia del rescate o del beneficio y, además, éste es logrado pero nunca antes.³⁰

En cuanto a los sujetos, el tipo penal prevé la realización de la conducta típica por cualquier persona, esto es, que presenta un sujeto activo genérico. Con respecto al sujeto pasivo —igualmente genérico—³¹ son aplicables al tipo las consideraciones ya realizadas a propósito del tipo básico de privación ilegal de la libertad.

a. Sobre el bien jurídico protegido

Aunque hemos dicho que el precepto se ocupa, principalmente, de proteger la libertad personal de movimiento, lo cierto es que la prolongación de la detención produce una situación de riesgo que compromete la seguridad o indemnidad de la víctima; se trata del derecho que tiene cualquier persona para permanecer libre de agresiones. En efecto, no se pierde de vista lo señalado anteriormente, en el sentido de que cualquier modalidad de privación ilegal de la libertad comporta, asimismo, la puesta en peligro del complejo de bienes jurídicos inherentes a la persona y que pueden ser agrupados dentro de un concepto general de seguridad.³²

³⁰ No podemos coincidir con un sector doctrinal que sugiere la protección de otros bienes jurídicos a través de las distintas hipótesis del delito de secuestro. Su manufactura, a modo de delito mutilado de dos actos, no permite considerar dentro de su ámbito de protección a otros bienes jurídicos distintos a la libertad de movimiento. Cuando nos hemos referido a la protección *secundaria* del patrimonio, nos limitamos a su puesta en peligro (abstracto), en razón de que, bajo la presente modalidad delictiva, la intención que impulsa la conducta del activo, y reiteramos, la intención, es la de afectar el patrimonio de la víctima directa o de un tercero, pero tal propósito no supone adicionar el contenido material del injusto más allá de la creación de un riesgo. Opina que el tipo penal protege diversos bienes jurídicos según se trate de una modalidad delictiva u otra, Márquez Piñero, Rafael, “Aspectos jurídicos internacionales del secuestro”, *Ars Iuris*, núm. 11, 1994, pp. 133 y ss. Góngora Pimentel, Genaro David, *op. cit.*, p. 70, para quien el delito comporta consecuencias patrimoniales para los familiares o amigos de la víctima. También Pavón Vasconcelos, Francisco y Vargas López, Gilberto, *op. cit.*, p. 169.

³¹ Pavón Vasconcelos, Francisco y Vargas López, Gilberto, *op. cit.*, p. 174.

³² Como señala Islas de González Mariscal, el propósito de obtener rescate a cambio de la liberación de la víctima pone en juego también: “La seguridad de la vida de la víctima del secuestro, su tranquilidad personal y la seguridad del patrimonio de la víctima o de sus familiares”. Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, p. 76.

La privación ilegal de la libertad separa a la víctima de su espacio habitual de vida y convivencia, colocándola en un ambiente más o menos propicio (en función de las condiciones de ejecución del hecho) para la lesión de otros bienes jurídicos, como decíamos, inherentes a su persona. Así puede hablarse de la vida, la integridad física, la libertad o indemnidad sexual, el patrimonio, entre otros.³³

Es importante subrayar que la seguridad de la víctima —entendida en los términos expuestos— aparece en un plano secundario con relación al bien jurídico principal (libertad de movimiento), excepto en los casos en los que el delito se realice en contra de personas que no cuentan con la capacidad natural mínima para desarrollar su libertad de locomoción (recién nacidos, incapacitados mentales permanentes); en estos casos la seguridad de la víctima reviste una especial importancia de cara a la fundamentación del injusto.

El secuestro se configura, por tanto, como una privación ilegal de la libertad que aparece en aquellos casos en los que el autor actúa con un especial propósito. En este caso el propósito aparece bien orientado a la obtención de un beneficio,³⁴ que las más de las veces implica la satisfacción de una condición de contenido patrimonial.

La aparición de ese especial propósito representa un elemento subjetivo del injusto, desde el cual puede advertirse la especial importancia que para esta hipótesis reviste el patrimonio de la víctima, o bien del tercero que puede ser el destinatario de la petición del rescate o del beneficio; sin embargo, la puesta en escena de dicho bien jurídico de forma alguna puede entenderse en el sentido de que esta particular representación del delito de secuestro tenga una función protectora preferentemente patrimonial, sino sólo que su recogida en la forma de un elemento subjetivo del injusto matiza la privación ilegal de la libertad,

³³ Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel, “Los delitos contra la libertad”, en Rodríguez Ramos, Luis, Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel *et al.*, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1998, t. I, p. 128.

³⁴ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *op. cit.*, p. 1062; Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, p. 139, quien considera que la agravación de la detención ilegal obedece a que las distintas circunstancias que rodean al secuestro comportan una especial intensidad antijurídica. En nuestro criterio no existe un especial aumento en el contenido material del injusto, sino sólo la previsión de un elemento subjetivo del injusto que cumple una función limitadora respecto del objetivo perseguido con la detención ilegal.

otorgándose una protección más bien secundaria al patrimonio bajo la modalidad de peligro.³⁵

Y decimos que la protección es secundaria, especialmente, en razón de que el eventual receptor de la exigencia del rescate o del beneficio de cualquier especie no está delimitado por el tipo penal. Por esa razón, la situación de peligro que genera la aparición del elemento subjetivo del injusto es aún más difusa.

b. La naturaleza técnica del precepto

La modalidad típica que ahora se comenta describe los elementos de un delito contra la libertad de movimiento que aparece ferozmente castigado por razón de que el sujeto activo actúa con un especial propósito;³⁶ en este caso, el de obtener rescate o cualquier beneficio.³⁷ Esta finalidad, no obstante, dado el diseño del precepto trae consigo la idea de un hecho posterior y eventual cuya aparición resulta absolutamente innecesaria para la consumación del secuestro que se ocupa, fundamentalmente, de la libertad de movimiento.³⁸

Se trata de un delito de intención, *mutilado de dos actos*, en razón de que el sujeto activo actúa objetivamente contra la libertad de movimiento con un propósito específico que, eventualmente, puede concretarse en la lesión de otro interés jurídico a través de un acto posterior;³⁹ mediante la exigencia (hipótesis de lesión sobre la libertad de decisión) y, en su momento, de la entrega del rescate o del beneficio cualquiera (hipótesis de lesión, en los casos más frecuentes, del patrimonio de las personas).

Para aclarar por qué afirmamos que se trata de un tipo penal de los denominados *mutilados de dos actos*, debemos tener en cuenta que el delito de secuestro requiere para efectos de su incriminación de dos

³⁵ Mantovani, Ferrando, *op. cit.*, p. 156.

³⁶ *Ibidem*, pp. 156 y 157.

³⁷ Carmona, Angelo, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996, pp. 105-107 y 172.

³⁸ Como señalan Fiandaca y Musco, la configuración actual del tipo penal en el Código Penal italiano es sintomática de una inversión de tendencia sobre el plano político-criminal, en el sentido de que la originaria connotación patrimonial del secuestro extorsivo parece ceder frente a una mayor proyección de la tutela jurídica sobre el bien de la libertad personal. Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *op.cit.*, pp. 156 y 157.

³⁹ Padovani, Tullio, *Diritto penale*, 7a. ed., Milán, 2004, p. 102.

exigencias fundamentales; primero, la de privar dolosamente de la libertad a una persona y en segundo lugar, realizar tal privación de la libertad con un particular propósito (elemento subjetivo del injusto). En realidad, el delito de secuestro se separa de otras hipótesis típicas con las que pudiera coincidir en el plano objetivo, únicamente por la intención del autor,⁴⁰ la cual representa, por otro lado, un momento *ineliminable* en el examen de la tipicidad de la conducta.⁴¹

Así, la primera exigencia típica, la de privar de la libertad a otro, se acompaña por una particular *tendencia subjetiva* del autor, cual es el propósito de obtener, para sí o para otro, rescate o cualquier otro beneficio;⁴² sin embargo, no es necesario para efectos de su consumación ni siquiera la petición del rescate.⁴³ Tampoco lo será, lógicamente, su obtención.⁴⁴

Se trata, por tanto, de un delito de intención —como decíamos— *mutilado de dos actos*, en el que la acción dolosa es realizada por el autor como medio ejecutivo para alcanzar un fin subjetivo, el cual está representado por una ulterior actuación del propio autor.⁴⁵ De esta forma, el delito *mutilado de dos actos* se consuma con la práctica dolosa de la conducta primaria, siempre y cuando ésta se realice con la finalidad subjetiva exigida por la ley (*propósito*).⁴⁶

⁴⁰ Antolisei, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, 11a. ed., Milán, 1994, t. I, p. 368.

⁴¹ Dalia, Andrea A., *op. cit.*, pp. 46-49.

⁴² *Ibidem*, pp. 40 y 41.

⁴³ Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

⁴⁴ Márquez Piñero, Rafael, “Aspectos jurídicos internacionales del secuestro...”, *cit.*, p. 126.

⁴⁵ Polaino Navarrete, Miguel, “Dolo y elemento subjetivo del injusto en los delitos de manifestación a la luz del Código penal de 1995”, en Varios Autores, *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López*, Granada, 1999, p. 892.

⁴⁶ Polaino Navarrete, Miguel, *op. cit.*, p. 893. Véase, la posición de Díez Ripollés, en Díez Ripollés, José Luis y Gracia Martín, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, *cit.*, p. 347. Este autor le asigna la categoría de delito mutilado de dos actos al supuesto contenido en el primer párrafo del entonces artículo 481 bis del Código Penal español (texto anterior): artículo 481 bis. “El que construyere o acondicionare lugares con el propósito de cometer el delito a que se refiere el artículo 480 será castigado con la pena de prisión menor”. Esa naturaleza típica, dice Díez Ripollés, obedece a que en este se contiene un elemento subjetivo de lo injusto: “Consistente en el propósito de ejecutar ulteriormente el delito de detención, sin que la consumación exija la realización del segundo acto típico”. En

En los tipos penales *mutilados de dos actos*, la efectiva realización de la conducta posterior, que inspira subjetivamente la ejecución de la conducta primaria, es irrelevante para la concreción del tipo,⁴⁷ de suerte tal que si esta conducta posterior se realiza, dará lugar al correspondiente concurso de delitos.⁴⁸

En este caso, si el delito de secuestro comporta —como aquí se propone— un tipo penal *mutilado de dos actos*, la conducta que sucede a la privación de la libertad es susceptible de recepción típica independiente, lo que permitiría considerar un concurso real —en el caso más frecuente de exigencia de rescate o beneficio también de naturaleza patrimonial— con el delito de extorsión o, en su caso, con su tentativa.

Como vemos, en esta clase de delitos de intención la realización de la conducta base o primaria ha de ser, necesariamente, dolosa, ya que el elemento subjetivo específico que define e identifica al tipo, lo presupone; esto es, que no sería posible realizar una conducta con una específica intención futura, si no se tiene “conciencia y voluntad de la acción básica que se ejecuta”.⁴⁹

Ahora bien, la doctrina ubica otra categoría dentro del conjunto de los llamados *delitos de intención* con la que no debe confundirse al *mutilado de dos actos*. Se trata de los tipos penales de *resultado cortado*. A diferencia de éstos, los delitos *mutilados de dos actos* se inspiran en la realización de un acto posterior del propio sujeto (el cual integraría o materializaría la intención pretendida), mientras que en los delitos de *resultado cortado* el fin al que se aspira no requiere de un acto posterior del autor, sino que constituye sólo una meta u objetivo que el propio autor pretende mediante la realización de la conducta teñida por dicha finalidad.⁵⁰ Dicho de otra forma, en los delitos de *resultado cortado* la materialización del acto posterior no depende de una conducta también posterior del autor; éste realiza la conducta primaria con una especial intención que puede producir por sí sola (o no), una afectación a otro bien jurídico o, simplemente, coincidir con el agotamiento del delito.

el mismo sentido, Maqueda Abréu, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Granada, 1988, p. 65.

⁴⁷ Polaino Navarrete, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español*, Sevilla, 1972, pp. 252 y 253.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 252.

⁴⁹ Polaino Navarrete, Miguel, “Dolo y elemento subjetivo...”, *cit.*, p. 893.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 893 y 894.

En esta concreta manifestación del delito de secuestro se identifica la estrategia legislativa propia de los delitos mutilados de dos actos, que marca un adelantamiento de las barreras estatales de protección penal hasta un momento en el que la posible lesión del patrimonio está presente sólo en la *psique* del autor.

Por esa razón, su altísimo rango de punibilidad acarrea consecuencias poco deseables desde la perspectiva de algunos principios informadores del *ius puniendi*, por ejemplo, el de lesividad⁵¹ y, con éste, el de proporcionalidad de las penas.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS PENAS

La pena con la que se conmina la realización de este tipo especial de privación ilegal de la libertad es de cuarenta a ochenta años de prisión y de mil a cuatro mil días de multa. La prevista para el tipo básico de privación ilegal de la libertad es de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa.

La diferencia entre uno y otro caso se traduce —frente a las penas previstas para el delito de secuestro—, en un aumento de 39 años, seis meses de prisión en su rango mínimo y de 76 años en su rango máximo. La legitimación de tan desmesurada diferencia se pretende ubicar —así parece ser conforme al diseño típico—, en la presencia de una especial finalidad o propósito del autor tendente a la obtención de un rescate o cualquier otro beneficio.

Así, el legislador ha optado por aumentar los marcos legales de pena en función de la puesta en peligro de un particular bien jurídico: el patrimonio.

Pero es muy difícil explicar por qué la protección del patrimonio —sobre todo si se trata solamente de su puesta en peligro abstracto—, hace necesaria una indiscriminada elevación del arco de pena que la coloca muy por encima de la dispuesta para el delito de homicidio. O que rebasa, como ya se anotó, la prevista para el delito de genocidio.

⁵¹ Ochoa Romero, Roberto Andrés, “La incriminación de los actos preparatorios y de la tentativa inidónea en el Código Penal para el Estado de Hidalgo (CPH)”, *Revista de Investigaciones Jurídicas (Escuela Libre de Derecho)*, México, año 35, núm. 35, 2011, pp. 524 y ss.

La razón de fondo no parece ser otra, sino la del efecto puramente preventivo general intimidatorio, que obedece a la descomunal escalada del delito en los últimos años. Sin embargo, dicho recurso —y sobre ello ya nos hemos pronunciado en otro lugar— ha sido ampliamente denostado por ser una solución completamente demagógica, pero especialmente por su ineficacia, que es evidente cuando la medida no aparece acompañada de otros mecanismos que puedan dotar de verdadera seriedad a la amenaza de pena; particularmente en el caso del secuestro, mas no exclusivamente se necesita reducir los índices de impunidad.

Ahora bien, si se aprecia el concurso real de delitos al que nos hemos referido (generalmente con el delito de extorsión), no hacen falta rangos de pena tan elevados. No hay que olvidar, asimismo, que en aquellos casos en los que el delito sea cometido por los miembros de la criminalidad organizada, debe considerarse, además, la pena prevista por la LFCDO para el delito de delincuencia organizada.

Por ello, consideramos innecesariamente elevados los rangos de punibilidad dispuestos por el artículo 9o., de la ley general.⁵² Si lo que se propone el legislador es recluir por largos periodos a los sentenciados —con las consecuencias que esto produciría en el plano de la reinserción social—, el mismo resultado se obtiene si se tiene en cuenta la imputación del acto posterior a la detención ilegal bajo las reglas concursales propuestas; para ello, no hay necesidad de prever rangos penales tan altos.

Pero si el objetivo consiste en obtener impresionantes rebajas en la frecuencia delictiva mediante una amenaza de pena de prisión gravísima —para lo cual es necesario más que un mecanismo represor un mejor sistema de prevención del delito—, seguramente va por mal camino.⁵³ Ya hemos subrayado el fracaso del recurso a la prevención general negativa. La misma ruta se tomó en su momento con la creación de la LFCDO, en la que aparecen rangos penales altísimos a los que igualmente deben sumarse los que correspondan por la comisión de los delitos que son materia de la correspondiente organización criminal.

⁵² Félix Cárdenas, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 72, 73, 97 y 98.

⁵³ Para Jiménez Huerta, los altos márgenes de pena dispuestos para el delito de secuestro comportan un claro riesgo para la vida de la víctima, pues al ser ésta un testigo de cargo seguro: “La amenaza de una pena altísima obliga a hacerla enmudecer”. Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, p. 148.

Evaluada la cuestión desde las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad en sentido estricto, la opción seguida hacia la exacerbación penal tampoco resulta coherente. En definitiva, acudir a la previsión de rangos penales tan elevados poco abona el terreno de la prevención, pero sí afirma una penosa incapacidad del sistema para abordar —desde mecanismos preventivos eficaces— la realidad criminal.

MESA VII

El proceso penal. Tres cuartos de siglo

*Jesús Zamora Pierce**

I. INTRODUCCIÓN

ESTA JORNADAS conmemoran los 75 años de la AMCP y del Instituto de Investigaciones Jurídicas, por lo que es lógico entender lo que los organizadores de las Jornadas han delegado a los diversos ponentes, que analicen lo que ha ocurrido en estos 75 años.

Mis queridos amigos, don Sergio García Ramírez y doña Olga Islas, coordinadores de estas jornadas, me encomendaron el estudio de lo que ha ocurrido durante estos 75 años en el derecho procesal penal, encomienda muy honrosa e interesante, pero parafraseando a Quevedo, es una labor imposible y que además no se puede; imagínense ustedes, resumir y analizar 75 años de evolución del derecho procesal penal en veinte minutos.

Cuando estaba preparando las palabras que ahora voy a decirles a ustedes, imaginaba que la encomienda era llevarlos a recorrer la cordillera del Himalaya en veinte minutos y me preguntaba, ¿cómo puede hacer uno eso? Quizá hay que tomar un avión y elevarse por encima de la cordillera y lo único que se podría hacer sería decir: miren señores, a la izquierda y hacia atrás, ahí está el Annapurna y a la izquierda un poco hacia abajo está el Nanga Parbat y en medio, ese que parece casi un triángulo, ese es el punto más alto del mundo, es el Everest y es todo señores, es todo lo que se puede hacer. Pues algo por el estilo tendré que hacer.

Referiré tan sólo las altas cumbres, voy a hacer afirmaciones que me tendrán que recibir a crédito, porque no podré fundamentarlas y mencionar temas sin desarrollarlos.

* Doctor en derecho; miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; abogado postulante con experiencia de más de cincuenta años.

II. SIGLO XX

El 21 de diciembre de 1940, cuando nace la Academia Mexicana de Ciencias Penales, ya se encontraban en vigor los que podemos considerar como los textos fundamentales que establecen la estructura del derecho procesal penal en México: la Constitución de 1917, que contiene numerosos artículos referentes al proceso penal; luego el Código Procesal Penal del Distrito Federal de 1931 y el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934. El Código Federal se inspiraba mucho en el código del Distrito y esos dos códigos después fueron modélicos para los códigos de cada uno de los estados de las entidades federativas de la República. Lo cual nos permite afirmar que el derecho procesal penal estaba unificado, a pesar de que había un código en cada estado, pero realmente obedecía a pautas, reglas que lo hacían un solo derecho procesal penal.

Sobre esos textos legales, en el siglo XX, la doctrina meditó, escribió tratados, libros, artículos y la jurisprudencia resolvió los problemas que ante ella se presentaban; en consecuencia, hacia finales del siglo XX teníamos un derecho acabado, un derecho terminado y con estas palabras quiero decir que si alguien le preguntara a un experto en derecho procesal penal, respecto a un determinado problema, ese experto le podía contestar con certeza y decirle: el derecho procesal penal mexicano resuelve este problema en la siguiente forma —teníamos un derecho cierto—.

III. SIGLO XXI

A principios del siglo XXI, de nuestro siglo, viene un gran cambio en el derecho procesal penal, el cual se anuncia, porque aquellas personas que querían impulsar el cambio inician un proceso de mercadotecnia, para vender el cambio y no solamente para vendérselo a los expertos, sino incluso para vendérselo al público en general.

En ese esfuerzo de mercadotecnia que comprende conferencias, artículos en revistas, numerosos comentarios en la prensa e incluso, cosa verdaderamente extraordinaria, cuando estamos hablando de un cambio jurídico. Además una película: *Presunto culpable*, financiada por USAID, es decir, financiada por los Estados Unidos. Ese esfuerzo

de mercadotecnia tiende a decirnos que el viejo proceso penal mexicano no sirve, que está lleno de defectos y es un proceso inquisitorio. Pero el nuevo proceso que se anuncia es un proceso lleno de ventajas y de cualidades, un proceso acusatorio.

Cuando estudiamos el nuevo proceso nos damos cuenta de que eso no es precisamente así, yo diría que el viejo proceso penal era un proceso acusatorio con aspectos mixtos y que el nuevo proceso es inquisitorio.

Hay quien afirma que ya no importa conocer el mejor proceso, que ya es historia. Me permito disentir; un pueblo necesita conocer su historia, los juristas necesitan saber de dónde venimos, de otra manera no sabemos a dónde vamos. El pasado en resumen nunca es pasado, sólo es un aspecto del presente.

IV. NUEVO PROCESO

En cuanto al nuevo proceso, debemos traer a la escena por lo menos tres textos jurídicos fundamentales: primero, la reforma constitucional de 2008 que dio nacimiento al llamado juicio oral, segundo, la reforma constitucional de 2011 que se ocupa de los derechos humanos y tercero, el Código Nacional de Procedimientos Penales. Cuando estudio estos tres textos, los primero que me sorprende es que atienden a tendencias radicalmente opuestas, yo diría tendencias contrarias, es más, tendencias contradictorias. Algunos de esos textos se inclinan por un garantismo acentuado, otros por un autoritarismo sin límites. Hablemos de garantismo.

El garantismo en México tiene una vieja historia y por no irme a los remotos orígenes hablaré de la Constitución de 1917, que es muy generosa con el procesado penal, a quien le otorga una larga lista de derechos que antes llamábamos garantías. Hace unos veinte años y por gestiones del doctor García Ramírez, fui invitado por el gobierno de Cuba a dar una serie de conferencias sobre los derechos del procesado penal en México.

Nuestra Constitución de 1917 contenía treinta derechos para el procesado penal, número que adquiere relevancia si nos damos cuenta que los grandes tratados de derechos humanos que México suscribió por los años ochenta como el Pacto de San José y la Convención Ame-

ricana de los Derechos Humanos tienen escasos ocho derechos consagrados, por lo que México en 1917 estaba mucho muy delante de eso.

En mi estancia en Cuba dentro de los cinco días en que impartí conferencias, analizaba cada día tres a cinco derechos, así empecé el lunes y el martes, pero ya para el jueves uno de los miembros cubanos del auditorio me dijo: “ustedes en México en la Constitución tienen un Código de Procedimientos Penales” y tenía razón, todo lo fundamental del proceso penal está en la Constitución.

Llega la reforma de 2011, e incluso desde la reforma de 2008, se acentúa el garantismo y se lleva al texto constitucional, por ejemplo: la presunción de inocencia, la carga de la prueba sobre el Ministerio Público, el principio *indubio pro reo*, por lo que considero estaba en nuestro derecho, sin embargo, a través de la interpretación, bajo ciertas normas, ahora está expresamente en nuestro derecho, en nuestra Constitución.

Con la reforma de 2011 y sobre todo con la reforma del artículo 1o. de la Constitución, nos trae novedades muy valiosas. Para empezar subraya la importancia de los tratados e insiste en que los derechos que goza un procesado penal no son únicamente los que contempla la Constitución, sino también de los que enumeran los tratados de los que México es parte.

Luego, establece el principio de control difuso de la constitucionalidad, todos los jueces de la república deben atender a las normas constitucionales y convencionales que establecen derechos. Todos los jueces deben abstenerse de aplicar normas jurídicas que contradigan aquellas de la Constitución y de los tratados. Pero hay más, el principio *pro personae*; si hay varias normas jurídicas que establecen un derecho, debemos aplicar la que disponga el derecho de manera más generosa, más amplia, más firme.

Y, por último, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos es jurisprudencia para el derecho mexicano. No encuentro una manera de que tuviéramos un sistema de derechos humanos más generoso, más amplio, más poderoso, más firme; me declaro incapaz, porque tenemos lo mejor.

Por desgracia, junto a esa tendencia garantista, hay también una tendencia autoritaria. Por ejemplo, en el Código Nacional de Procedimientos Penales se establece como procedimiento preferente el llamado “procedimiento abreviado”; en aquellos estados de la República en donde el procedimiento ya está en vigor, podemos constatar que un

porcentaje muy alto de los casos a través del procedimiento abreviado. No obstante, de acuerdo con la normativa del Código Nacional, el procedimiento abreviado únicamente puede iniciarse a petición del Ministerio Público, no del procesado, violando el “principio de igualdad de las partes”.

El juez que va a juzgar el procedimiento abreviado es el juez de control, violando aquella norma constitucional que establece lo siguiente: *no puede conocer del juicio, un juez que haya conocido previamente del procedimiento*.

En el procedimiento abreviado se le otorgan beneficios al procesado, ¿quién los otorga? El Ministerio Público, violando el principio de que la individualización de la pena pertenece al juez; nulificando y reduciendo la función del juez e incrementando la del Ministerio Público. Esto es lo que podemos afirmar con certeza, mas si antes dije que el procedimiento del siglo XX era un procedimiento acabado, terminado, completo, éste no lo es. Hay puntos fundamentales sobre los cuales el día de hoy se debate y no se llega a acuerdos. Hay un ministro de la Suprema Corte que en uno de sus votos ha expresado que en el procedimiento abreviado no hay garantías, no se aplica la presunción de inocencia, el Ministerio Público no tiene la carga de la prueba, no es necesario probar, es decir, todo aquel sistema garantista que hace unos momentos describí, según aquel ministro de la Corte y según muchos que piensan como él; se deroga, se cancela y no se aplica en la totalidad de los procedimientos penales.

La última idea que expresaré es que este procedimiento no está acabado, no está terminado, puntos fundamentales que están a discusión, y en la construcción de un sistema jurídico interviene el legislador (que ya lo hizo), pero no solamente él, también los abogados postulantes, identificando puntos de inconstitucionalidad y llevándolos ante los tribunales y obviamente también intervienen los jueces y sobre todo ahora con el “principio de control difuso de la constitucionalidad”, esa labor está por hacerse en la medida que algunos de ustedes son jueces, en la medida de que algunos de nosotros somos abogados postulantes.

De igual forma, tenemos una contribución que hacer a la construcción del nuevo proceso. Debemos estar conscientes de esa responsabilidad y debemos actuar, en la medida en que nos corresponde, en la construcción del nuevo sistema procesal penal que regirá en México durante este siglo.

El sistema penal oral acusatorio: retos y desafíos

*Fernando García Cordero**

PARA ILUSTRAR el amplio recorrido histórico del *corpus* jurídico y legal que viene de los códigos de 1931 y 1934 y llega hasta el 2016, año en que entrará en vigor el Código Nacional de Procedimientos Penales, trazaré un panorama de los problemas, obstáculos y desafíos que rodean al nuevo ordenamiento, tal y como queda dibujado por los estudios de los investigadores, los escándalos de la corrupción, los reportajes de los periodistas y, sobre todo, las crónicas de los fallecimientos, las desapariciones forzadas, los atentados y, brevemente dicho, la pérdida de la seguridad pública y el desprestigio de la justicia penal. Todo ello confirma la parte crítica a la que hemos llegado en las primeras secciones.

No es posible, dado que éste no es un trabajo multidisciplinario, entrar en los complejos pormenores de todos estos retos y problemas. Sin embargo, podemos ir de menos a más en algunos casos; y de más a menos, en otros. También aquí, me limito a ocho aproximaciones.

I. ¿UN PROCESO PENAL ORAL ACUSATORIO?

En primer lugar, el nuevo proceso penal no es completamente oral acusatorio, sino —más bien— mixto; en este sentido, reincide en la práctica burocrática de contemplar diligencias y constancias orales y escritas. Veamos algunos ejemplos.

El artículo 40, que se refiere a la oralidad de las actuaciones, sostiene: “La recusación debe interponerse ante el propio Juez o Magistrado recusado, por escrito y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a que se tuvo conocimiento del impedimento...”.

* Profesor por oposición de la materia Derecho procesal penal, Facultad de Derecho, UNAM; miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

En la percepción popular y no pocas veces en las apreciaciones de los estudiosos, hay un abuso en la caracterización del nuevo sistema como sistema oral. Se trata de un fenómeno que, por un lado, introduce confusión y vaguedad y, por el otro, ausencia de claridad en la doctrina. Por eso algunos comentarios sobre esta cuestión no sólo son repetitivos, sino un tanto grotescos, ya que remiten a una experiencia fallida de cambio: el paso del sistema impropriamente llamado inquisitivo al sistema oral, experiencia de cambio que, hasta ahora, no ha dado buenos frutos en América Latina.

El siguiente ejemplo procede del artículo 67, de las “Resoluciones judiciales”:

La autoridad judicial pronunciará sus resoluciones en forma de sentencias y autos. Dictará sentencia para decidir en definitiva y poner término al procedimiento y, autos en todos los demás casos. Las resoluciones judiciales deberán mencionar a la autoridad que resuelve, el lugar y fecha en que se dictaron y demás requisitos que este Código prevea para cada caso.

Así, “Los autos y resoluciones del Órgano jurisdiccional serán emitidos oralmente y surtirán sus efectos a más tardar al día siguiente. Deberán constar por escrito, después de su emisión oral...”.

Más adelante, el carácter escrito de las resoluciones se vuelve a subrayar en el párrafo cuarto que a la letra dice:

Las resoluciones de los tribunales colegiados se tomarán por mayoría de votos. En el caso de que un Juez o Magistrado no esté de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría, deberá emitir su voto particular y podrá hacerlo en la propia audiencia, expresando sucintamente su opinión y deberá formular dentro de los tres días siguientes la versión escrita de su voto para ser integrado al fallo mayoritario.

En los párrafos anteriores cité dos artículos como ejemplos, pero hay más: 40, 41, 50, 70, 71, 82, 83, 92, 131, fracción II, 143, 145, 159, 223, 256, 267, 283, 288, 289, 334, 337, 338, 340, 354, 397, 404, 441, 471, 478, entre otros.

II. EL EQUILIBRIO DE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

En segundo lugar conviene destacar que el triángulo procesal: juez, Ministerio Público y defensa, no está ni equilibrado ni delimitado al

subsistir viejas fallas en la averiguación previa, ahora nombrada “investigación inicial”. Se trata de una fase procedimental que, con o sin detenido, es desahogada bajo la autoridad del Ministerio Público que por la inercia y por el peso de nuestros vicios puede actuar de modo sesgado y discrecional, contando, además, con la participación de las corporaciones policiales y de las fuerzas armadas, según la práctica anticonstitucional establecida en la administración de Calderón.

De persistir esta práctica —discrecionalidad del Ministerio Público en la “investigación inicial”— el nuevo sistema penal puede poner en un primer plano y privilegiar peligrosamente el modelo de *justicia restaurativa o justicia reparadora*, paradigma en países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra y otros, con altos índices de ingreso per cápita, y propiciar un tipo de justicia que se reduce a la reparación del agravio. Modelo que es inviable en México, país que como el resto de América Latina conserva un inmenso rezago económico, social y cultural, y arrastra bruscos contrastes y una gran desigualdad en la distribución del ingreso nacional. El nuevo Código puede debilitar la *justicia convencional o justicia retributiva*, ese paradigma que, al mismo tiempo que permite la reparación del daño, sanciona al delincuente y se eleva como ejemplo para la población al castigar las conductas antisociales.

Es penoso que el nuevo Código pueda nacer con vicios de origen y —antes de entrar en vigor— exija reformas. El sentido de tales enmiendas puede ser muy simple: el ordenamiento debe precisar que cuando se abre la “investigación inicial” con detenido, el juez de control debe entrar en funciones de inmediato, bajo un protocolo estricto, sin excepciones para esta disposición. Dicho en otras palabras, cuando un imputado es privado de su libertad, en ese momento, sin dilaciones ni pretextos, debe ser puesto a disposición del juez de control. En este sentido, el nuevo ordenamiento es contradictorio ya que en los casos de flagrancia y caso urgente, según consta en los artículos 149 y 150, el Ministerio Público puede practicar diversas diligencias en la investigación inicial sin poner al detenido o los detenidos a disposición del juez de control.

Incluso esa precoz e inviable reforma podría ser innecesaria si el legislador o, mejor aún, la comisión encargada de redactar el anteproyecto del Código Nacional de Procedimientos Penales hubiera prestado atención a las conclusiones de la Conferencia Internacional sobre Seguridad y Justicia en Democracia, hacia una política de Estado en

los albores del tercer milenio, convocada por la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrada en la Ciudad de México en junio de 2011. Los juristas y expertos que participaron en el evento propusieron de un modo claro y definitivo la urgencia de otorgar autonomía e independencia a la institución del Ministerio Público. Cualquier lector puede consultar las conclusiones de la Conferencia en la página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

III. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA A LA LUZ DE UNA PRÁCTICA IMPRESENTABLE

En tercer lugar, el imprescindible principio de presunción de inocencia *pro homine*, puede ser vulnerado en la “investigación inicial”, fase que registra resabios inquisitivos en la discutible medida cautelar del arraigo, subrepticamente contemplada en México fuera del Código Procesal Penal, en otro ordenamiento.

El arraigo a pesar de su carácter de excepción a la garantía de libertad personal es una cuestión que hoy, a nivel internacional, está en debate. Se trata de una delicada anomalía —digámoslo de alguna manera—, una discordancia que contradice la Declaración Universal de los Derechos Humanos, instrumento jurídico que tiene fuerza vinculante por los tratados internacionales. También podríamos invocar el Pacto de San José. En su momento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (19 de septiembre de 2015) advirtió sobre los excesos a que podría llegarse con la medida cautelar del arraigo, pero el Congreso de la Unión, bajo presión y sin respetar la técnica legislativa, se empeñó sin soporte de doctrina y respeto a los estándares internacionales, en llevar la figura del arraigo hasta el texto constitucional. El arraigo viola derechos fundamentales de la persona: la dignidad, su libertad, su intimidad, su privacidad y, desde luego, la garantía de una defensa adecuada. Y si lo anterior fuera poco, desvirtúa la justicia pronta y expedita, y altera los plazos constitucionales de 48 y 72 horas.

Hoy en la práctica gracias a una ley paralela, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se realizan detenciones tanto por las policías como por las fuerzas armadas, sin flagrancia, sin que exista un supuesto caso urgente y lo que es peor, ayudados por un nuevo vicio procesal: la rápida admisión y desahogo de las medidas de arraigo,

cateo, autorización para intervención de las comunicaciones privadas y otros actos de investigación, por los jueces de control o de garantías que mecánicamente apoyados por información unilateral, en muchos casos, insuficiente y bajo presión, conceden las medidas por fax, por la vía de un correo electrónico o como absurdamente ordena el artículo 16 constitucional, en su párrafo décimo cuarto, “en forma inmediata y por cualquier medio,” fórmula vaga e imprecisa, sobre todo, porque la ley adjetiva conmina a los jueces de control “a resolver inmediatamente las medidas cautelares [artículo 155], providencias precautorias [artículo 138] y técnicas de investigación de la autoridad [artículo 227]”. Así, la imparcialidad judicial se da —en el mejor de los casos— a partir de la “etapa intermedia”. Hoy como ayer, la “investigación inicial”, caricatura de la averiguación previa, se conserva como un nicho de desequilibrios, injusticias, corrupción, cohecho y envilecimiento y que como veremos renglones abajo, se extiende a la fase de investigación complementaria.

IV. EL NUEVO ORDENAMIENTO ADJETIVO: DÉBIL ESTRUCTURA, TERMINOLOGÍA ARBITRARIA Y EXTRAVAGANTE

En cuarto lugar, artificialmente, de forma arbitraria y amanerada, el ordenamiento cambia la terminología del procedimiento penal. Veamos, en vez de averiguación previa, la etapa ahora se llama “investigación inicial”. En vez de expediente o acta, ahora se le denomina carpeta de investigación. En vez de resolución ministerial de reserva, hoy se usa la expresión, “archivo temporal”. En vez de auto de radicación es “audiencia inicial”. En vez de auto de formal prisión se le llama “auto de vinculación a proceso”. En vez de cuerpo del delito y de presunta responsabilidad del imputado, el artículo 19 constitucional reformado concluye su primer párrafo con los términos siguientes: “Los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”. Así, las categorías técnicas “cuerpo del delito” y “presunta responsabilidad del imputado” son substituidas por una descripción que engloba sus contenidos.

Los cambios de terminología a lo largo del procedimiento son numerosos: en vez de medios de prueba, datos de prueba. En lugar de

conclusiones, alegatos de clausura. Aquí me detengo. Los cambios no sólo afectan el ordenamiento adjetivo, sino también, como acabamos de ver, a la propia Constitución. En este terreno, Moisés Moreno Hernández es contundente. Sostiene que el nuevo Código carece de sistematización y, consecuentemente, de estructura. Afirmo que los aspectos técnicos están dispersos, esparcidos a lo largo de todo el ordenamiento y contrariando —dada la falta de rigor sistemático— al orden lógico. Seamos realistas, el proceso legislativo de 2008 no fue, como dicen tantos, una reforma de gran calado; la más completa de la historia en el ámbito penal fue por el contrario una extrapolación del modelo oral y acusatorio que no pasó por la prueba de fuego de un amplio y verdadero debate social y técnico, en el sentido de examinar nuestra tradición jurídica, idiosincrasia y las fallas tanto de nuestras leyes como de nuestras instituciones, sacudidas en las últimas décadas por una prolongada crisis de credibilidad. Por eso, por su carencia de rigor sistemático y orden lógico, difícilmente, podrá ser una herramienta eficaz para combatir la impunidad, la lentitud administrativa y las persistentes injusticias.

V. MÁS DE LO MISMO: ALGUNOS ACIERTOS, RESOLUCIONES JUDICIALES CONFUSAS, INEXPLICABLES DESEQUILIBRIOS, OTRAS ARBITRARIEDADES

En quinto lugar es importante destacar —y no es algo que sea dicho de paso— que el nuevo ordenamiento incorpora a la legislación algunas posibilidades que, derivadas de los avances tecnológicos, pueden contribuir a mejorar el procedimiento penal en aras de una justicia ágil y expedita, como las notificaciones por fax o por correo electrónico; el empleo de la firma digital; las llamadas “audiencias a distancia”; las videoconferencias; y, finalmente, el uso de localizadores electrónicos.

El ordenamiento da entrada a nuevos sujetos procesales: el asesor jurídico y el supervisor de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso. Además, la autoridad judicial dispone ahora del juez de control, del tribunal de enjuiciamiento (o juez de juicio) y del tribunal de alzada. Destaca también que en el proceso se incorporan, en calidad de auxiliares de las partes, los asistentes técnicos que acompañan en las audiencias a los litigantes. En el ámbito de la ejecución de la pena se suma el juez de ejecución.

Subrayo —en otro terreno— los acuerdos probatorios, las convenciones entre las partes con la aprobación del juez de control. Hablamos de hechos no controvertidos y que, de acuerdo con los datos de prueba, acreditan la certeza de un hecho. Los acuerdos probatorios son acciones que, sin duda, pueden contribuir a depurar el régimen probatorio. El ordenamiento da entrada a nuevos actos procesales en los que las partes exponen sus derechos o simplemente rinden su declaración ante la autoridad para que el juez se manifieste de acuerdo con la ley. Así, el Código prevé las siguientes audiencias procesales: preliminares, de control, de legalidad, de individualización de la pena, de juicio oral, entre otras.

Concluyo la digresión sobre los aciertos. De oficio o a petición de parte el tema de la nulidad fue dimensionado para dejar sin efecto cualquier acto procedimental que viole los derechos humanos. La disposición tiene su corolario: se debe rectificar el error o ejecutar el acto omitido.

Regresando a los retos y desafíos conviene advertir que, paralelo a los cambios de la terminología, hay otras modificaciones imprecisas que desequilibran al proceso o que otorgan facultades excesivas a las autoridades o que enturbian los límites y los alcances de la propia terminología. Por ejemplo, se separan arbitrariamente y se confunden las providencias precautorias (artículo 138) y las medidas cautelares (artículo 153), figuras que significan lo mismo. Se otorgan facultades excesivas al ampliar las atribuciones de las policías y de las fuerzas armadas en las funciones de investigación. Facultades excesivas que en la práctica transforman, como lo hemos afirmado, al juez de control en una figura formal, que convalida, mecánicamente y sin “razón suficiente”, las medidas precautorias que solicita el Ministerio Público. Además, hay un desequilibrio real de las partes del proceso, cuando se otorgan facultades excesivas al Ministerio Público, cuando se debilita la defensa y se anula —en determinadas circunstancias— al Poder Judicial y se pone en manos de la representación social tanto la aplicación de los criterios de oportunidad (artículo 256) y las soluciones alternas (artículo 184) como las formas de terminación anticipada (artículo 201).

Durante la confección del Código y a lo largo de las sesiones que condujeron a su aprobación, *un clamor de la sociedad civil* expresado en foros, congresos, debates y artículos de periodistas y expertos jurídicos, fue la exigencia de transparencia: la aplicación del principio de

publicidad en la administración de justicia. Lamentablemente, las autoridades y el Congreso de la Unión no tuvieron la capacidad de abrir un diálogo franco de cara a los ciudadanos. Por eso, resulta incomprensible que en los artículos 55, 58 y 61 se encuentren disposiciones que impiden a los medios de comunicación grabar y transmitir por cualquier medio la audiencia, práctica que en países como Sudáfrica, España y Argentina transcurren con naturalidad, como lo demuestran los casos *Pistorius*, *Asunta* y *Mangeri*, respectivamente. En México no sólo los medios, sino también los asistentes están impedidos para grabar audio o video. Sin embargo, el órgano jurisdiccional puede grabar las actuaciones y conservarlas bajo resguardo para el conocimiento de las partes. Por lo visto, el impacto de la película *Presunto culpable*, filme que exhibió las fallas de la justicia en México, fue tomado en cuenta para reforzar el vicio de la opacidad.

En este mismo orden de ideas, encontramos en los artículos 27 y 121 una disposición que, eventualmente, podría permitir una intromisión arbitraria del juez, afectando de modo negativo el desempeño de la defensa o del asesor jurídico. En el artículo 57 se subraya la posibilidad de una “asesoría deficiente”, en el numeral 121, la posibilidad de una “manifiesta y sistemática incapacidad técnica del defensor”. En el primer caso, el juez puede informar a la víctima u ofendido sobre su derecho a nombrar otro asesor jurídico. En el segundo caso, el juez puede prevenir al imputado para que designe otro defensor. Ambos casos son proclives a excesos por parte del juez.

VI. EL DEBATIDO Y CUESTIONADO CRITERIO DE OPORTUNIDAD

En sexto lugar al instaurar el criterio de oportunidad, criterio vago, oportunista, difuso y discrecional, se pone en tela de juicio (bajo el imperio de la duda) la equidad, la imparcialidad y la legalidad del procedimiento penal. En teoría, el Ministerio Público representa los intereses de la sociedad, es decir, debe asumir una actitud proporcional, neutra frente al inculpaado y frente a la víctima u ofendido. La designación como representación social remite, exactamente, a esta condición de buena fe, imparcial, equilibrada y recta, para dar credibilidad y confianza a las instituciones.

Sin embargo, en la práctica, la defensa queda limitada por la amplísima discrecionalidad que goza (más bien, que explota) la autoridad administrativa. El principio de proporcionalidad se altera por una supuesta efectividad. El criterio de igualdad entre las partes se rompe. Las razones que aplica la representación social al proponer el criterio de oportunidad son de carácter práctico y operativo. En México ya sabemos a qué responden esas decisiones. En estos casos, el juez de control se convierte en un adorno burocrático. El Ministerio Público no le da el beneplácito de su intervención, “negocia” y resuelve sin ejercitar la acción penal y sin importar si existe o no delito. He aquí —a secas— el poder que ejerce el Ministerio Público en la primera fase procedimental.

A propósito del criterio de oportunidad, el conocido *plea bargaining* americano, me detengo en unas cifras estadísticas inquietantes. De acuerdo con datos oficiales, en Estados Unidos de Norteamérica el 95 % de los casos se resuelve con ese criterio que, según la doctrina, permite agilidad y rapidez en la procuración de justicia y abatimiento del trabajo judicial. Contradictoriamente y también de acuerdo con cifras oficiales, el sistema penitenciario alcanza la cifra inhumana e incomprensible de 2,300,000 reclusos. Tal es el éxito del *plea bargaining*, la cereza del pastel del proceso penal norteamericano.

Por eso me sumo a los estudiosos que han levantado su voz para exigir que la institución del Ministerio Público sea autónoma e independiente. Como es sabido por todos, las facultades de la representación social en la investigación inicial y en el proceso no pueden desplegarse con equilibrio e imparcialidad por una institución que interviene en el procedimiento como autoridad y como parte. Así, la falta de autonomía e independencia es resultado de que, por ley, el Ministerio Público dependa del Poder Ejecutivo, hecho que se presta para el tráfico de influencias y el uso faccioso de la justicia.

VII. LA REFORMA DE 2008: CONTRADICCIONES CONSTITUCIONALES

En séptimo lugar abordo una cuestión general: es importante subrayar que, en el sentido amplio del término, la reforma constitucional de 2008 afectó, al mismo tiempo, a la ley fundamental y al ordenamiento

adjetivo penal. En ambos niveles quebrantó el principio de legalidad. Si vemos con cuidado las cosas, advertimos que la “importación” del criterio de oportunidad introduce elementos contradictorios en los artículos 14 y 21 constitucionales, elementos que se reiteran en el nuevo Código. En efecto, el párrafo tercero del artículo 21 constitucional ordena: “La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”. Quisiera poner un énfasis especial en la expresión: “son propias y exclusivas de la autoridad judicial”. Por su parte, el párrafo tercero del artículo 14 constitucional establece: “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”. Las prescripciones constitucionales contenidas en estos párrafos se contraponen con el párrafo séptimo del artículo 21 constitucional, que a la letra dice: “El ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”. A su vez, el Código en el artículo 256 establece los límites y los alcances de los criterios de oportunidad, criterios que permiten al Ministerio Público, discrecionalmente, asumir funciones propias de los jueces.

El artículo 20 constitucional en su apartado B, De los derechos de toda persona imputada, fracción segunda, ordena:

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

El texto de la ley fundamental es tan claro que la fracción tercera del artículo 113 del Código adjetivo se limitó a copiarlo. No sucede lo mismo con el párrafo cuarto del artículo 129, un verdadero desacierto gramatical y legislativo. Lo transcribo íntegro: “El Ministerio Público podrá, con pleno respeto a los derechos que lo amparan y en presencia del Defensor, solicitar la comparecencia del imputado y/u ordenar su declaración, cuando considere que es relevante para esclarecer la existencia del hecho delictivo y la probable participación o intervención”. El verbo *ordenar* tiene, entre otras connotaciones, la de *mandar* que se haga una cosa; en este sentido, mandar significa,

sin otra interpretación posible, dar una orden, imponer una acción. De esta manera, la inconstitucionalidad del párrafo cuarto se opone a la carta fundamental no sólo por el hecho de que contradice la garantía que protege a cualquier persona imputada para declarar o guardar silencio, sino porque deja a favor del Ministerio Público la posibilidad de intimidar al acusado, amenaza que la ley fundamental prohíbe, y advierte, además que será sancionada por la ley penal toda incomunicación, *intimidación* o tortura. Si tomamos en cuenta las denuncias permanentes sobre el autoritarismo, la prepotencia y la corrupción de las autoridades ministeriales, se pone de relieve el despropósito que representa la redacción del párrafo cuarto del artículo 129, redacción que descansa sobre el verbo *ordenar*; toda la fuerza *intimidatoria* que el texto constitucional impide.

El artículo 355 del nuevo ordenamiento en la fracción segunda y en el último párrafo contempla medidas que no encuentran justificación ni siquiera en el sentido común y que, para vergüenza del legislador, chocan con lo que el artículo 14 constitucional ordena. La fracción II contempla multas de 200 a 5,000 salarios mínimos y el último párrafo del numeral establece la privación de la libertad a testigos y a peritos hasta por quince días.

Por último, el dispositivo 381, ignorando lo prescrito en el artículo 17 constitucional, ordena que, en determinados casos, los medios de prueba contenidos en un soporte tecnológico los debe proporcionar o facilitar el oferente.

VIII. CONTRA LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD, DOS VOCES AUTORIZADAS: LUIGI FERRAJOLI Y GERARD E. LYNCH

En octavo lugar, quiero cerrar estas reflexiones subrayando los cuestionamientos, duros y severos, que se han levantado en contra de los criterios de oportunidad. Me detengo en dos voces autorizadas, Luigi Ferrajoli —que no necesita presentación— y Gerard E. Lynch, destacado profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia en Nueva York.

El investigador italiano no es ajeno a los problemas que acarrea y que se amontonan con la aplicación de los criterios de oportunidad. En *Derecho y razón, teoría del garantismo penal* (Trotta, p. 569),

afirma que el sistema se introdujo subrepticamente en Italia bajo la modalidad de “negociaciones” sobre la pena o sobre el procedimiento. Dedicar un amplísimo apartado al examen del *plea bargaining* y sus diferentes figuras; no niega la ventaja de la máxima eficacia, ventaja que puede elevarse hasta el 90% de los casos. Sin embargo, “esta ventaja se obtiene al precio de una pesada connotación policial y burocrática del grueso de la justicia penal y de una evidente discriminación en perjuicio de cuantos, por su situación económica, son obligados a renunciar, no sólo como entre nosotros, a una defensa adecuada, sino incluso, a un justo proceso como si se tratase de un lujo inaccesible”. No exagera. En este sistema, el imputado queda expuesto a coacciones y amenazas, aunque también, desde otro ángulo, a la oferta de recompensas. “Vender” los derechos, unas veces por ignorancia y otras por miedo, no deja de ser un atractivo frente a la indefensión jurídica y la orfandad legal. La justicia deviene mercancía; los tribunales se transforman en un mercado en donde tanto el abogado —si acaso existe la defensa— como el fiscal miden sus fuerzas y calculan los alcances para llegar a una negociación. La negociación no pasa por el procedimiento de presentar argumentos razonados y llegar a un pacto más o menos equilibrado, tampoco tiene que ver con la obtención de una sentencia justa y equitativa, es más bien una serie de maniobras discrecionales.

Sostiene Ferrajoli:

La discrecionalidad de la acción y la consiguiente disponibilidad de las imputaciones e incluso de las pruebas, se ha conservado en algunos de los actuales sistemas acusatorios, son por lo tanto un reducto, del todo injustificado, del carácter originalmente privado y después sólo cívico o popular de la iniciativa penal. Se entiende que ésta discrecionalidad y disponibilidad —que en los Estados Unidos se manifiestan sobre todo en la negociación entre acusador público e imputado (*plea bargaining*) de la declaración de culpabilidad (*guilty plea*) a cambio de una reducción de la gravedad de la acusación o de otros beneficios penales— representan una fuente inagotable de arbitrariedades: arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre los favoritismos que puedan sugerir la inercia o el carácter incompleto de la acusación; arbitrariedades por acción, al resultar inevitable, como enseña la experiencia, que el *plea bargaining* se convierta en la regla y el juicio en una excepción, prefiriendo muchos imputados inocentes declararse culpables antes que someterse a los costes y riesgos del juicio.

Paso ahora a exponer las ideas del jurista americano Gerard E. Lynch, autor de un amplísimo estudio dedicado al examen del *Plea Bargaining: sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos* (se puede consultar en la Internet en el blog: federacionuniversitaria55.blogspot.mx). En palabras de Lynch, el propósito del ensayo es doble. Se propone, en primer lugar, describir la teoría y práctica del *plea bargaining* en los Estados Unidos y, en segundo lugar, situar la práctica de ese sistema “con respecto a la distinción entre el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo”. La traducción de Natalia Sergi aporta una serie de notas muy útiles para los estudiosos, ya que busca esclarecer la terminología que, obviamente, procede del inglés.

Coherente con su enfoque, Lynch emprende —de modo objetivo, sistemático y corrosivo— la descripción del *plea bargaining* con términos muy cercanos a los de Ferrajoli. Dice:

Un antropólogo marciano, enviado para observar la justicia penal estadounidense a un tribunal federal urbano, que no tuviera acceso a los libros de texto, tendría relativamente poco que decir sobre juicios. Es un lugar común afirmar que la mayoría de los casos penales son resueltos sin un juicio. Los porcentajes exactos son difíciles de calcular para todo el sistema de justicia penal, pero en los principales tribunales federales, alrededor del 80% o 90% de las acusaciones por hechos delictivos no llegan a juicio; concluyen, en cambio, a través de la declaración de culpabilidad del acusado (*guilty plea*) y/o por la reducción de los cargos por parte del Estado.

Nótese la simetría con el enfoque de Luigi Ferrajoli. Para apoyar la práctica penal forense norteamericana, el autor principia por definir las coordenadas de su aproximación:

El *plea bargaining*, en este sentido, deriva directamente de la noción acusatoria de que las partes se presentan como adversarios autónomos e iguales ante el tribunal, y de que el tribunal no es un elemento independiente de la administración de justicia estatal, sino, por el contrario, un árbitro de las disputas existentes entre las partes, definidas según la manera en que ellas deciden presentarlas. Así como las partes controlan la manera en que se presenta la prueba durante el juicio —ingresando sólo aquella información que se considera relevante para la presentación del caso que se pretende realizar—, del mismo modo, las partes pueden, antes del juicio, o fuera del tribunal, establecer un acuerdo que ponga fin a la disputa de cualquier manera que consideren adecuada... Empero, si bien el *plea bargaining* ha

surgido de una ideología acusatoria, su extendida práctica ha determinado el desarrollo de un sistema de justicia que en realidad se asemeja, para la mayoría de los acusados, mucho más a lo que los abogados considerarían como un sistema inquisitivo, antes que al modelo de justicia acusatorio idealizado en los libros de texto.

En otra coincidencia con Ferrajoli, el autor insiste en que no se trata de un modelo acusatorio, sino más bien de un sistema inquisitivo y administrativo (Ferrajoli lo llama policial y burocrático); un sistema caracterizado por su informalidad y por la flexibilidad *ad hoc* del procedimiento. Lynch abordando el *plea bargaining* es tajante:

A la luz de esta estructura administrativa de disposición de casos, es obvio que el término *plea bargaining* resulta inapropiado. El término, en sí mismo, es una barrera para percibir al sistema de justicia existente como un verdadero sistema, antes que como una improvisación. En efecto, el lenguaje que utilizamos para describir el fenómeno presume la primacía del juicio acusatorio e interfiere con nuestra capacidad para comprender la práctica existente... Para todos, con excepción de gran parte de los doctrinarios del libre mercado microeconómico, el propio término *plea bargaining* es más bien desagradable. Los críticos señalan que la justicia no es una cuestión de regateo de bazar, sino de resolución meditada de conflictos. Negociar es diferente a presentar argumentos razonados y cerrar un pacto, o incluso, llegar a un acuerdo, es diferente a obtener un juzgamiento.

Los criterios de oportunidad han sido repudiados no sólo en Estados Unidos e Italia, aunque, debemos decirlo, también dichos países y en otros hay voces que defienden este mecanismo procedimental. El problema, tal vez, está localizado en otro terreno, quizá sea la promoción *cuasi* imperial del modelo anglosajón la responsable de tantas pifias legislativas. En nuestro caso, la aprobación de los criterios de oportunidad no pasó por un consenso y por una deliberación profunda según las reglas impecables de la técnica legislativa como están descritas por Niceto Alcalá-Zamora. En realidad, ni la sociedad ni los académicos ni las organizaciones sociales ni los partidos políticos ni los medios ilustrados de opinión debatieron en su momento el proyecto del Código Procesal Penal. El Congreso de la Unión asumió la iniciativa sin sujetarla a un amplio debate participativo, y luego la

aprobó. No se tomó en cuenta la tradición jurídica mexicana, nuestra idiosincrasia, tampoco la contradictoria desigualdad social del país y mucho menos la crisis del sistema penal mexicano y la quiebra de la seguridad pública. La moneda está en el aire, sólo el tiempo hará el dictamen final sobre los resultados prácticos del ordenamiento oral y acusatorio.

La prueba ilícita

*Raúl Plascencia Villanueva**

I. INTRODUCCIÓN

AL ENCONTRARNOS ante la imputación que formula el Ministerio Público observaremos una serie de argumentos con diverso material, que busca sustentar de manera adecuada la denominada *teoría del caso*, en contra de una persona para hacerla acreedor de una determinada consecuencia jurídico penal, así como una exposición de hechos aportada por el defensor del detenido, indiciado, acusado o imputado, con ciertos argumentos y contradicciones respecto de los argumentos expuestos por la parte acusadora.

Con relación a ello, el juzgador deberá elegir la versión que le genere más convicción, pero también debe realizar un análisis escrupuloso de los diversos argumentos y el material con el que se busca probar, a fin de que todos ellos se encuentren apegados a derecho y no resulten contrarios al sentido de la norma constitucional, de lo que prevén los instrumentos internacionales y las leyes emanadas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al analizar la evolución de los diversos conceptos que se han utilizado para identificar el material con el cual se tratará de demostrar la existencia o bien la ausencia del delito, encontramos denominaciones tales como: indicios, evidencias, medios de prueba, elementos de prueba, fuentes de prueba, datos de prueba, probanzas y prueba.

Con referencia a dichos hechos es respecto de los cuales el órgano jurisdiccional tendrá que resolver si coinciden con el objeto narrado, sujeto a los límites que al ser humano le es posible conocer. De las diversas versiones, el juez escogerá las más verosímiles y las transformarán en únicas con el fin de obtener la verdad de los hechos nunca

* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y presidente del Instituto Iberoamericano de Justicia.

absoluta para los hombres, sino tan sólo una verdad formal, derivada de aquello que se haya logrado probar, lo cual no siempre es coincidente con lo acontecido en la realidad.

En ese sentido, existe una gran distancia entre una verdad histórica de los hechos y lo que se logra obtener por lo regular en un proceso penal, una verdad “formal o legal”.

Al respecto, son amplios los debates en torno a cómo entender el concepto de “verdad formal” y particularmente en cuanto a la finalidad de los procesos, en cambio, en la actualidad existen quienes consideran que la verdad formal, vista desde una perspectiva procesal, sólo es posible encontrarla en el proceso civil, siendo la verdad histórica, material o real la correspondiente al proceso penal, afirmación que dista mucho de la realidad y que sólo podríamos concebirla como un mero ideal, muy difícil por no decir imposible de alcanzar en la justicia penal, por ello en las más de las ocasiones sólo nos permite llegar a una verdad formal.

Carnelutti considera que más bien debemos estar ciertos de que son algunos medios de prueba los que parecen ser los más adecuados para dar a conocer la verdad, sin embargo, cuando su idoneidad es dudosa, se adquiere la verdad formal o legal, entendida como “aquella que sirve de base para la decisión del juez, como si fuere verdad, aun cuando en rigor no lo sea”.¹

Por otra parte, Mittmaier considera que por “verdad” debe entenderse: “La concordancia entre un hecho real y la idea que de él forma el entendimiento”,² noción de verdad que es muy discutible, pues se

¹ Esto permite observar como en innumerables ocasiones las sentencias de los jueces no suelen corresponder con lo que las propias víctimas del delito plantean, con lo que aducen les sucedió o bien con la percepción que tiene la propia sociedad en torno a determinados hechos. El detener a una persona, que sea presentada y anunciada como responsable de un delito y posteriormente dejada en libertad, es una clara referencia de cómo se arriba a la verdad formal. Ejemplos sobran en nuestro país. Al respecto, el caso de una madre que en el 2010 salió a la luz pública para exigir la pena máxima en contra del responsable del asesinato de su hija de dieciséis años, cuyo cadáver fue calcinado y tirado a un basurero. El sujeto fue presentado ante el tribunal en ese mismo año, sin embargo, fue declarado inocente por los jueces. Posteriormente, fue revocada dicha determinación inicial y se ordenó su aprehensión. Este es un claro ejemplo de lo contradictorio que puede y suele ser la resolución de un caso concreto y como ante resoluciones tan opuestas, difícilmente es dable un juicio de valor que se acepte como plenamente válido.

² *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Reus, 1979, pp. 71 y ss.

presta al libre juego del entendimiento de las personas, lo cual no es aceptable.

El debate filosófico en torno al concepto de la verdad y el cómo acercarnos a la misma ha sido muy prolijo en los últimos siglos, incluso Jesucristo cuando se le es detenido y se le pregunta respecto a qué es la verdad, no se atreve a aclararnos qué debemos entender por tal, en caso de que lo hubiera hecho, quizás nos hubiera ahorrado todos los problemas que durante el transcurso de la historia de la humanidad se han presentado sobre la búsqueda de la verdad.

II. EL CONCEPTO DE PRUEBA

Al abordar la problemática relativa al material con el que se pretenderá demostrar la existencia del delito y formular la imputación en contra de un sujeto, surgen cuestiones que requieren ser resueltas para poder entender con mayor precisión este tema, de ahí la existencia de diversos términos en torno a la denominación apropiada de los medios de prueba, para algunos son medios de convicción, para otros son la justificación,³ otros prefieren denominarlos evidencias, indicios, datos de prueba, probanzas, elementos de prueba y pruebas.

En efecto, al tratar de acercarnos al análisis del tema consideramos conveniente resolver lo siguiente: ¿Qué es la prueba? ¿Qué es un medio de prueba? ¿Cuál es la diferencia entre medio de prueba y prueba?

Por lo que se refiere a la primera pregunta, existen infinidad de opiniones sobre la noción de prueba, para algunos implica sólo que el juez logre cerciorarse de los hechos,⁴ para otros consiste en hechos supuestamente verdaderos considerados como la razón para creer en la existencia o inexistencia de otros hechos;⁵ elemento e instrumento

³ Gómez Colomer, Juan Luis, *El proceso penal alemán introducción y normas básicas*, Barcelona, Bosch, 1985, pp. 128 y 129.

⁴ Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, Harla, 1991, p. 305.

⁵ Bentham, Jeremy considera que es: “A fact supposed to be true, and then considered as a reason for believing in the existence or non-existence of some other fact” (un hecho supuestamente verdadero considerado como razón suficiente para creer en la existencia o inexistencia de otros hechos). *A Treatise on Judicial Evidence*, traducción al inglés por M. Dumont, Londres, Law Journal, 1825, p. 8. Por otra parte, Francesco Carnelutti establece la distinción entre fuente de prueba y los medios de prueba resolviendo que fuente de prueba: “Es el hecho de que se sirve el juez para

que sirve para convencer al juez,⁶ o bien como principio procesal que denota el imperio de buscar la verdad⁷ o como una suma de motivos que producen la certeza.⁸

De las anteriores definiciones se desprende un gran dilema, ya que surge la pregunta relativa de ¿cómo definir a la prueba?, si es una obtención del cercioramiento de hechos supuestamente verdaderos, de actividades, del principio procesal, elemento, o bien como un instrumento.

deducir la propia verdad”, en tanto que medio de prueba: “Es la actividad del juez desarrollada en el proceso”, *La prueba civil*, trad. de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Arayú, 1955, pp. 86-93.

⁶ Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 365. Considera que: “Medio de prueba es todo aquel elemento que sirve, de una u otra manera para convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado. El medio es, pues, sea cualquiera su naturaleza, un instrumento, como su nombre indica: algo que se maneja para contribuir a obtener la finalidad específica de la prueba procesal”. Concepciones en las cuales se aprecia claramente el manejo de los términos: elementos e instrumento, de manera arbitraria al utilizarlos como sinónimos.

⁷ Díaz de León, Marco Antonio considera que: “Es un principio procesal que denota normativamente, el imperativo de buscar la verdad, de que se investigue o en su caso se demuestre la veracidad de todo argumento o hecho que llegue al proceso para que adquiera validez en una sentencia justa”, *Tratado sobre las pruebas penales*, México, Porrúa, 1982, p. 54.

⁸ De igual manera, encontramos otras tantas definiciones en torno a lo que debe entenderse por prueba, sin existir plena concordancia en la doctrina procesal penal, respecto de la acepción válida, a nivel de ejemplo, Bonnier considera por prueba: “Los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad”, *Tratado teórico práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, Madrid, Reus, 1928, t. I, p. 9. En tanto para Manzini, los elementos de prueba son: “Los hechos y circunstancias en que se funda la convicción del juez”, la fuente de prueba “todo lo que, aun sin constituir por si mismo medio o elemento de prueba, puede sin embargo, suministrar indicaciones útiles para determinadas comprobaciones” y medio de prueba será “todo lo que puede servir directamente a la comprobación de la verdad”, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, vol. III, p. 208. Finalmente, Florian considera que: “Cuando se lleva a cabo un acto mediante el cual el objeto de la prueba es puesto de relieve e incorporado al proceso por obra del juez o de los órganos de prueba el contenido de este acto, en el cual la aportación de prueba se recoge, puede considerarse verdaderamente medio de prueba”, en este caso rechaza que el término medio de prueba pueda entenderse en un significado genérico y por eso equívoco, el cual lleve a comprender en él, el objeto, las cosas y las personas, ya que todo ello sirve para la prueba, *De las pruebas penales*, Bogotá, Temis, 1990, vol. I, pp. 134-137.

Desde principios del siglo XIX, Bentham propuso dos planos de distinción al hablar de la prueba (*proof*), el primero considerado como “el hecho principal”, consistente en la existencia o inexistencia de lo que va a ser probado y la otra parte “el hecho probador”, el cual es utilizado para demostrar la veracidad o falsedad del “hecho principal”, de ahí que toda decisión fundada en una prueba se derive de un proceso de inferencia.⁹

Para Fairén Guillen, es conveniente distinguir entre lo qué es fuente de prueba, medio de prueba y la prueba en sí, siendo la fuente de prueba “un concepto metajurídico que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso”, en tanto que el medio de prueba “es un concepto procesal”, y la fuente de prueba “existe aun cuando el proceso no, y para que tenga el carácter de prueba es necesario que la aportemos en el proceso como medio”.¹⁰

III. LA NOCIÓN DE MEDIO DE PRUEBA

La segunda cuestión a abordar es la relativa a los medios de prueba; resulta sorprendente que por lo común se homologa y trata a nivel de sinónimos a la prueba y a los medios de prueba, no obstante que aluden a cuestiones diversas. En ocasiones suelen confundirse los elementos con que se prueba y la prueba. Cuando nos referimos a los medios de prueba estamos hablando de la prueba en sí, pero utilizada en un determinado proceso judicial, es decir, la prueba existe por sí y al ser ofrecida y admitida dentro de un proceso judicial adquiere el nivel de medio, no siendo medio de prueba, sino sólo cuando se cumpla el requisito de ser ofrecida y admitida como tal en un proceso.

Por lo que se refiere al Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) en el título cuarto reconoce los datos de prueba, los medios de prueba y la prueba, amén de prever en el artículo 259 que cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre

⁹ Bentham, Jeremy, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰ Fairén Guillen, Víctor, *Teoría general del derecho procesal*, México, UNAM, 1992, pp. 431 y 432. De igual manera, Santiago Sentís Melendo establece una distinción entre estos conceptos semejante a la postura del procesalista español, *La prueba*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1978, pp. 141-165.

y cuando sea lícito, por que adopta dicha denominación; sin embargo, en otros dieciséis artículos se hace referencia al término “indicios”,¹¹ mientras que en otros cuatro incluye el novedoso término “evidencias” que hasta ahora sólo se utilizaba en la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para hacer referencia a material que no correspondía a los medios de prueba considerados en el Código Federal de Procedimientos Penales.¹²

De igual manera, en el artículo 261 se introduce una definición de dato de prueba en el sentido de referirse al contenido de un determinado medio de convicción, aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, además de cubrir el requisito de idoneidad y pertinencia que permita establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Por otra parte, se define a los medios o elementos de prueba como toda fuente que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades previstas para cada uno de ellos.

Finalmente, se considera 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.

En este sentido, podemos entender que la función de los medios de prueba se orienta a “obtener la verdad”, pero cabe la aclaración que no será la verdad absoluta, sino algunos de sus grados formal o material, que si bien no es lo mismo se encuentra sumamente aproximado a la verdad subjetiva y objetiva.

El juez como ser humano no puede prescindir de la verdad para dictar sus resoluciones; no obstante, por más esfuerzo que realice, el juzgador únicamente podrá obtener una versión subjetiva acerca de la verdad.¹³

¹¹ En los artículos 21, 131, 146, 213, 227, 228, 230, 236, 244, 268, 273, 282, 283, 316, 414, 455, se alude al término indicios, a la manera de como tradicionalmente se había denominado a todo material probatorio.

¹² Es el caso de los artículos 227, 228, 337 y 338.

¹³ Para mayor aclaración véase *supra*, nota 2.

IV. LA DISTINCIÓN ENTRE DATO DE PRUEBA, MEDIO O ELEMENTO DE PRUEBA Y PRUEBA

Al distinguir entre dato de prueba, un medio o elemento de prueba y la prueba,¹⁴ estamos referenciando cuestiones que se encuentran en ámbitos completamente distintos; el dato de prueba vendrá a ser algo preexistente y extraño al proceso penal, pero que resulta idóneo y pertinente para demostrar un determinado hecho o la participación del imputado en el mismo. El medio o elemento de prueba lo podemos entender como un concepto procesal de existencia posterior al dato de prueba, siempre y cuando respete las formalidades previstas.

En tanto que la prueba existirá en el momento en que se aporta una fuente de prueba como medio en el proceso, es aceptada, preparada, desahogada y valorada conforme al criterio que adopte el titular de un tribunal; de otra manera simplemente será un medio o elemento de prueba pero sin valor al no ser útil para llegar a alguna conclusión.

En el sentido y alcance del término “dato de prueba”, “medio o elemento de prueba” y “prueba”, vale precisar que tradicionalmente se ha considerado la conveniencia de que sea “admitido como medio de prueba todo aquello que sea ofrecido como tal”, siempre y cuando cumpla con el requisito de ser lícita, es decir, que sea conforme a derecho.

V. LA PRUEBA ILÍCITA

Las reformas generadas en las últimas décadas han propiciado un mayor reconocimiento de los derechos humanos y un mayor impacto en el ámbito del proceso penal y sus procedimientos; en particular las relativas al 18 de junio de 2008 y al 10 de junio de 2011 propiciaron cambios muy importantes en torno a criterios sobre la prueba, sus formalidades y efectos que impulsaron la obtención ilícita de la misma,

¹⁴ La anterior postura la hemos elaborado partiendo de los postulados de Carnelutti, Francesco, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, t. II, 1952, p. 150; Fairén Guillen, Victor, *op. cit.*, p. 151, y Sentís Melendo, Santiago, *op. cit.*, p. 151, pero adecuando algunos elementos que nos parecía faltaban en dichas concepciones.

aspectos que, sin duda, modulan la manera en que ya opera el nuevo sistema de justicia penal.

Por ello, en el título segundo, capítulo primero y segundo, del CNPP se abordan los principios en el procedimiento y los derechos a observarse, que aun y cuando parecería una cuestión obligada, derivada de su validez intrínseca, no obstante nada precise la ley, la realidad colocó al legislador en la necesidad de incorporarlos, con una muy buena tinta, para que los operadores del derecho los recuerden, los tengan presentes, pero especialmente los hagan valer en todos los casos.

Los principios que se incluyen para el procedimiento penal son:

1. Publicidad.
2. Contradicción.
3. Continuidad.
4. Concentración.
5. Inmediación.
6. Igualdad ante la ley.
7. Igualdad entre las partes.
8. Juicio previo y debido proceso.
9. Presunción de inocencia.
10. Prohibición de doble enjuiciamiento.

En tanto que se reafirman los derechos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los múltiples instrumentos internacionales que ha suscrito el Estado mexicano, que se encuentran debidamente ratificados por el Senado y que en consecuencia constituyen la ley suprema en nuestro país, acorde a lo previsto por el artículo 133 de la propia CPEUM.

Los derechos que se reafirman para hacerse efectivos en el procedimiento penal son:

1. Intimidad y a la privacidad.
2. Justicia pronta.
3. Defensa adecuada y asesoría jurídica adecuada e inmediata.
4. Ser informado de sus derechos.
5. Respeto a la libertad personal.

Lo que ha propiciado un análisis con una óptica más amplia de temas como: el arraigo, la privación de la libertad, la validez de la res-

tricción de derechos, el alcance de la defensa adecuada, el principio de igualdad, los efectos de la tortura o los tratos crueles inhumanos o degradantes, la necesaria presencia del defensor, los alcances del debido proceso y la presunción de inocencia, entre otros, que son aspectos en donde hacen crisis los derechos humanos y que precisamente derivan en muchas ocasiones en excesos u omisiones que implican violaciones a los mismos.

En efecto, el nuevo proceso penal, oral, acusatorio, incluye un sinnúmero de fórmulas, principios y categorías con un eje transversal plenamente relacionado con la reforma en materia de derechos humanos, que aun cuando ésta se presentó tres años después, en junio de 2011, el CNPP amplía la protección de los derechos del imputado y establece controles más estrictos para que se respete el debido proceso.

Lo anterior como consecuencia de lo previsto en el artículo 20, fracción IX, el cual a raíz de la reforma de 2008 y en correlación a los cambios constitucionales de 2011, establece de manera literal “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”, de igual manera, los artículos 263, 264, 357, hacen referencia a la prueba contraria a derecho y a la prueba ilícita o pruebas prohibidas.

Al respecto, el CNPP establece la posibilidad de saneamiento de algunos actos irregulares o ilegales, seguramente haciendo alusión a la prueba irregular o a las pruebas prohibidas, por lo que llama la atención la segunda parte del artículo 97, así como los subsecuentes artículos 98-102 que incluyen un procedimiento para sanear actos irregulares, identificados en el procedimiento o incluso plantea la posibilidad de la convalidación ante la falta de denuncia del mismo.

Por consiguiente, los mencionados artículos incluyen un procedimiento para solicitar la declaración de nulidad sobre actos ejecutados en contravención a las formalidades, con el requisito claramente contrario al principio de oralidad, al señalar que debe presentarse “por escrito” dentro de los dos días siguientes en los que el perjudicado tuvo conocimiento fehaciente del acto que se pretende invalidar, salvo el caso de que se presente dentro de la audiencia, supuesto en el cual debe presentarse de manera verbal antes que finalice la misma.

La reposición, tal y como se plantea en el CNPP, sólo se realiza en los casos de que se haya ocasionado una afectación real a alguna de las partes, o bien que la reposición resulte esencial para garantizar el cumplimiento de los derechos o los intereses del sujeto afectado; situación altamente discutible, toda vez que la ilegalidad de una actua-

ción o de una prueba necesariamente debe implicar su anulación. Será interesante analizar si algún tribunal resuelve sobre la procedencia de otorgarle valor y resolver un procedimiento sobre la base de un medio de prueba contrario a derecho, aun y cuando dicha circunstancia no hubiera sido denunciada. Desde nuestra perspectiva, esta circunstancia es contraria al derecho de toda persona de tener un juicio justo e imparcial.¹⁵

Ahora bien, ante aquellos casos ejecutados de manera contraria a la ley se prevé la posibilidad de que sean repuestos, sea rectificado el error, o se realice lo omitido: la figura denominada de saneamiento, prevista dentro del artículo 99 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Al respecto, se prevé que al identificarse por una autoridad un acto de dichas características, éste debe comunicarse al interesado y otorgarle un plazo para corregirlo, lo cual no debe exceder de tres días si dicho saneamiento no ocurre el juez resolverá lo conducente.

Por lo que hace a los llamados errores formales, la autoridad judicial está en posibilidades de corregirlos en cualquier momento de oficio o a petición de parte, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes.

Por otra parte, de manera sorprendente se hace referencia en el artículo 100 a la figura de la convalidación como una manera de lograr el saneamiento en actos o elementos irregulares, o contrarios a la ley, la cual resulta procedente en casos tales como:

- Las partes acepten, expresa o tácitamente, los efectos del acto;
- Ninguna de las partes solicite su saneamiento mientras se realiza el acto, y
- Dentro de las veinticuatro horas siguientes de haberse realizado el acto, la parte que no hubiera estado presente o participado en él no solicita su saneamiento. En caso de que por

¹⁵ En consecuencia, tal y como se encuentra reflejado en el CNPP, dicho proceder resulta contrario a lo previsto por el artículo 80. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 80. “Garantías judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

las especiales circunstancias del caso no hubiera sido posible advertir en forma oportuna el defecto en la realización del acto procesal, el interesado deberá solicitar en forma justificada el saneamiento del acto, dentro de las veinticuatro horas siguientes a que haya tenido conocimiento del mismo.

También se consideran convalidados los defectos de carácter procesal que no afecten derechos fundamentales del imputado, cuando éste o su defensor no hayan solicitado su saneamiento dentro de las veinticuatro horas después de advertirlo.

A su vez, el artículo 101 establece un procedimiento para la declaración de nulidad, la cual opera en los casos en que sea imposible sanear o convalidar un acto; en cualquier momento el órgano jurisdiccional, a petición de parte, de forma fundada y motivada deberá declarar su nulidad, señalando en su resolución los efectos de la declaratoria de nulidad, debiendo especificar los actos a los que alcanza la nulidad por su relación con el acto anulado. El tribunal de enjuiciamiento no podrá declarar la nulidad de actos realizados en las etapas previas al juicio, salvo las excepciones previstas en el CNPP.

Ahora bien, para decretar la nulidad de un acto y disponer su reposición no basta con la simple infracción de la norma, sino que se requiere, además, cubrir dos requisitos: que se haya ocasionado una afectación real a las partes y que la reposición resulte esencial para garantizar el cumplimiento de los derechos e intereses del sujeto afectado.

Lo anterior permite observar el exceso de error en el CNPP, al considerar la posibilidad de que en el procedimiento pudieran subsistir elementos irregulares o ilícitos, con la única observación de que al no afectar a las partes no procede la nulidad, circunstancia que no resulta compatible con el estándar internacional en materia de derechos humanos, cuando ésta debe ser una consecuencia del desvío mismo de la ley en aras de corregir el procedimiento y que ésta se realice de manera justa, imparcial, pero especialmente apegada a derecho.

De este modo, el artículo 102 establece que sólo podrá solicitar la declaración de nulidad el interviniente perjudicado por un vicio en el procedimiento, siempre que no hubiera contribuido a causarlo.

Por otra parte, aun cuando podríamos entender que la prueba ilícita es aquella contraria a la ley, es conveniente precisar que se orienta más bien a los casos en que resulte violatoria del texto de la Constitución, de los instrumentos internacionales relacionados con los derechos hu-

manos, o bien a alguna norma secundaria nacional que reconozca o proteja un derecho fundamental.¹⁶

En efecto, el artículo 264 del CNPP refiere como prueba ilícita cuando “sea obtenida con violación de los derechos fundamentales”, lo que será motivo de exclusión o nulidad. Caso en el cual, las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o tribunal deberán pronunciarse al respecto.

Uno de los cambios más profundos que observamos se refiere al remedio ante la prueba ilícita, hasta hace no más de un lustro sólo se anulaba la prueba específica y no existía afectación al proceso penal. Ahora la dinámica implica anular todo lo actuado y reponer el proceso, o anular todo y decretar la libertad absoluta del imputado.

Fue a partir de la resolución del 27 de junio de 1960 cuando surgieron los primeros criterios en torno a la prueba ilícita en Estados Unidos, cuando la Suprema Corte en el *Caso Elkins*¹⁷ determinó que los medios de prueba *evidence* obtenida por elementos policiales durante un cateo en el que se hubiera violado el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, así como la prohibición de aseguramientos indebidos, todo ello contrario a la cuarta enmienda constitucional, resulta inadmisibile en el proceso penal, incluso en el caso de que sólo hubiera implicado la intervención de elementos policiales estatales y no de elementos federales.

A efecto de determinar la existencia de un cateo y aseguramiento indebido a cargo de elementos policiales, los tribunales federales deben realizar una investigación independiente, al margen de la existencia o no de una queja o denuncia al respecto, así como del origen de éstas. Determinación en la que se reconoció “la prohibición de aprovechar el resultado de una prueba ilegítima constituye el único modo efectivo de controlar a la Policía”.

Por otra parte, podemos identificar lo que se ha dado en denominar las prohibiciones legales que vician la investigación al constituir una

¹⁶ Dicha variable ha llevado a diversos autores a considerar la posibilidad de aludir a la prueba ilícita, prueba irregular y prueba prohibida, todas esas variables indistintamente nos llevan a una contravención del contenido constitucional o convencional en materia de derechos humanos, por ello habremos de preferir el concepto de prueba ilícita, para evitar confusiones o tendencias reduccionistas. Al respecto, véase Rives Seva, Antonio Pablo, diciembre de 2010, Noticias Jurídicas, Castilla La Mancha.

¹⁷ Véase *Elkins vs. United States*, 364 U.S. Supreme Court, 206 (1960), núm. 126, Argued March 28-29, 27 de junio de 1960.

irregularidad en un determinado procedimiento a las que se denominan pruebas irregulares, en tanto la prueba ilícita será aquella obtenida infringiendo los derechos fundamentales.

Un ejemplo de los efectos de la prueba ilícita ante el panorama actual lo constituye el cambio de criterio respecto del tema de la presunción de inocencia y el estándar de prueba, temas que hasta hace muy poco se dejaban de lado y no se les otorgaba la relevancia que tienen desde el ámbito internacional; mas hasta antes de la reforma del 18 de junio de 2008 la Constitución nada señalaba en torno a ese derecho humano de necesaria observancia en el proceso penal.

En dichos criterios se recoge la teoría generada en Estados Unidos denominada frutos del árbol envenenado y que precisa la idea de que aquellos medios de prueba obtenidos a partir de una prueba ilícita deben ser anulados también, aun cuando se encuentren plenamente apegados a la ley en cuanto a su obtención y desahogo.

A este respecto, destacan un sinnúmero de resoluciones de la SCJN, en las cuales se reconoce, reafirma y hace efectivo dicho derecho, este nuevo catálogo de criterios emanados de resoluciones de tribunales federales, generadas en el último lustro, nos permiten observar un marcado cambio en el sistema y una mayor exigencia constitucional y legal, acorde a principios inmersos en instrumentos internacionales.

Por ejemplo:

DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. LA VIOLACIÓN AL CARÁCTER TÉCNICO DEL DERECHO HUMANO GENERA LA ILICITUD DE LA DECLARACIÓN RENDIDA POR EL IMPUTADO SIN LA ASISTENCIA JURÍDICA DE UN DEFENSOR PROFESIONAL EN DERECHO, POR LO QUE DEBE SER OBJETO DE EXCLUSIÓN VALORATIVA.

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que de la interpretación armónica de los artículos 14, 17 y 20, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, deriva el reconocimiento implícito del derecho fundamental a la exclusión de prueba ilícita en materia penal, tal como se refleja en el contenido de la jurisprudencia 1a./J. 139/2011 (9a.), que tiene el rubro: 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. Lo anterior significa que la exclusión de la prueba ilícita es una garantía del derecho a ser juzgado por tribunales imparciales, a contar con una defensa adecuada y a que se respete el debido proceso, derivado de la posición preferente

de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico y su condición de inviolabilidad. En consecuencia, toda prueba que haya sido obtenida con violación al derecho del imputado (*lato sensu*) a contar con una defensa adecuada tendrá el carácter de ilícito, como acontece cuando declara sin la asistencia jurídica de un defensor que tenga el carácter de profesional en derecho (abogado particular o defensor público). Por lo que no puede tomarse en cuenta para efectos de valoración al dictar cualquier resolución por la que se determine la situación jurídica de la persona sujeta a un procedimiento penal.

PRUEBA ILÍCITA. TIENE ESE CARÁCTER LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO RENDIDA SIN LA ASISTENCIA JURÍDICA DE UN DEFENSOR PROFESIONAL EN DERECHO, POR LO QUE SU EXCLUSIÓN VALORATIVA DEBE REALIZARSE CON INDEPENDENCIA DE SU CONTENIDO.

La forma de garantizar y proteger el derecho humano de defensa adecuada implica que, inclusive, a partir del momento de la detención, el imputado esté en posibilidad de nombrar a un defensor profesional en derecho que lo asista jurídicamente, de tal manera que cuando rinda su inicial declaración no solamente esté en condiciones de negar la imputación sino de aportar las pruebas que considere pertinentes para ejercer el derecho de defensa adecuada. Sin que por ello deba entenderse que exista la obligación de probar para el imputado al margen del principio de presunción de inocencia, sino de contar con la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en las condiciones que éste estime pertinentes. En consecuencia, es inadmisibles considerar que la simple negativa de la acusación o incluso la reserva para no declarar por parte del imputado no trasciendan en el ejercicio de la defensa adecuada. En principio, esto será válido siempre que el imputado esté debidamente asesorado por un profesional en derecho, pues en esta medida estará en condiciones de asumir las consecuencias que ello representa y optar por esta posición por considerar que le resulta benéfica. Sin embargo, lo anterior no puede entenderse como una regla general, pues habrá condiciones en las que incluso la omisión de declarar o de negar la imputación, sin la asistencia técnica debida, pueden implicar una afectación jurídica trascendental para el imputado, que no hubiera resentido con tal magnitud si bajo el consejo de un profesionista en derecho hubiera podido exponer su versión sobre los hechos que se le atribuyen, de forma que coadyuve a su defensa, aporte las pruebas que considere pertinentes o, incluso, pudiera no negar la comisión de la conducta atribuida sino aceptarla y exponer las razones que justificaron su actuar, pues ello pudiera dar lugar a atenuar o excluir el reproche penal. En consecuencia, la posibilidad de negar la imputación por parte del imputado es una condición contingente que de ninguna ma-

nera anula el carácter ilícito de la declaración que rindió sin la asistencia de un profesionista en derecho, que por tratarse de una violación directa al derecho humano de defensa adecuada no puede ser objeto de valoración probatoria, sino que debe ser excluida como medio de prueba, con independencia de su contenido.

Por consiguiente, es importante considerar que tratándose de los derechos que deben hacerse efectivos durante el procedimiento, no sólo es el caso de que éstos se reconozcan, sino que se garantice su plena eficacia. En tal sentido, se encuentra el caso del derecho de toda persona a guardar silencio, o bien de no autoinculparse en caso de rendir una declaración, situación que debe quedar su constancia, pero que está íntimamente relacionada con la presencia del defensor a efecto de que pueda recibir la asistencia adecuada.

En efecto, el derecho a la defensa adecuada no implica solamente el que cuente con un defensor que lo asista, sino más bien la observancia de lo que plantee la CPEUM, así como el CNPP en el sentido de que esté en posibilidades de elegir libremente al abogado que desea como su defensor, sea privado o público, por lo que debe abandonarse la idea de que el derecho a la defensa se hace efectivo por el simple hecho de que se encuentre un abogado asistiéndolo al momento en que vierte alguna declaración.

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una serie de importantes resoluciones sobre los efectos de la prueba ilícita y particularmente en la necesidad de reponer los procesos, cuando existan datos que permitan observar la aportación de pruebas contrarias a derecho.

Al respecto, es destacable la sentencia del pasado 20 de octubre relacionada con el *Caso Dvorski*, en la cual se plantea un aspecto interesante en materia del impacto de las violaciones a los derechos humanos y los efectos de las pruebas ilícitas, tendencia que, sin duda, es un buen ejemplo a seguir en nuestro país a partir de las reformas de 2008 y 2011, antes mencionadas.

El caso es el siguiente:

El 13 de marzo de 2007, entre las 02:00 y las 03:30 horas, tres homicidios, un robo a mano armada y un incendio fueron consumados en la comunidad de Vezica, Croacia, perteneciente a la comunidad de Rijeka. Posteriormente a los hechos, diversas personas fueron detenidas y sujetas a interrogatorio en una estación de policía.

A las 13:00 horas de ese mismo día, el demandante fue detenido y trasladado a la estación de policía para ser sometido a un interrogatorio, tomarle muestras de sangre a fin de realizar un análisis de ADN; la policía también revisó su teléfono celular y aseguró sus pertenencias.

El demandante fue retenido en la estación de policía hasta las 09:50 horas en que se formalizó su arresto con relación a los hechos antes mencionados.

La versión del demandante con relación a los hechos fue la siguiente:

Alrededor de las 10:40 am del 14 de marzo de 2007 su mamá, quien vive y trabaja en Italia, solicitó los servicios de un abogado para que representara a su hijo, por tal motivo dicho abogado se trasladó a la estación de policía arribando a las 10:45 am, sin embargo, le fue negado el acceso y comunicación con el demandante. El abogado permaneció afuera de la estación de policía hasta pasado el mediodía. Ante dicha situación, formuló una queja por abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad e incomunicación en contra de los policías, pero en la estación de policía se negaron a atender su queja, bajo el argumento de que no ejercía representación respecto de ningún detenido, toda vez que no constaba su nombramiento en ninguna actuación; por tal motivo acudió ante el fiscal y solicitó se realizara una nota en la cual se diera constancia del incidente y su vez presentó un recurso ante el tribunal.

A las 13:30 horas, el padre del demandante firmó un poder y autorización a favor del abogado para que ejerciera defensa a favor de su hijo, que estaba detenido, por lo que el abogado acudió ante la estación de policía a entregar el escrito correspondiente; sin embargo, le fue solicitado por segunda vez que se alejara de la estación de policía.

De nueva cuenta entre las 15:00 y las 15:30, el abogado intentó por segunda ocasión tener contacto con el detenido, pero de nueva cuenta le fue negado el acceso. A las 15:30 el abogado formuló una queja ante el jefe del departamento de policía con motivo de los hechos anteriores, quien realizó una nota escrita de dicha queja.

El demandante no fue informado en ningún momento, por parte de la policía, respecto de la solicitud formulada por su familia del abogado para representarlo, o bien que alguien hubiera acudido a la estación de policía a preguntar por él.

De conformidad con lo manifestado por el demandante, en múltiples ocasiones le solicitó a los oficiales de policía le permitieran comunicarse con su abogado, mas la respuesta que recibió fue que trataron varias veces de llamarlo por teléfono y que nunca contestó.

La versión del gobierno en torno al evento fue la siguiente:

El demandante fue detenido por existir evidencia en su contra de haber participado en la comisión del delito, se le reconocieron todos sus derechos y se le facilitó su defensa.

Alrededor de las 18:00 horas del 14 de marzo de 2007, el demandante manifestó su voluntad de ser representado por un abogado que se había desempeñado años antes como jefe de policía, mismo que arribó a la estación de policía alrededor de las 19:45 horas. El gobierno señaló que el demandante eligió libremente al abogado que lo representó ante una lista de abogados, de la barra de abogados de la ciudad, por lo que el interrogatorio al demandante inició en presencia de su abogado a las 20:10 horas.

El demandante fue informado tal y como consta en la carpeta de investigación de todos sus derechos, así como del derecho a no autoinculparse y del derecho a permanecer en silencio, y expresamente manifestó y solicitó que se asentara que su abogado estaba presente y que él lo había elegido.

De manera expresa señaló:

He sido informado de los motivos de mi arresto, de los delitos respecto de los cuales estoy siendo señalado, de mis derechos, del derecho a no responder y del derecho a estar legalmente representado, así como del derecho a que los miembros de mi familia sean informados respecto de mi arresto. He elegido y autorizado para que actúe como mi abogado defensor a quien aquí está presente, y hemos tenido una plática en privado respecto de la manera en que me representará; después de consultar con mi abogado estuve de acuerdo en aportar los indicios que se encuentran ahora asegurados.

En la carpeta de investigación aparece la confesión del demandante respecto de la comisión del delito que se le imputa y todas las hojas en las que declara aparecen firmadas de puño y letra.

Al momento de declarar ante el juez de control o instructor, y ser interrogado en torno a la designación del abogado defensor, manifestó que él no había elegido a ese abogado, sino a otro que ahora sabe que jamás le fue permitido el acceso.

Al respecto, la Corte Europea de DH resolvió que el artículo 6o.¹⁸ de la Convención reconoce el derecho de toda persona de elegir de ma-

¹⁸ “Artículo 6o. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por

nera libre y voluntaria a quien fungirá como su defensor, señalándolo de manera expresa o tácita, para asegurar que la garantía de un juicio imparcial se lleve a cabo. Por tal motivo, para que sea efectivo dicho derecho, acorde al propósito de la Convención, debe constar de manera inequívoca y no debe ser limitado bajo el argumento de un interés público.

De igual manera, el derecho a una defensa adecuada, dado que constituye un derecho fundamental plenamente vinculado con el derecho a un juicio justo y al debido proceso, es un claro ejemplo de esos derechos que demandan de una protección especial, tal y como se ha establecido como “estándar por la propia Corte Europea”.

Ante el caso anterior y con los argumentos señalados se configuró una violación a lo previsto por el artículo 6o., apartados 1 y 3 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. En tal virtud se determinó anular el proceso y solicitar una reposición del procedimiento, en el cual se le hicieran valer todas las formalidades especialmente el derecho a una defensa adecuada.

un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”. El referido artículo es correspondiente a lo que prevé el artículo 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, salvo la variable del tipo de tribunal que se refiere en el apartado 1.

Por otra parte, destaca el *Caso Turbylev*, relacionado con un caso de trato inhumano y degradante.

En el 2005 se presentó el robo de una joyería durante el cual la guardia que se encontraba custodiando el negocio sufrió diversas heridas. La policía inició una carpeta de investigación y cuatro meses después, a través de un testimonio, se logró ubicar al demandante que fue señalado como copartícipe de delito, el 26 de agosto fue arrestado. Al encontrarse detenido en la estación de policía confesó haber intervenido en el delito, al ser internado en un centro de detenciones del departamento de policía, ese mismo día presentó diversas lesiones, contusiones alrededor de los ojos, los labios reventados, la mandíbula izquierda severamente inflamada, contusiones en la espalda y escoriaciones en las rodillas.

Al ser presentado ante el juez de instrucción, en presencia de su abogado, manifestó que se retractaba de su declaración y que ésta la había realizado con motivo de los golpes de que fue sujeto por parte de los elementos de la policía y que no se le había permitido elegir a un abogado, sino que le fue asignado uno sin su consentimiento.

Al tenerse por demostrado el trato inhumano, así como la limitación a elegir a su abogado, se acreditó una violación a los artículos 3o. y 6o. de la Convención Europea, por lo que el tribunal resolvió declarar nulo todo lo actuado a partir del trato inhumano y degradante, así como la violación al debido proceso y al derecho a un juicio justo proporcionado al demandante.

Ahora bien, las resoluciones que se han generado en los últimos años en torno al concepto de prueba ilícita reconocen la anterior tendencia internacional, con lo que se reafirma el sentido de la reforma constitucional de 2008, así como la redacción del CNPP, con una orientación que recoge a plenitud el estándar internacional en la materia.

Al respecto, véanse los siguientes ejemplos:

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.

Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo

17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Asimismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.¹⁹

PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO.

La fuerza normativa de la Constitución y el carácter inviolable de los derechos fundamentales se proyectan sobre todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos los sujetos del ordenamiento, sin excepciones, están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones, incluyendo la de búsqueda y ofrecimiento de pruebas, es decir, de aquellos elementos o datos de la realidad con los cuales poder defender posteriormente sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales. Así, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno. Esta afirmación afecta tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas, por su cuenta y riesgo, por un particular. Asimismo, la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultados de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental —las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto—, por lo que, en pura lógica, de acuerdo con la regla de exclusión, no pueden ser utilizadas en un proceso judicial.²⁰

¹⁹ Tesis 1a./J. 139/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, diciembre de 2011, p. 2057.

²⁰ Tesis 1a. CLXII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 226.

PRUEBAS ILÍCITAS RECABADAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SU EFECTO EN LAS DESAHOGADAS DURANTE LA INSTRUCCIÓN.

Las pruebas recabadas en contravención a las disposiciones legales son ilícitas, y deben declararse nulas en la etapa de averiguación previa, así como las que deriven de éstas, las cuales sólo serán eficaces en caso de que pueda advertirse objetivamente que el hecho en cuestión sería descubierto por otra vía legal, totalmente independiente al medio ilícito y puesta en marcha en el curso del proceso, como ocurre con las pruebas desahogadas en la instrucción, a través de una fuente independiente, esto es, en presencia del juez, sometidas al contradictorio de las partes, en función del respeto a los derechos fundamentales de las víctimas, aun cuando tratándose de declaraciones judiciales se ratifiquen las versiones ministeriales afectadas de nulidad, debido a que, por un lado, no pueden convalidarse de esa forma las pruebas viciadas y, por el otro, porque esas declaraciones judiciales tendrán valor exclusivamente en cuanto a los datos de convicción que por sí mismas arrojen en esa etapa procesal. Esto implica que los diversos testimonios desahogados durante el proceso penal deben dividirse, descartando los aspectos que deriven y se relacionen directamente con las pruebas ilícitas, pero adquiriendo valor en torno a los aspectos que son obtenidos por medio de esa fuente independiente y legal, máxime si la nulidad de las pruebas ilícitas desahogadas en la averiguación previa no se relaciona con la credibilidad del dicho de los diversos testigos, sino a la actuación indebida de las autoridades.²¹

VI. REFLEXIÓN FINAL

El aludir a la prueba lícita implica adentrarnos en un ámbito de respeto a la Constitución, particularmente a los derechos fundamentales reconocidos en ésta y reafirmados en los instrumentos internacionales.

Los efectos de la prueba ilícita implican la anulación de las actuaciones contrarias a los derechos humanos, así como la necesaria reposición del proceso.

Los criterios inmersos en las resoluciones de los tribunales federales en nuestro país permiten observar la introducción de la llamada teoría del efecto corruptor del proceso, o bien la teoría “del fruto del árbol envenenado”, orientadas a evitar los excesos policiales, sobre la base de la nulidad de los efectos de todos aquellos actos contrarios a los derechos humanos, circunstancia que se traduce en el mejor preventivo y en un freno a la arbitrariedad.

²¹ Tesis LXVII/2015, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época.

La prisión preventiva y su evolución en 75 años

*Julio Antonio Hernández Pliego**

I. INTRODUCCIÓN

FIRMEMENTE VINCULADAS con el proceso penal están la actividad coercitiva del Estado, por una parte, y la potestad libertaria del imputado, sujeto indispensable de la relación procesal penal, por la otra, cuyos derechos fundamentales preocupan, intranquilizan y son objeto de análisis desde diversos ángulos: legal, social, cultural, doctrinario, jurisprudencial, y convencional en los planos doméstico e internacional en una hora en que México, por efecto de una reciente reforma constitucional, trata de incorporarse al sistema del procesamiento acusatorio y adversarial para desprenderse de prácticas inquisitoriales que no satisfacen ya las exigencias de un Estado de derecho con procesos de desarrollo democrático.

El análisis de la prisión preventiva resulta importantísimo por múltiples razones, entre ellas, por el necesario conflicto que plantea la presunción de inocencia, reconocida universalmente como un derecho fundamental del imputado, y la privación de la libertad sin el sostén de una sentencia de condena.

Este examen que hemos decidido referir sólo a nuestro país, y reducido a los últimos 75 años, muestra el fenómeno en sus particularidades, que destacan la enorme distancia existente entre las vanguardistas conquistas en materia de derechos humanos y sus garantías, que en el papel sorprenden al más incrédulo, y la cruda realidad que en el día a día se impone en los campos de la procuración e impartición de justicia.

Por lo demás, queremos tratar el tema precisamente en este momento, a la vista de la reforma constitucional en materia penal y de

* Profesor de Derecho procesal penal en la Facultad de Derecho de la UNAM; de Derechos humanos y Derecho penal en el Inacipe, y miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

seguridad pública de junio de 2008, cuyo plazo para su cabal implementación al escribir estas líneas está a la vuelta de la esquina y, no obstante, ha venido cocinándose a fuego muy lento durante los pasados siete años.

Al parecer no se ha considerado seriamente la urgencia del análisis que la institución reclama, para determinar y, en su caso, sugerir los cambios necesarios que habrán de realizarse y que convengan de que el valor de la libertad puede y debe supeditarse justificadamente a los fines del juicio penal mexicano y en esa hipótesis, en qué medida es aceptable que ello ocurra.

Porque en nuestro país, la prisión preventiva se ha movido al ritmo que han marcado a la libertad las distintas concepciones impuestas por los regímenes de gobierno de las etapas por las que históricamente hemos deambulado, olvidando con frecuencia que el fin inmediato y fundamental de la prisión cautelar no es hacer justicia, eso tendrá que buscarse en el proceso penal, habida cuenta que las medidas cautelares no poseen un fin en sí; son indispensables en efecto, pero para asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal, que es, como se ve, cosa si no distante sí claramente distinta.

No intentamos decir que estén desconectadas (al contrario, lo están e indisolublemente) las finalidades del proceso, que tan ligadas se encuentran a la convivencia social pacífica, y las de la prisión preventiva, porque sería desconocer lo evidente, simplemente sostenemos que para el logro de los fines que busca el proceso penal, al resolver la controversia que surge entre el imputado y el acusador, no puede llegarse a costa de violar los derechos humanos de nadie.

Procesalmente la coerción del Estado responde a finalidades que tienen que ver con el objeto perseguido en el juicio penal, a saber, el esclarecimiento de los hechos y la aplicación de la ley sustantiva a los casos concretos, sin embargo, en esa tarea se entra en conflicto con el derecho fundamental a la libertad, uno de los cimientos que sostienen a la sociedad democrática y al Estado de derecho.

Es que la seguridad, función cuyo aseguramiento corre a cargo del Estado y cuya salvaguarda está encomendada al proceso penal, puede afirmarse que tiene igual jerarquía que la libertad personal del imputado, ésta correspondiente al probable autor de un delito, aquella perteneciente a la víctima, mas ambos derechos fundamentales como partícipes del proceso pretenden ser garantizados por la ley en un justo equilibrio, guardián de su igualdad, que sólo puede romperse, de ma-

nera excepcional e indispensable, si se inclina hacia los elevados fines perseguidos en el proceso penal.

Julio Maier¹ cuando explica esta antinomia que surge entre los fines del proceso y los derechos del imputado o de un tercero distinto de él, lo dice de la siguiente manera: “Esos fines pueden ser puestos en peligro deliberadamente por una conducta humana de acción o de omisión dirigida a ello o que, sin procurar ese fin, ni tenerlo en cuenta, provoque el mismo resultado, en particular, por el comportamiento del propio imputado”.

Este autor añade que la investigación de la verdad puede obstaculizarla un testigo que desatiende un citatorio, lo que obliga a emplear la fuerza pública para lograr su comparecencia forzosa; quien puede franquear el acceso a un lugar cerrado y rehúsa permitir su inspección, o su voluntad no puede ser consultada en ese momento por motivos de hecho (de allí el allanamiento como inspección domiciliaria forzosa) o, en fin, porque el propio imputado destruye rastros del delito, se pone de acuerdo con sus cómplices, pretende influir sobre los testigos, etcétera.

Para el mejor desarrollo de los actos del proceso penal, el Estado con el empleo de la fuerza pública puede afectar las libertades de los intervinientes, estableciendo limitaciones más o menos severas, con el legítimo argumento de cumplir los fines del proceso, es decir, de esclarecer los hechos investigados y aplicar la ley sustantiva penal a los casos concretos.

Dentro de estas restricciones que el Estado puede imponer nos quedamos, para su estudio en este trabajo, con las que se refieren específicamente a la privación de la libertad del imputado, que puede ser impuesta sólo en ciertas hipótesis.

En cualquiera de tales casos, el órgano de la jurisdicción podrá ordenar que se prive de la libertad al imputado, para evitar que se sustraiga de la aplicación de la ley o que impida a la autoridad el esclarecimiento de la verdad, que obstaculice de algún modo los actos investigatorios, la aplicación y el cumplimiento de las penas que eventualmente lleguen a imponerse y haga así nugatorios los propósitos en el proceso penal perseguidos.

¹ Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal, fundamentos*, 2a. ed., 2a. reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002, t. I, p. 514.

Nos preocupa por eso, y mucho, establecer los límites de la libertad y las medidas constitucionales y legales que autorizan su restricción en el proceso, así como el camino por el que han discurrido durante los últimos tres cuartos de siglo, con la idea de encontrar una propuesta de equilibrio que armonice con mejor simetría, intereses tan opuestos, como libertad con impunidad, y prisión con atropello de las libertades y la dignidad humana.

Todo ello teniendo presente, en primer lugar, que ontológicamente la libertad es un derecho de todo ser humano, por el solo hecho de serlo, y en el mismo nivel que la justicia y la paz en el plano interno e internacional está registrada y comprendida en el capítulo de la dignidad de la persona.

Vélez Mariconde,² el admirado procesalista argentino, dice que la oposición que surge entre el interés social y el individual “ha denotado siempre cuán necesario es encontrar en el sistema de enjuiciamiento, un equilibrio que asegure la satisfacción del interés represivo con el más leve menoscabo de la libertad personal. Y sin trastocar los términos del problema que se plantea, ha podido pensarse que si el delito vulnera los bienes más sagrados de la colectividad, la prisión provisional es un sacrificio impuesto en holocausto de aquélla”.

No es admisible bajo ningún contexto obtener la justicia a costa de lo que sea, por eso es que las medidas cautelares como la libertad caucional más bien significan un adelanto o anticipación temprana a la justicia (piénsese en los casos que concluyen por sentencia absoluta) y por ello, deben estimarse como un vehículo para que el proceso penal logre sus elevados propósitos, pero con irrestricto respeto a los derechos humanos involucrados en ello.

Múltiples son las reformas o adiciones en las que ha sido sometida la Constitución federal para —con un discurso que resulta frecuentemente fingido y engañoso— hacer más laxo y permisivo el uso de mecanismos que agravan la libertad, disminuyendo los requisitos exigidos para la procedencia del encarcelamiento sin sentencia, al grado de volverlo, hoy en día, lugar común en la más alta codificación del país, muy a pesar de que en la disertación tramposa se afirme enfáticamente lo contrario.

² Vélez Mariconde, Alfredo, *La situación jurídica del imputado*, Buenos Aires, Depalma, 1943-1944, p. 120.

Hay que ser sumamente cuidadosos al fijar los linderos aceptables en los que puede autorizarse la privación cautelar de la libertad, para evitar que aderezadas excusas de relumbrón político, escondiendo a veces tras la incuria de la autoridad una anticipación de la pena, ponderen como pretexto para justificarla, la conveniencia social o el amortiguamiento de la alarma colectiva.

Ya desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 se anunciaban los límites que pueden imponerse a la libertad: “Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada, sino en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas en ella”; “toda persona, siendo presumida inocente hasta que sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona”.

La libertad es un concepto clave en la ética y el derecho, que sintetiza así la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y derechos”.

La vida en libertad es un derecho humano que representa la excelencia del ser, que lo distingue y enaltece frente a cualquier otro y que es fuente de todos los otros derechos cuya tutela y promoción, por tratarse de valores universales, inviolables, inalienables, constituye una noble tarea a la que debe aspirar toda legislación que busque la paz, la justicia y la seguridad.

Como la prisión provisional importa privar de la libertad a alguien que está acusado de la comisión de un delito, sin que exista una sentencia condenatoria en su contra, es menester para descubrir su verdadera naturaleza jurídica, destacar la finalidad esencial que con ella se persigue, y una vez hecho esto, tratar de establecer si cumple con las características que identifican a todas las medidas cautelares.

II. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

Para ubicar el contexto del tema y entender cabalmente la forma en que ha discurrido la prisión cautelar hasta llegar a nuestros días, haciendo una obligada escala en 1940 para recordar dicha forma que en esa fecha adoptaba en México, nos asomaremos de manera compendiada a los antecedentes que presenta la prisión provisional en el país, pasando revista a los más importantes cuerpos de leyes vigentes en

las diversas épocas por las que hemos transitado a partir de nuestra independencia de 1810.

Durante la etapa independentista impactaron de manera importante en la Nueva España una serie de sucesos ocurridos en la madre patria, que condujeron a la abdicación de Carlos IV a la Corona Española y la asunción al poder de su hijo Fernando VII, quien subió al trono por aclamación sin el refrendo de las cortes del reino.

Tuvo lugar al mismo tiempo la ya anunciada intención de Napoleón, de intervenir en la península ibérica para exaltar en el trono a su hermano mayor, José Bonaparte (1808-1813), quien a pesar de sus medidas liberales e ilustradas se topó con la hostilidad popular que hacía burletas de su supuesto alcoholismo (de ahí el mote de Pepe Botella) de manera que todos estos acontecimientos hicieron efervescencia en España en plena lucha armada contra la invasión francesa.

En ausencia, pues, de rey legítimo se formó en España una *Junta Central* —en cuya integración participaron representantes de América—,³ que asumió totalmente los poderes soberanos, y se conformó mayormente por el ala liberal, prescindiendo de la nobleza y el clero.

Asentando su sede inicial en Aranjuez, aunque luego migró a Sevilla y por último ante el acoso francés a Cádiz, la Junta convocó a las cortes extraordinarias integradas preponderantemente por la burguesía, lo que se tradujo claramente en el inicio del proceso revolucionario que enfrentó a liberales contra absolutistas o “serviles”, dando lugar a que los primeros aprobaran una Constitución que cambiaba el régimen político del país, imponiéndose a las colonias en América.

Por eso, la evolución del proceso legislativo en México no es posible que se interprete como un acontecimiento aislado, independiente y desvinculado de las tendencias de la cultura occidental, que necesariamente ejercieron su influencia de una u otra forma en el perfeccionamiento o deterioro de las instituciones del país.

La Constitución de Cádiz. Sin embargo, de efímera vigencia en México, la Constitución de Cádiz de 1812,⁴ célebre ejemplo de tex-

³ Miguel de Lardizábal y Uribe, ilustrado criollo nacido en Tlaxcala en 1744, fue nombrado representante de Nueva España. De él dice Floris Margadant, que por haber sido opositor a la independencia del país, la historiografía nacional lo ha colocado en la lista de “los malos”, a pesar de que figura como el primer penalista en algunos casos con ideas superiores a Beccaria, su inspirador.

⁴ La Constitución Política de la Monarquía Española, conocida como la Constitución de Cádiz (La Pepa), fue jurada el 19 de marzo de 1812, pero promulgada hasta el 30 de septiembre y se dispuso su aplicación en las colonias de la madre patria en

to liberal en España, contenía sabias disposiciones que importan un antecedente de la prisión preventiva, puesto que en el contexto de su articulado preveía la tramitación rápida de los procesos, estableciendo las exigencias de previo mandamiento, escrito y notificado en el acto mismo de la prisión, información sumaria del hecho y la condición de que la pena del delito fuera corporal, para poner en prisión a cualquier español.

Ante el peligro de fuga se autorizó el uso de la fuerza para asegurar a la persona, imponiendo al juez la obligación de tomarle declaración en libertad o en prisión, dentro de las veinticuatro horas, pero si se resolvía que el detenido era puesto “en la cárcel, o que permaneciera en ella en calidad de detenido, se proveerá auto motivado y de él se entregará copia al alcaide para que la inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitirá el alcaide a ningún preso en calidad de tal, bajo su más estrecha responsabilidad”.

Finalmente, los artículos 295 y 296 del ordenamiento disponían que “No será llevado a la cárcel el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que se admita la fianza”, y “En cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad, dando fianza”.⁵

Constitución de Apatzingán. Debido a los combates entre realistas e independentistas, éstos acaudillados por José María Morelos y Pavón, el Congreso Constituyente al que convocó para tener lugar en Chilpancingo logró reunirse en Apatzingán, Michoacán, después de su andar itinerante por varias ciudades, para expedir el 22 de octubre de 1814, la Constitución de Apatzingán.

Este instrumento sobresaliente había sido precedido por uno de los documentos capitales para comprender la historia constitucional de

América. Es la primera Constitución moderna del mundo hispánico que enfrentó el problema de gobernar un reino y su imperio en ausencia de legítimo soberano. Con ella se inició un proceso de reorganización del gobierno sobre bases liberales, convirtiendo a España en una monarquía hereditaria limitada, en donde las cortes y el rey constituían el gobierno de la Nación.

⁵ En Nueva España, la Constitución española de 1812 causó un verdadero cisma, empezando porque estableció que el monarca no podía delegar su autoridad total o parcialmente y el virrey en los reinos de Indias era un delegado del monarca, de modo que éste y varios otros textos de la Constitución se mantuvieron en reserva, pues de haberse percatado la gente, hubiera sido un desastre descabezar políticamente las provincias en plena guerra de Independencia.

México, *Los Sentimientos de la Nación*,⁶ que a su vez fue resultado del Congreso convocado por Morelos en Chilpancingo el 13 de septiembre de 1813, ante cuyo cuerpo legislativo lo presenta, corroborando en él la independencia de México, respecto de España y con la adopción de la religión católica rechaza cualquier otra, acogiendo de igual manera la división de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, propios de la ideología liberal.

La Constitución de Apatzingán fue realmente la primera Constitución escrita en nuestro territorio; cimentó los principios políticos que dieron perfil al actual Estado mexicano, e influyó por su forma republicana y popular en las futuras Constituciones, como la de 1824.

Denominado formalmente “Decreto para la Libertad de la América Mexicana”,⁷ en cuanto a lo que interesa en este trabajo, su artículo 30 consagra la presunción de inocencia al indicar que “todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado”, y en el artículo 21 establece que sólo las leyes pueden determinar los casos en que algún ciudadano puede ser preso o detenido.

Toribio Esquivel Obregón se refiere a las variadas coincidencias entre las Constituciones de Cádiz y la de Apatzingán, cuando acerca de esta última escribe: “Muchos puntos semejantes tiene esa Constitución con la que a miles de leguas de distancia y sin fácil comunicación con los pueblos de la sierra de Michoacán y Guerrero, por donde vagaban los diputados al Congreso y los jefes de la revolución, se formaba en Cádiz, indicándose con ello la idea de un centro inspirador de uno y otro documento”.⁸

El Primer Imperio en México. Históricamente, en el periodo que corrió de 1821 a 1823, después de haberse firmado los Tratados de

⁶ Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, 2a. ed., 6a. reimpresión, México, Oxford University Press, 2008, p. 616.

⁷ El Decreto en cuestión surge instalado en el Congreso de Chilpancingo, capital actual del estado de Guerrero, con la participación de los diputados: Cornelio Ortiz de Zárate por Tlaxcala; Manuel de Aldrete y Soria por Querétaro; Antonio Moctezuma por Coahuila; José María Ponce de León por Sonora; Francisco Argandar por San Luis Potosí; y los secretarios Remigio de Yarza y Pedro José de Bermeo. Una vez firmado, el 22 de octubre de 1814, se sancionó y aprobó. Los personajes que firmaron el Decreto, integrantes del Supremo Gobierno, fueron José María Liceaga, José María Morelos y José María Coss.

⁸ Esquivel Obregón, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, 3a. ed., México, Porrúa, 2004, t. II, p. 72.

Córdoba, el Estado gobernado por Agustín de Iturbide se denominó Primer Imperio Mexicano, a la cabeza del cual quedó el emperador Agustín I de México.

Sin embargo, consignamos que en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano del 2 de noviembre de 1822 se disponía que “Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días, y en su defecto a satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que se le sigan de aquella providencia”.

En otra parte del mismo ordenamiento se estableció que

...en caso de denuncia, que el que la diere no se ofrezca a probar, el juez pesando atentamente las circunstancias de aquél y del denunciado, la gravedad y trascendencia del delito y el fundamento de la denuncia, formará proceso instructivo. Si de éste resulta semiprueba plena o vehemente sospecha, procederá al arresto; así como si obrando de oficio teme fundadamente que se fugue el presunto reo antes de averiguar el hecho.

Constitución de 1824. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824⁹ —promulgada después del derrocamiento del Primer Imperio— tuvo vigencia hasta 1835, fecha en que se promulgan las *Bases Constitucionales* a las que sucedieron las Siete Leyes Constitucionales de 1836, fue la primera Constitución federal que adoptó en su gobierno la forma representativa popular federal, como respuesta al centralismo que imperó en el país desde antes de la llegada de los españoles.

Integrada por siete títulos y 171 artículos recibe inspiración tanto de las Constituciones de Cádiz y la de Estados Unidos, como del Decreto para la Libertad de la América Mexicana, no obstante, a semejanza de la original concepción de la carta norteamericana no contempló expresamente los derechos de los ciudadanos; si bien para lo que nos interesa concretamente, en los artículos 150 y 151 mostró claramente su respeto por la libertad como derecho humano, al prohibir cualquier detención que no reconociera como sostén al menos prueba semiplena

⁹ En este cuerpo normativo se adopta por primera vez como nombre del país, el de *Estados Unidos Mexicanos* y el Congreso Constituyente determinó que fuera la Ciudad de México y no Querétaro, la sede de los poderes federales.

o indicios de estar ante un delincuente, y limitó de igual modo una detención más allá de las sesenta horas, que reconociera indicios solamente como apoyo.¹⁰

Las Siete Leyes. Publicadas el 30 de diciembre de 1836, las Siete Leyes dejaron en suspenso la Constitución de 1824, pues el Congreso se asumió como Poder Constituyente y aprobó las *Bases para la nueva Constitución*, creando el Supremo Poder Conservador con facultades revisoras de la actuación de los tres poderes, con la potestad de anular los actos que estimara contrarios a la Constitución.

A diferencia de la Constitución de 1824, Las Siete Leyes contemplaron derechos públicos subjetivos, como la prohibición de privar de la libertad sin previo mandamiento escrito y firmado por un juez competente, restringiendo las aprehensiones sólo a aquellas que fueran ordenadas por las autoridades a quienes correspondiera, según la ley, exceptuando de forma expresa los casos de flagrancia.¹¹

Dichas leyes condenaron además la detención por más de tres días: “Por autoridad ninguna política, sin ser entregados al fin de ellos, con los datos de su detención, a la autoridad judicial, ni por ésta más de diez días, sin proveer el auto motivado de prisión. Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos”.

Autorizó para usar la fuerza “en caso de resistencia o de temor fundado de fuga”, y en la Quinta Ley, el artículo 43 dispuso: “Para proceder a la prisión se requiere: 1.^a Que preceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal. 2.^a Que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal”.

Éstas son las referencias que pudimos encontrar en este documento, con respecto a la privación de la libertad, previamente al dictado de una sentencia condenatoria.

¹⁰ Literalmente, los artículos 150 y 151 decían: “Nadie podrá ser detenido, sin que haya semiplena prueba o indicio de que es delincuente”. “Ninguno será detenido solamente por indicios más de sesenta horas”.

¹¹ En la Primera Ley, cuyo título era “Derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República”, precisamente en el artículo 2o., fracción I, literalmente, se expresaba: “Son derechos del mexicano I. No poder ser preso sino por mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según ley. Exceptúese el caso de delito infraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido y cualquiera puede aprehenderle, presentándole desde luego a su juez o a otra autoridad pública”.

El Estatuto Orgánico. El 20 de octubre de 1852 sería la última ocasión en que Santa Anna iba a asumir la Presidencia del país,¹² de manos del general Manuel María Lombardini, apoyado en el Plan del Hospicio. El estado de cosas permitió que poco a poco entronizara la dictadura y antes de convocar a un nuevo Congreso Constituyente, quiso obtener una extensión indefinida a su mandato.

Recogiendo la inconformidad popular, en 1854 el Plan de Ayutla pronunciado, entre otros, por Ignacio Comonfort, Florencio Villarreal y el general Juan Álvarez, logra derrocar al dictador que abandona el poder el 9 de agosto de 1855.

De conformidad con lo dispuesto en el mismo Plan de Ayutla, luego modificado por el Plan de Acapulco, ocupó la Presidencia interinamente Juan Álvarez, residiendo el gobierno en la Ciudad de Cuernavaca,¹³ y a la renuncia del presidente por motivos de salud, fue nombrado presidente sustituto Comonfort, quien emite su Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, con vigencia teóricamente hasta la promulgación de la Constitución del 5 de febrero de 1857.

Para lo que ahora interesa, el Estatuto Orgánico¹⁴ en su artículo 50 dispuso que “en los delitos que las leyes no castiguen con pena corporal, se pondrá al reo en libertad bajo fianza”.

La Constitución de 1857. Integrada por ocho títulos, 128 artículos y un transitorio, la Constitución Política de la República Mexicana fue jurada el 5 de febrero de 1857, por el presidente sustituto de la Nación, Ignacio Comonfort.¹⁵

El título I, compuesto por 29 artículos, está dedicado a los derechos del hombre como base y objeto de las instituciones sociales; a los

¹² Este hombre carismático, conocedor profundo de las entretelas del poder y la política, en la primera mitad del siglo XIX, ocupó la Presidencia del país en once ocasiones, la primera vez en marzo de 1833.

¹³ Integraron parte de su gabinete: Ignacio Comonfort como ministro de Guerra, Ponciano Arriaga en Fomento, Melchor Ocampo en Relaciones y Benito Juárez en Justicia y Asuntos Eclesiásticos.

¹⁴ Expedido por Ignacio Comonfort, representa el antecedente directo de la Constitución de 1857.

¹⁵ Formó parte de la legislación conocida como las Leyes de Reforma, fruto de las ideas liberales de personalidades de la historia mexicana, entre las que destacan: Benito Juárez, Miguel Lerdo de Tejada y Melchor Ocampo; fue similar a la carta magna de 1824, implantó de nueva cuenta el Federalismo y la república representativa, la cual constaba de veinticinco estados, un territorio y el Distrito Federal.

mexicanos; los extranjeros y a los ciudadanos mexicanos, declarando que en la república todos nacen libres y que los esclavos por el solo hecho de pisar territorio nacional recobrarán su libertad y tendrán derecho a la protección de las leyes.

Seguendo las enseñanzas del Estatuto expedido el año anterior, estableció, en su artículo 18, la prisión sólo para los delitos que merecieran pena corporal. De este modo: “En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo de fianza”; y en el artículo 19 ordenó que ninguna detención debía exceder de tres días: “...sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término, constituye responsables a la autoridad que la ordena o consiente, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten”.

Nótese que el plazo máximo de sesenta horas que fijó la Constitución de 1824 para justificar una detención efectuada al amparo de indicios solamente, ahora se amplió a tres días su respeto por la libertad como derecho humano, al prohibir cualquier detención que no reconociera como sostén al menos prueba semiplena o indicios de estar ante un delincuente, y limitó, de igual modo, una detención más allá de las sesenta horas, que reconociera indicios sólo como apoyo.

La Constitución de 1917. Roto el orden constitucional por el usurpador Victoriano Huerta, quien para hacerse del poder ordenó asesinar arteramente al presidente de la República, Francisco I. Madero y al vicepresidente José María Pino Suárez, finalmente, como producto del triunfo de la Revolución mexicana iniciada en 1910, surge la Constitución que rige al país en la actualidad, concebida en sus inicios como una Constitución política, pero que realmente constituyó también la más avanzada Constitución social en su época y tuvo, igualmente, carácter de una verdadera Constitución económica.¹⁶

La Constitución promulgada el 5 de febrero de 1917 estableció desde los llamados “derechos humanos de primera generación”, la liber-

¹⁶ El brillante constitucionalista Felipe Tena Ramírez dice de ella: “Cuando el Estado mexicano había alcanzado ya la integración completa de su ser, la Constitución de 1917 se preocupó por la resolución del problema social. La sangre derramada en la lucha por la Constitución, no lo había sido por una quimera siempre en fuga. Más allá que el aliento jurídico de este pueblo, su ley suprema ha sido el pretexto jurídico de su redención”. *Leyes fundamentales de México 1808-1992*, 17a. ed., México, Porrúa, 1992, p. XXIV.

tad entre ellos; consolidó una serie de conquistas de carácter social, consagrando el sistema federal, el principio de la división de poderes y evidenció notables adelantos en la materia laboral y agraria.

El texto constitucional compuesto por 136 artículos —más 16 transitorios— distribuidos en nueve títulos, y éstos en capítulos y secciones, a casi cien años de vigencia, ha sufrido más de setecientas reformas, para ajustarla a los constantes cambios que experimenta la sociedad, trascendentales unas, otras no tanto, mas que en su conjunto integran nuestro proyecto de vida como Nación y forman la base estructural del Estado social democrático de derecho que deseamos y que el Constituyente de Querétaro palpó en la realidad y avistó en el horizonte.

El mensaje y proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, del 1o. de diciembre de 1916, en la primera parte del artículo 18 dice: “Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas”.

Expresaban los párrafos vigésimo séptimo y trigésimo del mensaje y proyecto de Constitución, lo siguiente:

El artículo 20 de la Constitución de 1857 señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas, se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aun de los mismos agentes o escribientes suyos.

La ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo fianza durante el curso de su proceso; pero tal facultad quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negar la gracia con sólo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia. A remediar todos esos males tienden las reformas al citado artículo 20.

El texto original de la fracción I, del artículo 20, en la Constitución general del país planteaba:

Inmediatamente que lo solicite, será puesto en libertad, bajo fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del

delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgue caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

Con esta forma en que reguló la Constitución que nos rige a la prisión preventiva, arribamos a 1940, fecha en que se funda el Instituto de Derecho Comparado, que a la postre se transformaría en el que hoy conocemos como Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra máxima casa de estudios.

¿Qué ha sucedido después con la medida cautelar de prisión preventiva?, ¿qué avances y retrocesos ha presentado?, y ¿qué respuesta tiene para las exigencias y reclamos de un Estado democrático de derecho como el nuestro? Es lo que escudriñaremos enseguida.

Reforma de 1948. La primera reforma a la disposición constitucional transcrita ocurrió en 1948, y consintió la medida cautelar de prisión preventiva sólo para delitos cuya pena de prisión, en su término medio aritmético, fuera superior a cinco años, pues para los de penalidad inferior sustituyó la prisión por otra medida cautelar menos gravosa, consistente en una garantía de tipo económico, cuyo límite máximo fijó en \$250,000.00, salvo los casos de delitos de contenido patrimonial, en los que podría aumentarse cuando menos tres veces el importe de la caución.¹⁷

Según se ve, la norma reformada aumentó el máximo de la caución de diez mil, ahora a \$250,000.00, o bien tratándose de delitos patrimoniales, cuando menos tres veces el tanto del beneficio obtenido o el daño ocasionado, dejándole al juez, además, la responsabilidad en la aceptación de la garantía.

¹⁷ El texto original quedó concebido de esta manera: “Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juez en su aceptación. En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$250,000.00, a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado”.

Pero lo más importante es que, como consecuencia de la jurisprudencia que formó la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el particular, se redujeron sensiblemente los casos de prisión preventiva, interpretándose que los cinco años a los que aludía el texto de la Constitución deberían computarse tomando en cuenta que eran resultado de la obtención de la media aritmética de la sanción, es decir, de la semi-suma del mínimo y el máximo de la pena de prisión, introduciéndose así la fórmula del término medio aritmético de la sanción privativa de libertad correspondiente al delito imputado.¹⁸

Reforma de 1985. Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de enero de 1985, fue transformada la disposición para ampliar la prisión cautelar a las hipótesis de delitos que, incluyendo sus modalidades, merecieran ser sancionados con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión.

Este cambio significó una regresión a la apertura que había mostrado la anterior modificación de 1948, porque se apartó de las concepciones legislativas más modernas acerca de la prisión cautelar, acrecentando los casos de procedencia de la medida.

Efectivamente, habrá prisión preventiva no sólo cuando la pena correspondiente al delito imputado fuera superior en su media aritmética a cinco años de prisión, sino que tendría que computarse también dentro de ese término la pena correspondiente a las modalidades del delito, fórmula con la cual se favoreció inquisitivamente el aumento de casos en que debía aplicarse la privación de la libertad en el procesamiento.

¹⁸ Esta tesis es representativa del criterio sostenido reiteradamente sobre el tema por la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA, TÉRMINO MEDIO ARITMÉTICO EN LA, Y EN LA LIBERTAD. Para los efectos de la concesión o la negación de La libertad caucional elevada al rango de garantía individual, ciertamente, debe tomarse en su término medio aritmético la penalidad señalada por la ley, pues basta considerar que la fracción I del artículo 20 constitucional alude a la pena correspondiente al delito que se atribuye al acusado; lo cual indica que el legislador quiso referirse en abstracto a la ley, para definir y castigar la infracción respectiva, y no a la distinta situación que resulta de la graduación de la pena que en concreto hace el Juez, tomando en cuenta el mismo término medio aritmético en relación a la peligrosidad del sujeto activo, constitutivo aquél de uno de los fundamentos de su arbitrio judicial, sin más límite que dicha graduación esté comprendida dentro de los extremos de la infracción penal aplicable y se tengan en cuenta las prevenciones que señalan los artículos 51 y 52 del Código Penal”. (Visible en la foja 29 del volumen 43, segunda parte, Primera Sala, Séptima Época del S. J. F.).

III. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1993

El 3 de septiembre de 1993 volvió a reformarse la disposición constitucional que se analiza para determinar la procedencia de la prisión cautelar en el nuevo texto en los delitos calificados como graves por la ley.

La trascendencia de esta modificación consistió en que fue variado el criterio cuantitativo que se había seguido desde la promulgación de la Constitución, abandonándose la fórmula de la media aritmética de la pena correspondiente al delito atribuido al inculcado, para adoptar ahora otra diferente que distinguió los delitos en graves y no graves, posibilitando la medida cautelar distinta a la prisión preventiva, sólo para casos en que se tratara de delitos no graves.

Por un momento llegó a pensarse que el Constituyente Permanente se decidía a cumplir los compromisos que en el plano internacional ha adquirido nuestro país, al suscribir distintos tratados —a los que más adelante haremos referencia— por medio de los cuales se compromete a establecer la prisión preventiva sólo como una medida cautelar de excepción y no como regla general.

La sorpresa vino después, al calificarse como graves en la ley secundaria y una multiplicidad de delitos que ensancharon más la aplicación de la privación de la libertad anticipadamente a la sentencia.

IV. MODIFICACIONES DE 1996

De la norma en consulta, el artículo 20 constitucional, que por cierto ha sido el que más número de modificaciones ha tenido, se publicó otra nueva enmienda en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de julio de 1996.¹⁹ En ella se observaron cambios esenciales en cuanto a

¹⁹ Transcribimos el texto del artículo 20-I reformado: “En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: A. Del inculcado: I) Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para esta-

la prisión preventiva, puesto que se amplió su procedencia además de los casos que ya estaban determinados, o sea, de los casos de delitos graves así calificados por la ley, ahora a los delitos calificados como no graves, si bien en ciertas circunstancias.

La disposición anterior, como se ha visto, haciendo la comparación con la reformada sólo ordenaba la prisión preventiva obligatoriamente como medida cautelar para los casos de delitos calificados como graves por la ley.

A partir de la reforma de 1996 también en caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podría negar la libertad provisional debiendo, por ello quedar en prisión preventiva el inculcado, en cualquiera de estos dos casos: a) cuando hubiera sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, y b) cuando el Ministerio Público aportara elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado podría representar, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Es decir, se empleó la medida cautelar de mayor entidad en el derecho procesal penal, como es la privación de la libertad del inculcado, no sólo para los casos en que la doctrina uniforme ha informado: *cuando hubiera riesgo de que burlara la acción de la justicia o para aquellos otros en que pudiera obstaculizar la marcha del proceso*, sino en una doble criminalización; primero se justificó su aplicación cuando el imputado hubiera sido condenado por delito grave con anterioridad, lo cual muestra que se abandonó el criterio de acto conforme al cual sólo debe punirse con base en la culpabilidad del autor del delito cometido, y acogiendo el derecho penal de autor se adoptó la medida, además,

blecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de la caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponer al inculcado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional”.

para aquellas hipótesis en que el inculcado pudiera representar por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad, con lo cual se dio paso al capricho y a la arbitrariedad, por tratarse de conceptos como “el riesgo para el ofendido o para la sociedad”, de una tan amplia como subjetiva aplicabilidad en cualquier caso.

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE JUNIO DE 2008

El nuevo sistema de justicia establece en el artículo 16, párrafo décimo cuarto, lo siguiente: “Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos”.

Por su lado, el párrafo primero del artículo 18 constitucional señala: “Solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

Por consiguiente, el párrafo segundo del artículo segundo del artículo 19 constitucional dice:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.²⁰ El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas,²¹ 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.

²⁰ Nótese que no importa que no se trate de delito considerado grave por la ley.

²¹ Reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de julio de 2011.

Podríamos entonces sintetizar que:

A) Procede la prisión preventiva a petición del Ministerio Público:

1. Cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio;
2. Cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar el desarrollo de la investigación;
3. Cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la protección de la víctima;
4. Cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la protección de los testigos;
5. Cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la protección de la comunidad;
6. Cuando el imputado esté siendo procesado previamente por la comisión de un delito doloso;
7. Cuando el imputado haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

B) Pero la misma medida cautelar es aplicable sin solicitud previa del Ministerio Público, sino de manera oficiosa por el juez en estas concretas hipótesis:

1. En los casos de delincuencia organizada;
2. En los casos de homicidio doloso (en riña y eutanasia) (contraría la parte en que se decretará a petición del MP);
3. En los casos de violación;
4. En los casos de secuestro;
5. En los casos de trata de personas;²²
6. En los casos de delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos;
7. En los casos de delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la Nación;
8. En los casos de delitos graves que determine la ley en contra el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

²² Se añadió este caso por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de julio de 2011.

VI. COMENTARIOS FINALES

La Constitución federal conforme a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008, conocida sumariamente como reforma penal de 2008, en la que el Constituyente Permanente delineó un nuevo sistema de justicia penal, presenta la modificación a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123.

La trascendental reforma a la Constitución en materia penal y de seguridad pública busca un cambio radical en cuanto a los sistemas de justicia, al abandonar una caduca inquisición en el procedimiento penal, para sustituirla por un moderno sistema de procesamiento acusatorio, adversarial y oral, acorde con los aires que corren en el mundo moderno globalizado.

Uno de sus objetivos consiste en plasmar en la Constitución las bases de ese nuevo sistema de justicia, para fortalecer la acusatoriedad y garantizar los derechos de los intervinientes en el juicio, con la clara intención de homogeneizar esas bases, estableciendo la oralidad, la publicidad y la concentración en las audiencias del juicio; destacando de manera expresa la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad conforme al cual se gradúa la pena acorde no con la peligrosidad del sujeto, sino con su mayor o menor grado de culpabilidad.

La reforma propone tutelar los bienes jurídicos de los intervinientes en el proceso, instaurando el juicio penal oral, los medios alternativos de solución de controversias, cambiando el modelo tradicional al establecer como una novedad jueces de ejecución de sanciones y, entre otras importantes cuestiones, transparentar las funciones persecutoria y jurisdiccional, a cuyo efecto reclama, para salvarlas del colapso, del acompañamiento de un conjunto importante de medidas de política criminal interdisciplinaria.

Ahora bien, medidas como la prisión cautelar que antes eran decretadas por el Ministerio Público durante la averiguación previa, quien las negaba o concedía conforme a su propio criterio, ahora requieren de la autorización del juez para ponerlas bajo su vigilancia y control sin menoscabo de los derechos fundamentales de quienes participan en la contienda penal.

Si bien con anterioridad a la reforma no se hablaba expresamente de la prisión preventiva, sí se aludía en cambio a una de las formas,

la más empleada por cierto, de evitarla: la libertad provisional bajo caución a solicitud del inculcado, enlistándola entre sus derechos, a condición de que se cumplieran ciertos requisitos.

En la exposición de motivos de la reforma constitucional, el poder reformador estimó que al parecer toda la intención —que sólo quedó en eso— era guardar la prisión preventiva sólo para aplicarse en casos extraordinarios, cuando verdaderamente no generaran resultado otros medios cautelares en el afán de garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado estuviera siendo procesado o hubiera sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Pero se afirma que llegó la hora de dejarse de prácticas arcaicas y pasar a un nuevo sistema que dé satisfacción a la demanda de la sociedad, reto inaplazable para combatir la lentitud, iniquidad, corrupción e impunidad como denominadores comunes en la mayoría de los casos, en la sustanciación de un proceso penal, que naturalmente generan desconfianza en las instituciones de procuración e impartición de justicia.

De aquí en adelante —se asegura— la persona que es vinculada a un proceso “tiene la garantía de que toda medida cautelar será decretada y controlada por un juez, de manera que la vinculación a proceso no cobre, con la prisión preventiva, el acceso a la jurisdicción y sólo cuando sea necesario decretarla en casos extremos se requerirá que el Ministerio Público pruebe ante la autoridad judicial el cuerpo del delito y la responsabilidad probable del inculcado, exigencia que es una protección que debe permanecer, pero sólo cuando se trate de justificar tan intrusiva medida”.

Esto y muchas otras seductoras cuestiones se venden en la exposición de motivos que antecedió a su aprobación, procedente de ambas Cámaras del Congreso de la Unión, expuestas por distintos legisladores pertenecientes a los diversos partidos políticos promotores de la reforma.

Queda preguntar a los redactores de los documentos en cita si podrían, sin ruborizarse, confirmar las expresiones ahí sostenidas, a la vista de lo que quedó plasmado en la reforma, en lo concerniente a la medida cautelar referida en este artículo.

MESA VIII

Trayectoria de la prueba en el derecho procesal penal mexicano

Marco Antonio Díaz de León*

I. LA HISTORIA

IN GERE, la importancia de la prueba en la historia deriva de servir a la ciencia en general y al derecho en particular; un pueblo con prueba y su historia, es un pueblo unido y fuerte, pues no se concibe al derecho ni a la justicia sin prueba y sin los cambiantes antecedentes históricos.

Existen de sobra razones políticas para estudiar la historia del derecho y de la prueba en todo Estado; entre otras, porque no existe ningún Estado sin historia ni menos aún sin derecho o sin prueba.

Así, el conocimiento histórico no corresponde únicamente a la idea común que reconoce el supremo valor de los antecedentes humanos, como un componente fundamental de la sociedad y del Estado, sino en gran parte representa la razón y existencia misma de la sociedad y de la organización política, en tanto éstas no surgieron de la nada, sino de una evolución que se dio por necesidad vital desde el mismo origen del hombre. Durante el tiempo que ha tomado dicha evolución, la historia se nos ha manifestado como una fuerza inestable y mutante en torno a la cual gravitan los hombres a los que aglutina, así como a los acontecimientos con los que se forja, ambas situaciones normalmente ligadas a la política. Esta visión copernicana de la historia no es absoluta, dado que se atenúa sensiblemente cuando se observa su desarrollo en un momento dado, en una sociedad determinada o en una asignatura relativa. Se comprueba, entonces, que lejos de ser un centro irradiante, toda su influencia energética que anima la vida del ser o grupo con que se relacione, no es más que una fuerza del devenir entre otras y que su misma

* Profesor por oposición de Derecho procesal penal de la UNAM; profesor del Comité Tutorial del Doctorado en Derecho Procesal Penal en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM; miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

estructura es matizada en razón de cada uno de sus desarrollos: en estos supuestos, al estar todo condicionado por la evolución histórica, no parece posible defender una verdad sustancial de tipo determinado.¹

Porque, finalmente, la historia es una postura de aquellos que según sus formas de pensar o intereses la describen o escriben, que con frecuencia no puede dejar de estar marcada por la aspereza de las luchas que provoca su narración; porque en el fondo es nacida del pensamiento de los hombres, a quienes debe su grandeza y su fragilidad, pues a menudo está a merced de la ceguera egoísta de algunos, así como de la debilidad intelectual de otros.

II. PRESUPUESTOS DEL PROCESO

Naturalmente, cuando se piensa en justicia sin más se le asocia a una sentencia dictada por un juez, absolviendo o condenando al enjuiciado. Se pasa por alto la situación de que para llegar a dicho fallo, se requiere del saber técnico que rige al complejo método jurídico de la prueba y del proceso.

Sólo que para entender de prueba, proceso, o sobre los elementos relevantes del conocimiento científico donde gobierna el método, se necesita una breve referencia de sus orígenes y trayectoria, dentro del saber procesal y de la ciencia jurídica.

Únicamente de esta manera comprenderemos, cabalmente, la importancia que guarda la prueba y la epistemología dentro del proceso, así como la relevancia que adquieren en relación con el juicio; solamente, así, se estará en posibilidad de admitir la necesidad procesal ineluctable de la prueba para poder fallar con justicia.²

Es en el universo del proceso donde, particularmente, la aplicación de la ley al caso concreto se hace mediante la prueba, el proceso y por los órganos jurisdiccionales; *in situ*, significa reconocer en la inmensidad de este cosmos adjetivo, que todo gira alrededor de la prueba, que es donde más se presenta la necesidad de la idea kelseniana de que se deben acreditar los sustratos fácticos concretos a los cuales se habrá de aplicar la abstracta norma con apego a la Constitución.

¹ Díaz de León, Marco Antonio, *Historia del derecho penal y procesal mexicano*, México, Porrúa, 2005.

² Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 2000.

Ahora bien, por principio de legalidad, las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite, o sea, se deben probar los sucesos aseverados por las partes o hechos que sean trascendentes para conocer la verdad histórica de los hechos a los cuales se habrá de aplicar el derecho.

Además, por garantía de audiencia, para aplicar la coacción al sujeto del deber, la ley prevé que se le debe oír y vencer en juicio, y que con antelación se hubiera probado que infringió la norma, ya que de otra forma, la aplicación del derecho sería obnubilada.

De lo anterior resulta que para imponer el derecho al hecho, debe existir la demostración de éste y de la procedencia o no de aquél, pues la coacción —como elemento de la norma— para decretarse antes debe probarse el hecho al que se ha de aplicar el derecho.

Condición que es esencial para todas las normas, aunque destacamos que es en el proceso donde mayormente se requiere de prueba, pues está concebido para demostrar los hechos, a fin de que el juzgador esté en posibilidad de aplicar la ley al caso particular, tutelando a la parte que hubiera acreditado su pretensión: la acción o excepción de quien con sus pruebas lo hubiera persuadido de que le asiste la razón.³

III. LA PRUEBA

La instancia adjetiva es un sistema que sirve a las partes para probar los hechos, y al Estado para resolver en definitiva, es decir, hacer justicia y evitar la venganza privada como lo establece el artículo 17 constitucional.

La idea básica de describir la historia de la prueba corresponde al imperativo de conocer su trayectoria en el enjuiciamiento del pasado, con el fin de entender lo que al efecto ocurre en el presente y prever la justicia del futuro de la república.

Este designio humano, sobre la justicia de propia mano, jamás ha desaparecido de sus instintos y fines: se ha traducido en actos concretos sobre su control y aún de su prohibición; hoy todas las Constituciones escritas de los Estados de derecho prohíben la *venganza privada*,

³ Allorio, Enrico, *Problemas de derecho procesal*, Buenos Aires, Ejea, 1963, t. II, p. 407.

otorgando en su substitución el derecho de acción y estableciendo su poder de jurisdicción. Tal aspiración nunca ha tenido trasfondo moral o de respeto al derecho ajeno. Más ha respondido a un instinto natural, a una necesidad vital que sólo puede satisfacerse —en los hombres aislados o asociados en Estados—: a través de la efectiva justicia por medio de un proceso y con demostración de los hechos, lo que después se ha legitimado con el empleo del *ius*, de la prueba y luego de la *vis*.⁴

Siendo esto así, salta a la vista la importancia que adquiere la prueba y el proceso, para el Estado, la sociedad y el gobernado, a quienes no puede concebirseles existencia grupal sin dichas instituciones de seguridad jurídica.

Siguiendo el método científico, la prueba deriva de interrogantes sobre los hechos y el derecho, de hipótesis que se plantea el juzgador, así como de los subsecuentes conceptos, que a su vez dan origen a nuevas interrogantes, a otras hipótesis y a nuevos conceptos, así, hasta el infinito de las ciencias, cuyo conjunto produce una serie de verdades apodícticas constitutivas del método científico que se emplea en el moderno proceso penal.

El tema anterior contempla, *ab initio*, una consideración acerca de la trayectoria de la prueba, de los sistemas de justicia, del afán por controlar la venganza y de la lucha por los derechos humanos, como instituciones que han permitido al Estado organizar políticamente su vida comunitaria, la seguridad jurídica, desde la horda hasta llegar al Estado.

La seguridad colectiva, como señalara Kelsen, “son funciones que los órdenes coactivos como derecho poseen”.⁵ Como dijera Rudolf von Ihering,⁶ la lucha por el derecho “tiene como causa común una le-

⁴ Díaz de León, Marco Antonio, *Tratado sobre las pruebas penales*, México, Porrúa, 2004.

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1998, p. 61.

⁶ Von Ihering, Rudolf, *La lucha por el derecho*, Argentina, Heliasta, 1974, p. 20: “De que ningún derecho, tanto en los individuos con el de los pueblos, tenga alguna variación, resulta que esa lucha puede verificarse en todas las esferas del Derecho, desde las bajas regiones del Derecho privado, hasta las alturas del Derecho público y del Derecho de gentes. ¿Qué son si no, a pesar de la diferencia del objeto en litigio, de las formas y dimensiones de la lucha, la guerra y las revoluciones, la ley de Linch, el cartel de desafío en la Edad Media y su última expresión en el duelo moderno? ¿Qué son, en fin, la defensa obligatoria y esa lucha de los procesos? ¿Qué son sino escenas de un mismo drama, *la lucha por el Derecho*?”.

sión o una sustracción de ese derecho”. Así, este complejo de elementos materiales, espirituales y coactivos en cuyo derredor se articula el derecho, conducen necesariamente a inquirir sobre la trayectoria de la prueba penal en México, sus manifestaciones y, posterior a ello, su desarrollo en los sistemas jurídicos nacionales.⁷

IV. ANTECEDENTES DE LA PRUEBA

Como antecedentes remotos de la prueba, podemos decir:

En el fondo de todo para resolver litigios vía jurisdicción, el proceso no escapa a la razón ni menos aún al juicio de la prueba; el canon de la prueba se incluye en las ciencias y formas jurídicas, pero de manera principal en el proceso, por ser éste, instrumento creado para conocer la verdad de los hechos a los cuales se habrá de aplicar el derecho, pues éste sin prueba no se puede imponer en la solución de un litigio. Sin prueba no existiría el proceso, habría menos seguridad pública, tampoco la jurisdicción, como poder, en tanto aquél es la única forma para hacer efectiva esta función. Quiere decir, que la parte esencial del proceso y del derecho que se discute es la prueba; significa que en el *ius puniendi*, la pena, antes que servir para prevenir el delito, se debe probar en el proceso⁸ el sustrato fáctico que la justifique.

Más aún, el tema de la prueba constituye el núcleo central de toda la investigación científica, en cuanto satisface la necesidad insalvable a que se somete esta clase de conocimiento, el cual consiste en

⁷ Díaz de León, Marco Antonio, “Nexos de la acción penal con la teoría normativa de la acción”, *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, México, núm. 17, abril-mayo y junio de 1975, p. 43.

⁸ Mir Puig, Santiago, “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, *Poder y Control. Revista Hispanolatinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social*, Barcelona, 1986, p. 50: “La concepción clásica de la prevención general veía en la pena la amenaza de un mal destinada a *intimidar* a los posibles delincuentes que pudieran surgir de la colectividad. Si en el antiguo régimen ello se esperaba conseguir principalmente a través de la ejemplaridad de la ejecución del castigo, Feuerbach vinculó a la ley la función de intimidación de la pena mediante su famosa «teoría de la coacción psicológica». Frente a ello, la doctrina de la prevención general positiva no busca intimidar al posible delincuente, sino afirmar por medio de la pena la conciencia social de la norma, confirmar la vigencia de la norma. Ha cambiado el punto de mira: la pena no se dirige sólo a los eventuales delincuentes, pues no trata de inhibir su posible inclinación al delito, sino a todos los ciudadanos, puesto que tiene por objeto confirmar su confianza en la norma”.

verificar los alcances de verdad o falsedad de la hipótesis en que se asienta. Inclusive, tal necesidad de la prueba se presenta no sólo en el conocimiento científico, sino en el ordinario que, no obstante, de conformarse de una simple acumulación de piezas de saber laxamente vinculadas y de carecer de una metodología definida, intenta adaptarse a la realidad por medio de la experiencia y el sentido común.⁹

La prueba es presupuesto de la cognición, es reflexión que denota la necesidad intelectual de que se confirme todo aquello que se quiera considerar como cierto. Esto vale tanto para las ciencias formales como para las fácticas.

Así, desde siempre, desde los inicios de la humanidad, la prueba ha sido condición insalvable para el devenir del método científico y resolver los primitivos litigios.

V. REFERENCIAS DE PRUEBA Y DERECHO

Consideramos que la prueba y el derecho nacen, simultáneamente, con el hombre; en aquellos inicios afloró como instinto innato de ese rudimentario individuo y, probablemente, en tales épocas este sentir fue manifestado como simple actividad de repeler agresiones provenientes de sus congéneres, o bien tendiente a impedir de éstos el verse despojado de sus bienes de la vida. Cuando la lesión se produjo, sin embargo, en ese prevenir nació la guerra: la acción de contestar el ataque y cuando hubiera sido factible, vengar la afrenta, reconquistar lo perdido.

El presupuesto social del derecho es la guerra. Como dijera Carnelutti:¹⁰ “Solamente para combatir la guerra el derecho se forma. Si su blasón necesitase de una leyenda, ésta podría rezar; *guerra a la guerra*. El primado histórico es naturalmente el reflejo del primado lógico: la primera medida para combatir la guerra es prohibirla. Y la guerra prohibida se llama *delito*”. De acuerdo con el mismo autor, para no confundir sobre la guerra, diremos: debido a que los delitos individuales perdieron a lo largo de los siglos su carácter original, actualmente ya no se habla de la guerra, sino entre los pueblos; pero lo denominado como guerra no es más que la prueba de un asesinato y un latrocinio

⁹ Díaz de León, Marco Antonio, *La prueba en el proceso laboral*, México, Porrúa, 1990, p. 57.

¹⁰ Carnelutti, Francisco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Ejea, 1961, p. 45.

colectivo y lo llamado homicidio o hurto no es más que una guerra individual.¹¹

En el derecho romano, su función imperial no se impuso sólo por la fuerza o de modo artificial. Implicó crear una legitimidad, un consenso y una legalidad mediante la prueba; estos fenómenos políticos se conectan por medio de la prueba, que interactúa como elemento esencial de un proceso único, pues organizó jurídicamente el cúmulo de relaciones públicas y privadas, otorgando credibilidad y vigencia a las normas y leyes que en ese tiempo constituían el proceso. En el procedimiento formulario (300 a.C.), la fórmula contemplaba un capítulo de prueba. Tal entronque de la prueba en la construcción jurídica fue complementada de varias formas, con frecuencia brutales, por parte de los derechos canónico y germano que, con sus sistemas de prueba, invadieron a Roma.

Aun durante la Edad Media, la prueba del derecho se basó en una supuesta normatividad superior, derivada de la divinidad. Tal fue la concepción *iusnaturalista* que justificó a la ley positiva en la existencia de una ley natural. El derecho natural apareció como teleología y ontología del *derecho positivo y de su prueba*. La prueba y el sistema *iusnaturalista*, aún dentro de sus expresiones teológicas, sirvieron principalmente a los valores y bienes de la clase hegemónica, real o eclesiástica.¹²

Así, en el orden jurídico natural medieval la prueba resultó ser el factor legitimante de los valores del clero, de la nobleza y, en su momento, de la burguesía como nueva clase social en ascenso, según se puede ver de las pruebas ordálicas, de tortura o de los juicios de Dios que se practicaron, por ejemplo, en los antiguos procesos penales eclesiásticos y laicos de la Constitutio Criminalis Carolina de 1532.

Después, en la Revolución francesa el iusnaturalismo racionalista se convirtió en derecho positivo. El ideal de la burguesía dejó de ser un anhelo y se transformó en una realidad, en Constitución política, en sistema de prueba y de vida del que emergieron, finalmente, el positivismo jurídico y los derechos humanos.¹³

¹¹ Díaz de León, Marco Antonio, *op. cit.*, p. 70.

¹² Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, EDIAR, 1966, t. I, p. 128.

¹³ Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1998.

Desde su aparición, la prueba se ha presentado como un método de investigación que sirve para la demostración de los hechos y de las normas de derecho, pero principalmente los sistemas de normas procesales reguladoras de conductas en una determinada comunidad, legitimando su elemento esencial exteriorizado como coacción.

De ello se deduce que la prueba en el orden jurídico tiene un carácter histórico, en la medida que ha dado el sello de la licitud en la estructura política de todos los modelos concretos del Estado y sociedad, en cualesquiera épocas o lugares. Por tanto, contempla al mismo tiempo una función de *legitimación* política de toda comunidad preexistente: la prueba ha legalizado las variadas formas de expresión jurídica, hasta llegar a la complejidad del proceso en el moderno Estado donde ha garantizado constitucionalmente el adecuado cumplimiento de las competencias del gobierno y el respeto de los derechos fundamentales del gobernado.

Tal significado político de la prueba se manifiesta también como un sistema de control social; éste se concreta mediante un aparato coactivo organizado por el Estado, con capacidad de asegurar el *nullum crimen nullum poena sine lege* y el *due process of law*, así como imponer su sanción sólo mediante prueba, proceso y sentencia con calidad de cosa juzgada. La prueba, de este modo, institucionaliza con legalidad, seguridad e imparcialidad, la aplicación justa de la coacción. Tal esquema *político-criminal* sólo se concibe con legalidad si, además de hallarse enclavado en el sistema de control constitucional, al mismo tiempo se ubica dentro de la axiología requerida para su aplicación por la autoridad, con eficacia y sin corrupción, ya que como señala García Ramírez:¹⁴ “...sin moral, la política es maniobra, acopio de ambiciones, otra vez pragmatismo a solas: historia de pocos días, camino de pocos metros”.

VI. TRAYECTORIA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO

Acerca de la trayectoria de la prueba en el proceso penal mexicano, podemos señalar que las leyes procesales penales que hoy conocemos

¹⁴ García Ramírez, Sergio, *Discursos de política y justicia*, México, Ed. Particular, 1988, p. 106.

en nuestra nación, surgieron muchos años después de que México lograra su independencia. El derecho castellano de los conquistadores españoles rigió aún después del levantamiento de nuestro país como Estado soberano, a partir de 1821.

Pese a las disposiciones procesales españolas que regulaban el proceso penal, en el México independiente se dejaba sentir no únicamente la necesidad de contar con una legislación propia, sino, inclusive, de organizar y esquematizar el conocimiento del cúmulo de leyes existentes.¹⁵ Baste como simple ejemplo de esto comentar la primera acta del “Ilustre Colegio de Abogados de Mejico”, del año de 1833, en la que, según relata de la Peña y Peña,¹⁶ uno de los temas centrales fue señalar la necesidad de que México contara con un sistema propio de instituciones procesales.

En 1848 apareció la Ley sobre el modo de juzgar a los ladrones, homicidas y heridores, donde por primera vez se instituyó en el país el *proceso penal oral* —que en 2008 se invoca como “novedoso” en la reforma constitucional—, además se instituye un sistema de prueba, como lo señalan sus artículos 1o., 16 a 22.

Recuperada la soberanía nacional con la expulsión de los franceses en México, se inició un nuevo periodo republicano para el país que, de una u otra forma, aprovecharía la experiencia del fallido imperio. Los años de guerra que México vivió desde 1855 hasta 1867 repercutieron directa o indirectamente en todos los ámbitos de la actividad creadora de su orden jurídico penal.

Bajo la presidencia de Benito Juárez se expidió el 15 de junio de 1869 la Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal. Dicha ley, en sí, reviste importancia para el derecho procesal penal mexicano, no únicamente por constituir uno de los primeros cuerpos legislativos constitutivos ya de un procedimiento penal que cerraba, por fin, todo el ciclo de esta competencia, es decir, de la averiguación del delito hasta la sentencia de primera instancia, sino porque señala pautas que dan pie a la formación de nuestro sistema probatorio con superioridad de la autoridad civil sobre el poder militar, así como con respeto a los derechos humanos.

¹⁵ Díaz de León, Marco Antonio, *Breve historia del derecho procesal penal mexicano, en el derecho en México: dos siglos (1810-2010)*, México, UNAM-Porrúa, 2010, t. VII, p. 397.

¹⁶ De la Peña y Peña, Manuel, *Lecciones de práctica forense mejicana*, México, Ojeda, 1835, p. XIV.

La política criminal impuesta por Porfirio Díaz durante su gobierno, se identificó por los fines de represión a la sociedad y de opresión al gobernado. La misma no se destinó trascendentemente a la persecución del delito, sino preferentemente a ser utilizada como medio de lucha política con visos de legalidad en contra de los opositores al régimen presidencial del dictador.

El 26 de octubre de 1880 se promulgó el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Este Código trató de cubrir íntegramente la laguna y desorden que en esta materia existía en México desde su independencia. Además de ello y de señalar con uniformidad las reglas adjetivas para aplicar en todos los procesos criminales, bajo el estricto principio de legalidad, estableció normas sobre la prueba, perfeccionando los sistemas de valoración existentes, inclusive el deber de probar los hechos por parte del Ministerio Público.

Por consiguiente, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1894 fue expedido por Porfirio Díaz, haciendo uso de la autorización al Ejecutivo por decreto del Congreso de la Unión del 3 de junio de 1891 “para reformar total o parcialmente el Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales”.

Este Código trató de enmendar la duplicidad que existía en la aplicación simultánea del Código de Procedimientos Penales y de la Ley de Jurados; se promulgó el 6 de julio de 1894, en sus artículos 2o., transitorios se indica: “quedan derogados: el Código de Procedimientos Penales expedido el 15 de septiembre de 1880 y la Ley de Jurados del 24 de junio de 1891”.

El Código Procesal de 1894 contiene un avance en la estructura de la prueba, y, así, el artículo 82 indica que el juez deberá comprobar el cuerpo del delito como base de la averiguación; el artículo 202 señala las reglas para uniformar la valoración de la prueba; el artículo 203 refiere que no podrá condenarse al acusado, sino cuando se haya probado que existió el delito y que él lo perpetró; el artículo 204 que en caso de duda debe absolverse; el artículo 205 que el que afirma está obligado a probar. También lo está el que niega cuando su negación es contraria a una presunción legal o envuelve la afirmación expresa de un hecho. Se delinean mejoras al sistema de prueba que repercute en el respeto de los derechos humanos.

El Código Federal de Procedimientos Penales de 1908 fue emitido por Porfirio Díaz también en uso de la autorización que le confirió el Congreso de la Unión, de manera extraordinaria, para legislar. Dicho ordenamiento fue expedido el 16 de diciembre de 1908.

El Código mantiene la sistemática de prueba del Código de 1880, pero ampliándola y mejorándola, pues desde su artículo 1o. condiciona el desahogo de los procedimientos, al indicar que la investigación de los delitos del fuero federal, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de sus autores, cómplices y encubridores, constituye el objeto del Código.¹⁷

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931 procuró la uniformidad de la legislación probatoria en toda la república, el cual fue expedido por Pascual Ortiz Rubio por autorización, para legislar, que le otorgara el Congreso en el decreto del 21 de enero de 1931; se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de agosto de 1931.

Con modernidad doctrinaria, este Código supera los anteriores en materia de prueba —detallando los procedimientos relativos a todos los medios legales de prueba—, así como, en este sentido, la igualdad procesal entre las partes. De esta manera, introduce en su artículo 9o., el derecho de las víctimas u ofendidos por el delito a coadyuvar con el Ministerio Público en la averiguación previa o en el proceso, según corresponda, así como para poner a su disposición todas las pruebas para acreditar el cuerpo del delito, la responsabilidad del indiciado y el monto del daño y su reparación; el artículo 28 agrega que todo tribunal cuando esté comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, dictará oportunamente las providencias necesarias para restituir al ofendido en sus derechos que estén plenamente justificados; el artículo 246 que el Ministerio Público y la autoridad judicial apreciarán las pruebas, con sujeción a las reglas de este capítulo; asimismo, el *in dubio pro reo*, en el artículo 247 indicando que en caso de duda debe absolverse, y que no podrá condenarse a un acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa; en concordancia, el artículo 248 reafirma que el que afirma está obligado a probar. También lo está el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la

¹⁷ Díaz de León, Marco Antonio, *Teoría general de la acción penal*, México, Indepac Editorial, 2005.

afirmación expresa de un hecho. En resumen, en nuestro Estado de derecho se implementó un sistema de prueba condicionante de los procedimientos penales, y más aún para condenar.

Son aplicables los anteriores comentarios al Código Federal de Procedimientos Penales el 23 de agosto de 1934, publicado en el *Diario Oficial* del 30 de enero de 1934, con base a las facultades concedidas al Poder Ejecutivo, a cargo del presidente Abelardo L. Rodríguez, por decreto del Congreso del 27 de diciembre de 1933.

VII. CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL 5 DE MARZO DE 2014

El Código Nacional de Procedimientos Penales no es producto de una sola iniciativa de los legisladores, sino resultante de una serie de estudios y planteamientos para su elaboración y aprobación en el Congreso de la Unión. Lo anterior deriva de que en el Senado de la República fue presentada por el senador Pablo Escudero Morales (del Partido Verde Ecologista de México), el 22 de octubre de 2012, la iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide el Código Federal de Procedimientos Penales. Por su lado, los senadores Roberto Gil Zuarth y Manuel Camacho Solís, integrantes, respectivamente, del PAN y del PRD, el 5 de febrero de 2013 presentaron iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide el Código Federal de Procedimientos Penales.

El 24 de abril de 2013, la senadora Arely Gómez González del PRI y los senadores Roberto Gil Zuarth del PAN, Manuel Camacho Solís del PRD y Pablo Escudero Morales del PVEM, presentaron ante la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, la iniciativa con proyecto de Decreto que reforma la fracción XXI del artículo 73 constitucional. El 30 de abril de 2013 fue aprobada por el Pleno del Senado una iniciativa de reforma constitucional que, a través de una adición al artículo 73 de la Constitución federal, faculta al Congreso de la Unión para expedir un Código Nacional de Procedimientos Penales. Luego, el 4 de abril de 2013 las senadoras Cristina Díaz Salazar, Diva Hada Gastélum Bajo e Hilda Esthela Flores Escalera, integrantes del PRI, presentaron iniciativa con proyecto del Código de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos; el 29 de abril de 2013, el senador Pablo Escudero Morales del PVEM presentó iniciativa con

proyecto de Código Único de Procedimientos Penales; después, el 30 de abril de 2013, las senadoras(os) Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Manuel Camacho Solís, Pablo Escudero Morales, Angélica de la Peña Gómez, Omar Fayad Meneses, Luis Armando Melgar Bravo, Layda Sansores San Román y Dolores Padierna Luna, pertenecientes a diversos partidos presentaron con proyecto del Código Procesal Penal para la República mexicana.

El 17 de julio de 2013 fue aprobado por el Pleno de la Cámara de Diputados el proyecto que reforma la fracción XXI del artículo 73 constitucional, que faculta al Congreso de la Unión para expedir un Código Nacional de Procedimientos Penales. El 5 de septiembre de 2013 esta misma Cámara hizo la declaratoria de constitucionalidad de la reforma al artículo 73, por la que se faculta al Congreso de la Unión para expedir una legislación única en materia procedimental penal, ejecución de penas y mecanismos alternativos de solución de controversias, y el 8 de octubre de 2013 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El 3 de diciembre de 2013, las Comisiones Unidas de Justicia y Estudios Legislativos Segunda del Senado de la República aprobaron el dictamen por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, y el 5 de diciembre del 2013 se aprobó ante el Pleno del Senado de la República el dictamen por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales. El 5 de diciembre de 2013 fue turnada por el Senado, a la Cámara de Diputados, la minuta por la que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales; el 28 de enero de 2014 en sesión plenaria de la Comisión de Justicia de esta Cámara de Diputados se aprobó en sentido positivo el proyecto de dictamen de la minuta por la que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales. Finalmente, en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de marzo de 2014 se publicó el Código Nacional de Procedimientos Penales.

De esta forma, México aceptó incorporar el proceso oral acusatorio en su régimen de justicia penal, después de considerar que el enjuiciamiento inquisitivo tradicional —vigente a partir de la Constitución de 1917—, ya era caduco y abrió las puertas a la tendencia de muchos Estados de derecho, como el nuestro, de implementar un sistema oral y acusatorio que permitiera a los gobernados defender mejor sus derechos de manera más participativa, llegando inclusive, para ciertas hipótesis, que éstos ejerciten directamente la acción penal privada,

como lo establece el párrafo segundo del artículo 21 constitucional.¹⁸ México tiene confianza en el citado Código Nacional de Procedimientos Penales, también en que se agreguen adecuadamente sus reglas en los códigos procesales penales de la república.

Lo anterior es explicable, dado es de entenderse que una de las principales medidas con que cuenta el Estado, a fin de evitar la venganza privada, preservar la paz social y su integridad como organización política, es, sin duda, sostener fuerte, sin dilación y corrupción, al proceso, para que el pueblo y el gobernado crean en éste y no se levanten contra aquél.

Cualquiera que sea la posición política de que se parta, de manera invariable se llegará a la idea de que el Estado se apoya en el poder público para cumplir sus cometidos. Dentro de éstos, sin duda alguna, de capital importancia es el poder jurisdiccional, dado que con las sentencias de éste, se trata de impedir que uno de sus elementos, el pueblo, provoque su destrucción en lo interno por vía de la autodefensa.

El Estado moderno con gobierno democrático advierte que para mantener su vigencia jurídica, en materia de justicia, es menester, antes que *vencer* con la fuerza, *convencer* con los fallos definitivos que dicten prontamente sus tribunales y, después de ello —con modestia— admitir que éstos nunca tienen porqué considerarse infalibles: sólo así impedirá la justicia de propia mano.

De esta manera, emerge a la positividad el aludido Código Nacional de Procedimientos Penales publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de marzo de 2014, estableciente del proceso oral acusatorio.¹⁹

¹⁸ Artículo 21. 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.

¹⁹ Díaz de León, Marco Antonio, *Código Nacional de Procedimientos Penales, con apuntes de derecho procesal penal oral acusatorio*, México, Indepac Editorial, 2014.

El debido proceso en el amparo penal

*Ricardo Ojeda Bohórquez**

I. INTRODUCCIÓN

CON MOTIVO de las tres grandes reformas constitucionales en materia procesal penal, amparo y derechos humanos, de junio de 2008, 6 y 10 de junio de 2011, se emitieron algunos criterios y resoluciones en materia de amparo penal, que han confundido e impactado a nuestra sociedad; casos como el de Florance Cassez Crépin, Alfonso Martín del Campo Dodd, Rafael Caro Quintero, etcétera, no han dejado satisfecha a gran parte del foro jurídico en México y por ello, es pertinente hacer una reflexión y poner en claro los alcances de las reformas de derechos humanos y amparo, para así evitar injusticias o impunidad en los gobernados.

Efectivamente, para algunos fue un triunfo de la reforma de derechos humanos la libertad de Cassez y Caro Quintero, pero para otros, que es la gran mayoría de personas que tienen un poco de sentido común, fue una aberración y un monumento a la impunidad.

Por eso, hay que entender y analizar lo qué es el debido proceso y los efectos del juicio de amparo por violación a ese conjunto de derechos humanos, de naturaleza adjetiva, que es el debido proceso, a la luz de las tres grandes reformas constitucionales descritas.

II. REFORMAS CONSTITUCIONALES TRASCENDENTES

1. *Derechos humanos*

El 10 de junio de 2011 se dio vida a una de las reformas constitucionales más importantes en la historia moderna del sistema jurídico

* Magistrado de Circuito en Materia Penal y vicepresidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

mexicano. La reforma en materia de derechos humanos obedeció a los requerimientos que diversos grupos de la sociedad buscaron durante años, tales como el reconocimiento y primacía a nivel constitucional de éstos en el sistema jurídico; asimismo, la influencia ejercida por el sistema interamericano de derechos humanos propició en gran parte este cambio de paradigma.

Sin embargo, el hecho que desencadenó esta reforma fue la sentencia condenatoria al Estado mexicano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Rosendo Radilla Pacheco*,¹ en la que se estableció que nuestro país no podía mantenerse como un simple observador más, sino que al asumir la responsabilidad como Estado, éste debía hacer latente dicho reconocimiento y velar por la protección de los derechos humanos de todo gobernado.

La inclusión del vocablo “derechos humanos” en el artículo 1o. constitucional abandonó la anterior idea positivista de concebir al vocablo “garantía” como sinónimo de “derecho”, lo cual implicaba una exclusión de aquellos derechos humanos no contenidos en la “parte dogmática” de la Constitución. Además, se incluyeron los principios de universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, a efecto de establecer el deber de tutelar de modo efectivo los derechos humanos contenidos en la carta magna, así como aquellos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos.

Por otra parte, el mencionado artículo constitucional en su párrafo segundo dispone que: “...Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia...”, es decir, reconoció expresamente el principio pro persona en nuestro sistema jurídico, colocando a la persona como elemento central de la Constitución, por lo que las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen el deber ineludible de aplicar la norma jurídica más amplia o el criterio interpretativo más extensivo que favorezca de mejor forma el ejercicio efectivo de los derechos humanos de las personas.

De igual manera, debemos dejar claro que toda norma jurídica que sea interpretada debe hacerse de acuerdo con lo estipulado por la Constitución y los tratados internacionales; sin embargo, este trabajo de in-

¹ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C N° 209, párr. 339.

interpretación será conforme:² las autoridades tienen que adecuar sus actuaciones al parámetro de constitucionalidad y convencionalidad, pues de lo contrario sus actos carecerán de eficacia y de validez.

2. Reforma de amparo del 6 de junio de 2011

Asimismo, el 6 de junio de 2011 se promulgó la reforma a “nuestro orgullo mexicano”, que es el juicio de amparo, la cual modificó los artículos 94, 103, 104 y 107 constitucionales y entró en vigor el 4 de octubre de ese mismo año.

Entre las grandes novedades de la reforma constitucional podemos encontrar las siguientes:

a) Interés legítimo. Los artículos 5o., fracción I, de la Ley de Amparo y 107 de la Constitución establecen quiénes tienen carácter de quejoso en el juicio de amparo:

...teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que [el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales, y con ello se afecte] su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

De esto que se preserva el interés jurídico como condición para la procedencia de amparo y se introduce el interés legítimo para los actos no jurisdiccionales.

b) La figura de suplencia de la queja contenida en el artículo 70 de la Ley de Amparo es más amplia; de igual forma, establece la obligación de suprimir tecnicismos y la aplicación de estricto derecho en gran medida.

c) El reconocimiento de la víctima y del ofendido como partes en el juicio de amparo.

d) Los efectos generales de la jurisprudencia a través de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Sin embargo, lo más trascendental de la reforma es que el objeto del juicio de amparo son los derechos humanos y los encargados de dirimir las controversias por su violación son los tribunales de la Federación.

² Tesis Varios 912/2010, en esta tesis se establecieron las pautas para la aplicación de la interpretación conforme que deben llevar a cabo las autoridades.

En efecto, los artículos 103 y 107 constitucionales así lo establecen, siendo que los tribunales de la Federación son los únicos competentes para resolver las controversias por violación a los derechos humanos, ratificando el control concentrado de la Constitución y los tratados de derechos humanos en que el Estado mexicano es parte; por lo tanto, lo difícil de entender es el control difuso en México.

3. Control difuso y concentrado de convencionalidad

Derivado de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, así como por el resolutivo de la consulta a trámite varios 912/2010, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se instauró en nuestro sistema jurídico el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, este último consiste en “el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana”.³

Por consiguiente, el control difuso de convencionalidad fue un concepto utilizado por primera vez por el entonces juez de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, quien concretizó esta figura mediante los criterios jurisprudenciales de dicha Corte, específicamente en los votos razonados en los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* y *Tibi vs. Ecuador*, emitidos en 2003 y 2004, respectivamente; sin embargo, no fue sino hasta el 2009 con los casos *Trabajadores del Congreso vs. Perú* y *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, en que se completaron los rasgos definitorios de este tipo de control constitucional, siendo que en este último caso la Suprema Corte estimó como válida la obligación de llevar a cabo el control de constitucionalidad y convencionalidad (en forma oficiosa) para todas las autoridades, generando un cambio en el sistema de control constitucional que se venía depositando en el Poder Judicial de la Federación a través del juicio de amparo.

Ahora bien, ante la necesidad de confirmar la supremacía de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos

³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano”, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, vol. 9, núm. 2, 2011, p. 531.

internacionales, la Suprema Corte al resolver la contradicción de tesis 293/2011 reconoció la primacía de los derechos humanos, colocándolos como parámetros del control de la regularidad constitucional para cualquier actuación estatal; en otro aspecto, mediante esta resolución se abandonó la idea de que las resoluciones de la Corte Interamericana en las que el Estado mexicano no era parte constituían únicamente criterios orientadores, sino que al hacer una nueva reflexión consideró que la jurisprudencia interamericana vinculaba a nuestro país, siempre y cuando fuera aplicada en el sentido más favorable hacia la persona.

4. Supremacía constitucional

El artículo 1o. constitucional, en su primer párrafo, dispone que todas las personas en los Estados Unidos Mexicanos gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia carta magna establece.

No obstante, el diverso precepto 133 constitucional expresa que la Constitución, las leyes emitidas por el Congreso de la Unión y los tratados que estén de acuerdo con la misma, serán ley suprema de toda la Unión.

Así, la interpretación de la Suprema Corte fue en el sentido que tanto la Constitución como los tratados de referencia tienen el mismo nivel jerárquico, pero si en la primera se establecen limitaciones o restricciones, habrá que atenderse a la Constitución federal.⁴

III. LOS DERECHOS HUMANOS DE NATURALEZA PENAL EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

En primer término, es preciso contar con una aproximación del concepto de derechos humanos. La palabra “derechos”, que tiene diversos

⁴ Véase tesis de jurisprudencia de rubro: “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE”, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 264.

significados, cuando es usada con un adjetivo como “humanos” suele hacer referencia a aquellos derechos inherentes a la persona por el solo hecho de nacer, los cuales en cada momento concretan las exigencias de libertad, igualdad, felicidad y dignidad.

1. Breve historia de los derechos humanos

Los derechos humanos han ido evolucionando a través del tiempo, debemos detenernos en la *Bill of Rights* que impuso el Parlamento Inglés en 1689, la cual influyó en la redacción de las declaraciones de derechos norteamericanas; este documento contaba con un catálogo limitado de los derechos humanos que hoy en día conocemos, tales como libertad de expresión, la prohibición de las penas crueles o desusadas y la tolerancia hacia la libertad de cultos, entre otros; carta de derechos que dio origen a una nueva etapa entre los documentos monárquicos y las modernas declaraciones de derechos del siglo XVIII, entre éstos sobresale la Declaración de Independencia⁵ de las colonias norteamericanas, del 4 de julio de 1776, siendo este texto considerado por algunos autores como la primera exposición de derechos del hombre, la cual establecía que todos los hombres son creados iguales y dotados de ciertos derechos inalienables, como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

Posteriormente, para 1789 con la Revolución francesa se dio fin al absolutismo y el feudalismo imperante en la época, por lo que con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano se definieron derechos naturales e imprescriptibles como la libertad, la fraternidad, la seguridad, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la justicia y, por primera vez, se habló del principio de separación de poderes, los cuales sirvieron como preámbulo de la primera Constitución francesa aprobada en 1791.

Asimismo, como resultado de los dos anteriores documentos y hechos históricos, en el continente americano surgieron una serie de ideas independentistas inspiradas en los ideales fundamentales de la Revo-

⁵ Cabe hacer alusión a la Declaración de los Derechos del Pueblo de Virginia de julio de 1776, en la cual la Asamblea Plenaria constituida por los representantes populares describieron en dieciséis secciones, diversas libertades individuales como derechos de igualdad, libertad, seguridad y propiedad, así como el reconocimiento de que el pueblo es el detentador de la soberanía.

lución francesa, entre ellos, la conciencia de que todo ser humano por el solo hecho de serlo tiene “dignidad”, cualidad en virtud por la que se merece ser tratado con respeto, por ser el hombre sensible a ofensas, desprecios, humillaciones y faltas de consideración, lo cual en México no fue la excepción y consideró estos derechos en sus primeras Constituciones de 1824, 1857 y, finalmente, en nuestra actual Constitución del 5 febrero de 1917, la cual acoge los derechos humanos fundamentales y sus garantías.

2. Clasificación de derechos humanos

A. Por su evolución

Para efectos del desarrollo del tema es conveniente hacer una mera clasificación doctrinal de los derechos humanos, los cuales, por su evolución, se dividen en primera, segunda, tercera y cuarta generación.

Los de la primera generación son aquellos que consagran las libertades individuales, como son aquellas que junto con los derechos sociales, hasta antes de la reforma de 2011, llamábamos “garantías individuales” y que correspondían al derecho a la vida, a la libertad corporal o personal, de libertad de tránsito, de reunión o asociación, de religión, de igualdad ante la ley, al derecho a la retroactividad de la ley en beneficio, al derecho a una adecuada defensa, a ser oído y vencido en juicio (audiencia), al mandamiento escrito, a la fundamentación y motivación, y demás que constituyen la garantía del debido proceso.

Son en su mayoría los derechos humanos de primera generación los inherentes a la persona, que nacen desde que ésta cobra vida, o bien posteriormente en razón de su circunstancia personal frente a la ley y que tienen como nueva característica la individualidad. Es decir, muchos derechos humanos primarios en materia penal ya se establecen y reconocen en nuestra Constitución de 1917.

Los derechos humanos de segunda generación son los derechos sociales que procuran mejores condiciones de vida y que por primera vez en el mundo se establecieron en la Constitución mexicana de 1917, cuando Rusia y Estados Unidos estaban ocupados con la Primera Guerra Mundial. Entre ellos, tenemos el derecho a la tenencia de la tierra, al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la salud pública, etcétera.

Los derechos humanos de tercera generación son los derechos de los pueblos, también llamados: derechos de la solidaridad. Se trata de prerrogativas que comprenden tres grandes bienes sociales: la paz, el desarrollo y el medio ambiente, elementos generadores de bienestar social.

Al respecto, Luis de la Barrera Solórzano señala:

Los derechos de la tercera generación surgieron muy recientemente en respuesta a la necesidad de que las naciones y los distintos grupos que las integran cooperen entre sí. El desarrollo económico de los grupos étnicos, la elección por parte de los ciudadanos de la forma de gobierno y el principio de no agresión de un país por otro son ejemplos de derechos de la tercera generación.⁶

Ahora bien, el concepto mismo de derechos humanos de tercera generación ha sido cuestionado por autores tan importantes como Norberto Bobbio, quien observa que los nuevos derechos son de dos tipos: unos toman al individuo no como humano sin más, sino como persona de determinado sexo (derechos de la mujer), edad (derechos del niño o del anciano), grupo étnico o cultural (derecho de los indígenas), estado físico (derecho de los minusválidos o discapacidades diferentes), etcétera; los otros ya no enfocan al individuo *ut singuli* como sujeto, sino que corresponden a grupos y entidades de creciente magnitud: la familia, el pueblo, la humanidad, nuestros descendientes y los animales o la propia naturaleza en su conjunto.

En relación con la paz, tenemos el derecho a la autodeterminación, a la independencia económica y política, a la identidad nacional y cultural, a la coexistencia pacífica, al entendimiento y a la confianza, a la cooperación internacional y regional, así como el derecho a la discriminación por razón de sexo, raza, edad, preferencia sexual, cultura y estado físico. Por lo que hace al desarrollo, contamos con los derechos a la justicia social internacional, al uso de los avances de la ciencia y tecnología, y a la solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos. En cuanto al medio ambiente se establecen los derechos al patrimonio común de la humanidad y a un medio ambiente de calidad que permita una vida digna.

⁶ De la Barrera Solórzano, Luis, *Los derechos humanos. La ley más ambiciosa*, México, Terracota, 2013, p. 60.

Los derechos humanos de la cuarta generación son aquellos que han surgido en las últimas décadas; éstos se integran por derechos que aún no tienen plena aceptación y cuyo origen se encuentra en el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, vinculadas a la revolución de las telecomunicaciones. Entre estos derechos encontramos:

- I. El de acceso a las tecnologías de información y comunicación;
- II. El de estar comunicado libremente a las redes telemáticas;
- III. A que se fomente el flujo e intercambio de información, y
- IV. El derecho a la libertad informática.

B. Por su importancia fundamental

El florentino Luigi Ferrajoli elabora una clasificación⁷ muy interesante de los derechos humanos: *a)* derechos humanos primarios o sustanciales, y *b)* derechos humanos secundarios o instrumentales (entre estos últimos están las garantías para su protección).

Ahora bien, tomando en cuenta esta clasificación en cuanto a los derechos humanos contenidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, podemos afirmar que por razón de su importancia fundamental, los derechos humanos positivizados y reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales relativos, suscritos por el Estado mexicano, se pueden clasificar en tres: derechos humanos fundamentales primarios, derechos humanos fundamentales secundarios y derechos fundamentales instrumentales.

Los derechos humanos fundamentales primarios son aquellos inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo; derechos inalienables de toda persona física adquiridos desde el nacimiento, que los conserva siempre hasta el día de su muerte; ejemplos de ellos son la vida, la integridad y la libertad personal; la libertad de conciencia y de pensamiento; derechos que tienen que ver con la integridad corporal del ser humano y, por lo tanto, son derechos inherentes a la persona física durante toda su existencia.

⁷ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 291 y 292.

Los derechos humanos fundamentales secundarios son aquellos que no entran en la clasificación anterior, porque contrariamente a lo que opinan algunos académicos de la materia, no necesariamente son inherentes y permanentes al ser humano, es decir, su obtención o reconocimiento depende de su situación personal, en función de determinada calidad en lo individual o en lo colectivo. De esa forma nacen en su momento, derechos en el transcurso de su existencia, por razón del patrimonio (propiedades y posesiones); por ser ciudadano (derechos políticos, residencia, circulación en el territorio nacional, reunión, etcétera), por razones civiles; por tener capacidad de obrar (como la libertad de contractuar; derecho al trabajo); derechos políticos, por razón de poder votar y ser votado; por razón de alguna enfermedad (derecho a la salud); por razón de haber violentado la ley penal, civil, administrativa, o de otra clase (como en materia penal: el derecho a la defensa adecuada, a la audiencia, a la prueba, a poder alegar en el juicio, a ser juzgado por tribunales previamente establecidos, imparciales e independientes); por su edad, derecho del niño o adultos mayores; por sexo, derecho de la mujer; por sus preferencias sexuales, derecho de los homosexuales.

Los derechos humanos instrumentales son las antiguas garantías individuales procedimentales que no dejan de ser derechos humanos; fundamentales pero instrumentales, es decir, de naturaleza procesal, establecidos para la protección de los otros.

Debemos reconocer que la Constitución federal en su reforma del 10 de junio de 2011, recoge la distinción que hace Norberto Bobbio entre derecho humano y garantías para su protección, al considerar que no es la presencia de los derechos fundamentales lo interesante en una Constitución, sino las garantías para su protección. Así, resulta otra distinción establecida en el artículo 1o. constitucional: “Derechos humanos y garantías constitucionales para su protección”.

La Constitución federal en su artículo 1o. habla de derechos reconocidos no sólo en ella, sino también en los tratados internacionales firmados por México, además de las garantías para su protección (conceptos muy diferentes). Como garantías para proteger los derechos humanos podemos encontrar en la carta magna, desde nuestra perspectiva, los postulados como los tribunales previamente establecidos; no habrá delito sin ley *nullum crimen sine lege*; leyes expedidas con anterioridad al hecho; “a nadie se le impondrá una pena por analogía o mayoría de razón”, y formalidades del procedimiento o “debido

proceso”, que protegen derechos fundamentales secundarios, como la adecuada defensa, audiencia, derecho a la prueba, etcétera; derechos que tienden a preservar los derechos fundamentales del primer nivel o primarios, como la vida, la libertad y la integridad física.

Esto es, las garantías para la protección de los derechos humanos individuales también son derechos humanos pero instrumentales.

C. Por su naturaleza

Para efectos de la competencia legal en el juicio de amparo, los derechos humanos se clasifican por su naturaleza: penal, civil, administrativos, laborales, fiscales, agrarios, electorales, etcétera.

3. Los derechos humanos de naturaleza penal

Entre los derechos humanos de tipo penal y que se consideran de la primera generación, ahora fundamentales primarios o secundarios, se encuentran los siguientes:

El derecho a la vida. Fundamental derecho humano primario, protegido de antaño y que ha tenido la virtud de derogar la pena de muerte en casi todos los países del mundo; no obstante, cualquier persona física podría ser privada de la vida por un acto ilegal y arbitrario de la autoridad, y por ello es que la Constitución mexicana y la nueva Ley de Amparo la siguen protegiendo como el primer bien jurídico tutelado del ser humano.

El derecho a la integridad física o integridad personal. Se trata de un derecho fundamental primario que nuestra carta magna en su artículo 22 prohíbe, además de la pena de muerte, la mutilación, la infamia, la marca, los palos, los azotes, los tormentos de cualquier especie, la desaparición forzada de personas, etcétera.

Derecho a la libertad personal. Se trata de otro derecho fundamental de primer orden o primario. El artículo 14 constitucional establece la prohibición de privar de la libertad personal, a menos que sea 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 el mismo sentido, el artículo 16 de la norma suprema dispone los casos

en que por la comisión de un delito un individuo puede ser privado de su libertad: flagrancia, orden de detención solicitada por el Ministerio Público, en caso urgente o por orden de aprehensión librada por un juez. Si no se ha cometido delito alguno no podrá detenerse a la persona, y su detención será ilegal y arbitraria. Salvo que se le detenga por faltas a los reglamentos de gobierno o de policía hasta por 36 horas, tal como lo permite el artículo 21, párrafo cuarto, que señala:

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

También podrán ser detenidos los gobernados mediante una orden de detención con fines de extradición, o cualquier otra orden de autoridad migratoria para sacar del país a los extranjeros que no reunieron los requisitos para su legal estancia en el país y se cumplan las formalidades del procedimiento (artículo 11), o bien en el caso de expulsión, considerado en el artículo 33 de la norma suprema.

Tratándose de la vida, de la libertad personal fuera de procedimiento, de la integridad personal, el amparo debe ser total, en caso de violación a estos derechos fundamentales.

Además, existen otros derechos humanos individuales de naturaleza penal reconocidos por nuestra carta magna, clasificados como fundamentales secundarios o instrumentales (incluyendo las garantías para su protección), que son los siguientes:

I. Derecho a poseer armas (artículo 10) (*derecho fundamental secundario*).

II. Derecho a no ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales (artículo 13) (*derecho fundamental instrumental; garantía individual*).

III. Derecho a no ser juzgado por tribunales militares cuando esté implicado un paisano o civil (artículo 13) (*derecho fundamental instrumental; garantía individual*).

IV. Derecho a que no se le aplique una ley en forma retroactiva en su perjuicio (artículo 14) (*derecho fundamental secundario*).

V. Derecho a que no le imponga, por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata (artículo 14, párrafo tercero) (*derecho fundamental secundario*).

VI. Derecho a no ser extraditado como reo político a países donde se tenga la condición de esclavo (artículo 15) (*derecho fundamental secundario*).

VII. Derecho a no ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito, de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento (*derecho fundamental primario*).

Hay tres garantías para proteger el derecho humano de no ser molestado: el mandamiento escrito, la autoridad competente, y la fundamentación y motivación. (Lo que se confronta con el procedimiento acusatorio oral de manera importante).

VIII. Derecho a la protección, acceso, ratificación y cancelación de datos personales o a manifestarse en oposición a toda violación al respecto (artículo 16, párrafo segundo) (*derecho fundamental secundario*).

IX. Derecho a que sea puesto a disposición sin dilación alguna al juez de la causa, después de haber sido detenido mediante orden de aprehensión (artículo 16, párrafo cuarto) (*derecho fundamental primario*).

X. Derecho a no ser arraigado, más que en los casos que lo permite el artículo 16, párrafo octavo (*derecho fundamental primario*).

XI. Derecho a no ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, sin que se consigne al juez o dejarlo en libertad (artículo 16, párrafo décimo) (*derecho fundamental primario*).

XII. Derecho a no ser cateado sin cumplirse los requisitos constitucionales (artículo 16, párrafo decimoprimer) (*derecho fundamental instrumental; garantía individual*).

XIII. Derecho a que no se viole la privacidad de sus comunicaciones (artículo 16, párrafo decimosegundo) salvo cuando lo permita la ley (*derecho fundamental secundario*).

XIV. Derecho a que no se le practiquen visitas domiciliarias (salvo cuando lo permita la ley) (artículo 16, párrafo decimosexto) (*derecho fundamental secundario*).

XV. Derecho a que el ejército no se aloje en su domicilio o casa particular contra su voluntad, en tiempos de paz (*derecho fundamental secundario*).

XVI. Derecho a que se le administre justicia por tribunales expeditos, en los plazos y términos legales, de manera pronta, completa e imparcial, en forma gratuita y sin costas judiciales (artículo 17, párrafo segundo) (*derecho fundamental instrumental; garantía individual*).

XVII. Derecho a que no se le aprisione por deuda de carácter puramente civil (artículo 17, último párrafo) (*derecho fundamental secundario*).

XVIII. Derecho a que no se le procese privado de su libertad (en prisión preventiva) si el delito por el que se le juzga no amerita pena privativa de libertad (artículo 18, párrafo primero) (*derecho fundamental primario*). Derecho a que la prisión preventiva se realice en lugar distinto al de ejecución de penas (artículo 18) (*derecho fundamental primario*).

XIX. Derecho a la reinserción social (artículo 18, párrafo segundo) (*derecho fundamental secundario*).

XX. Derecho a que la mujer compurgue sus penas en lugares separados de los hombres (artículo 18, párrafo segundo) (*derecho fundamental secundario*).

XXI. Derecho a que los adolescentes mayores de doce años y menores de dieciocho años tengan un régimen especial de justicia conforme a las leyes (artículo 18, párrafo cuarto) (*derecho fundamental instrumental; garantía individual*).

XXII. Derecho a que los reos mexicanos que compurguen penas en otros países sean trasladados al nuestro para que cumplan su condena, y que los reos extranjeros en México puedan cumplir su condena en su país de origen (artículo 18) (*derecho fundamental secundario*).

XXIII. Derecho a que la detención ante autoridad judicial no rebase las 72 horas sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso o el doble de tiempo cuando así lo solicite el inculcado, y con los requisitos legales (artículo 19) (*derecho fundamental primario*).

XXIV. Derecho a un debido proceso, que es una garantía, para la protección de los derechos humanos fundamentales secundarios (artículo 20), y que son los siguientes:

- Presunción de inocencia.
- A ser informado de la acusación y de sus derechos.
- Derecho de audiencia (ser oído y vencido en juicio).
- A que se le reciban pruebas que ofrezca.
- A ser juzgado en los términos y plazos constitucionales.

- A la defensa adecuada.
- A la igualdad procesal, tanto del imputado como de la víctima u ofendido.

XXV. Derecho a que no se le impongan penas que estén prohibidas (artículo 22) (*derecho fundamental primario*).

XXVI. Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito *non bis in idem* (artículo 23) (*derecho fundamental secundario*).

XXVII. Derecho a que se respeten las formalidades esenciales de todo el procedimiento penal, incluyendo la etapa de averiguación previa y la detención.

XXVIII. En el artículo 16 constitucional tenemos el derecho a no ser detenido o privado de la libertad personal, salvo por la comisión de un delito, en flagrancia o caso urgente, o reunidos los requisitos para la orden de aprehensión (artículo 16) (*derecho fundamental primario*).

XXIX. El derecho a no ser retenido por más de 48 horas por el Ministerio Público (artículo 16); o por más de 72 horas por el juez, sino se justifica con un auto de vinculación a proceso (auto de formal prisión) que cumpla con los requisitos legales (artículo 19); así como el derecho a los plazos legales, a los recursos, etcétera.

Muchas de las violaciones a los derechos humanos fundamentales de segundo nivel o secundarios, o garantías establecidas para su protección, podrán afectar a un derecho fundamental de primer nivel o primario y la consecuencia legal deberá trasladarse a la protección del derecho fundamental primario, como la vida y la libertad, etcétera. En estos casos, el juez de amparo tendrá que ponderar si concede el amparo total, liso y llano, atendiendo al interés social y nacional, sobre el particular.

Los derechos humanos de naturaleza penal ya estaban establecidos en su gran mayoría en la Constitución de 1917; sin embargo, la novedad o el cambio importante sucedió en la reforma de 2008, en las reglas del debido proceso —que son distintas a las del procedimiento escrito—, y, desde luego, en las reformas constitucionales de junio de 2011.

Los principales convenios internacionales suscritos por México y que contienen estos mismos derechos humanos de naturaleza penal, pero de manera más general o abstracta, y otros más de tercera y cuarta generación, que debemos atender son los siguientes:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador”.
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también denominada “Convención de Belém do Pará”.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- Convención Americana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos.
- Carta Democrática Interamericana.
- Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.
- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Habrá que escrudiñar todos estos tratados y destacar los derechos humanos de tipo penal que no están establecidos en nuestra Constitución, para así atenderlos y darles uso y la dimensión que les corresponde al resolver un juicio de amparo. De estar en ella, consideramos que basta con atender nuestra carta magna para resolver un conflicto por violación a los derechos humanos de tipo penal. Situación que no acontece con otras materias, donde muchos derechos humanos de tercera y cuarta generaciones sólo se encuentran en los tratados.

El Pleno de la Suprema Corte al resolver la contradicción de tesis 293/2011, en sesiones del 26, 28 y 29 de agosto de 2013, discutió los temas confusos de la aplicación de la jurisprudencia de tribunales

internacionales de derechos humanos; la posibilidad de invocar los tratados internacionales relativos a derechos humanos en los amparos, cuando éstos se hallan establecidos en la Constitución. Sesiones que fueron muy provechosas y de diversidad de criterios. Sin embargo, los ministros de carrera judicial —con vasta experiencia y estudios constitucionales—: Margarita Luna Ramos, Luis María Aguilar Morales, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alberto Pérez Dayán y otros, no con menos méritos se inclinaron por la supremacía constitucional, cuando ésta tiene algunas restricciones que puedan contradecir los tratados, y que son temas de reflexión, como el caso del arraigo y la prisión preventiva o los derechos políticos de los procesados.

El cambio del referido criterio es el siguiente: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL, que nos parece el correcto. Sin embargo, hay más temas que son de reflexión y ocupación.

IV. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR PROCESO PENAL Y DEBIDO PROCESO?

El procedimiento penal es un conjunto de reglas precisamente establecidas en la ley por el cual se juzga la comisión de un delito por la autoridad competente.

El proceso penal (restricción de la libertad) es la etapa del procedimiento penal en prisión preventiva o sin ella, ante la autoridad jurisdiccional (juez), que comienza con la puesta a disposición del imputado ante el juez y termina con el dictado de la sentencia definitiva.

La prisión preventiva (limitación a la libertad) es la privación de la libertad personal durante el procedimiento penal. Una limitación al derecho humano de la libertad personal.

El debido proceso (restricción o limitación a la libertad) es el derecho de la persona imputada a que se le respeten las formalidades esenciales del procedimiento, a efecto de garantizar los derechos humanos del imputado y de la víctima.

La Corte Interamericana determinó que las garantías básicas del debido proceso, consagradas en el artículo 8o. de la Convención Ame-

ricana de Derechos Humanos, se aplican con relación a cualquier autoridad —administrativa, legislativa o judicial—, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas, como son: la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial en un plazo razonable, el derecho a una defensa pública eficaz, la igualdad de armas jurídicas, el derecho al recurso y el derecho a no ser coaccionado, entre otros.

En México, las reglas del debido proceso penal están establecidas en los artículos 14, 16, 18, 19, y básicamente en el 20 de la Constitución y en el 173 de la nueva Ley de Amparo. La Constitución y la Ley de Amparo abundan más en las reglas del debido proceso que la Convención Americana de Derechos Humanos, que es más abstracta.

Así, debemos concluir que, conforme a la clasificación que se hizo, el “debido proceso penal” no es un derecho humano propiamente dicho, fundamental primario, pues no es una prerrogativa, inalienable, inherente al hombre, sino un derecho fundamental instrumental que establece un conjunto de derechos humanos de segundo nivel o secundarios (como la adecuada defensa, el derecho de audiencia, de recurso, etcétera) que la autoridad debe otorgar como garantía individual para proteger diversos derechos humanos fundamentales primarios o de primer nivel (como la vida, la libertad, las propiedades y las posesiones) en un juicio o procedimiento formal.

De ahí que ante cualquier violación al debido proceso (es decir, violaciones procesales) en un juicio constitucional se debe reponer el procedimiento, a menos de que afecte directamente el derecho humano de que se trate (la vida, la libertad, etcétera). Son casos en que debe declararse nulo el acto, de inmediato, y restituir al gobernado en su derecho violado.

Desde luego, para tomar esta decisión hay que ponderar lógica, jurídica y prudentemente el interés nacional y social frente al particular del imputado, acusado o sentenciado.

La víctima u ofendido, la sociedad y la Nación están interesados en que se castiguen los delitos y se juzgue a los imputados mediante un procedimiento penal que tampoco viole derechos a las partes.

Todo lo anterior, atendiendo también al principio de supremacía constitucional; en cuanto a que si hay colisión de derechos humanos entre los tratados y la Constitución, porque ésta establece limitaciones o restricciones, debemos preferir la carta magna.

1. ¿Cuándo se afecta el debido proceso?

Cuando existen violaciones al procedimiento se afecta el debido proceso. En efecto, la Constitución en su artículo 107, fracciones III y V, establece la obligación para los tribunales de amparo de revisar de oficio todas las violaciones del procedimiento.

Para que proceda un amparo directo o indirecto por violaciones procesales, se establecen dos requisitos: que afecte la defensa del quejoso y que trascienda al resultado del fallo.

El artículo 173 de la Ley de Amparo establece las violaciones procesales que por derecho (*ipso iure*) afectan la defensa del quejoso, entre éstas figuran: el desarrollo de cualquier audiencia sin la presencia del juez actuante, así como el desahogo de pruebas ante una persona distinta al juez o que no se le reciban las pruebas que el imputado ofrezca o éstas no sean recibidas conforme a la ley, entre otras. En estos casos, sólo habrá que analizar si trasciende al resultado del fallo o no.

Las sentencias que resuelven el amparo sólo deben ser en tres sentidos: sobreseimiento, amparando o negando la protección constitucional. A su vez, las que amparan son en dos sentidos: amparo total (liso y llano) o para efectos.

Los amparos por violaciones procesales siempre serán para efectos; incluso para efecto de que se deje en libertad al quejoso, sin perjuicio de la continuación del procedimiento penal que es de orden público y no debe suspenderse.

En materia penal sólo será liso y llano, si se resuelve que no hubo delito o responsabilidad penal (plena o presunta, según sea el caso), o que exista una causa de extinción de la acción penal.

Si se cometió un delito y no se respetaron las reglas del procedimiento, incluyendo las formalidades del procedimiento, será un amparo para efectos, el cual puede ser para que se le deje en libertad por deficiencia en la detención, pero sin perjuicio de que el Ministerio Público pueda nuevamente ejercitar la acción penal, solicitando la orden de aprehensión e iniciar el procedimiento para que no exista impunidad. Tales violaciones procesales se pueden advertir hasta el amparo directo, al impugnar la sentencia definitiva.

El artículo 61, fracción XVII, de la nueva Ley de Amparo (fracción X, del artículo 73 de la anterior), sigue estableciendo los estadios procesales en el proceso penal y señala que las violaciones procesales que-

dan consumadas irreparablemente con motivo del cambio de situación jurídica. Sin embargo, con motivo de que en ese párrafo se suprimió el artículo 16 constitucional, la Primera Sala de la Suprema Corte ha interpretado que las violaciones procesales anteriores al auto de formal prisión (vinculación a proceso) pueden ser analizadas en amparo directo, siendo pertinente citar la tesis de rubro: VIOLACIONES COMETIDAS EN LA DETENCIÓN DEL INCUPLADO CON MOTIVO DE LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL (FLAGRANCIA O CASO URGENTE). PROCEDE ANALIZARLAS EN AMPARO DIRECTO.⁸

Si ya existe una previa sentencia de amparo indirecto, donde se analizaron las violaciones procesales, ya no se podrán analizar esas violaciones. El amparo directo concedido por incompetencia del juez debe ser para efectos de que se reponga el procedimiento, ante el juez competente.

Han salido criterios novedosos de la Primera Sala de la Suprema Corte en materia de detención, tortura, defensa adecuada, aviso consular, etcétera.

Ilustra lo anterior, el siguiente cuadro de referencia:

<i>Tema</i>	<i>Tesis/jurisprudencia</i>
Asistencia consular de extranjeros	“Extranjero sujeto a averiguación previa o en prisión preventiva. Se le debe dar a conocer el derecho que tiene a solicitar la asistencia de la representación diplomática del país del cual es originario, además de que se informe a dicha sede consular la situación jurídica de aquél”.
Invalidez de las declaraciones del imputado sin la presencia del defensor profesional en derecho	“Defensa adecuada en materia penal. La ilicitud de la declaración rendida por el imputado sin la asistencia técnico-jurídica de un defensor profesional en derecho, no admite convalidación”.
Reconocimiento del inculpado sin asistencia del defensor profesional en derecho	“Reconocimiento del inculpado a través de la cámara de Gesell. En dicha diligencia es necesaria la asistencia del defensor a efecto de garantizar el derecho a una defensa adecuada”.

⁸ Tesis 1a. CLV/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, agosto de 2012, p. 509.

<i>Tema</i>	<i>Tesis/jurisprudencia</i>
Caso urgente	“Detención por caso urgente. Requisitos para su validez”.
Tortura	“Tortura. Obligaciones de la autoridad cuando una persona manifiesta haberla sufrido o se tengan datos de la misma”.

2. Detención ilegal, caso flagrancia y caso urgente

Aun cuando la detención obedezca a la comisión de un delito, si no se cumple con las formalidades que exige la flagrancia o la detención en caso urgente, se debe conceder el amparo para el efecto de que se le deje en libertad, sin perjuicio de reponer el procedimiento y el Ministerio Público puede nuevamente ejercitar acción penal (no podría concederse un amparo liso y llano), para no dejar impune la conducta delictiva.

3. Flagrancia

Esta figura procesal se contempla en el artículo 16 constitucional, párrafo quinto, que establece que cualquier persona puede detener a otra por la comisión de un delito, en el que para su procedencia se deben colmar los siguientes requisitos: 1) que se le detenga al momento de la ejecución del delito, y 2) se le persiga materialmente y sea detenido enseguida; y suprimió esta hipótesis: que “en setenta y dos horas después, sea señalado por la víctima o se le encuentren los objetos del delito”, lo que estaba permitido antes de la reforma.

4. Urgencia

Esta figura también está prevista en el artículo 16, específicamente en los párrafos sexto y séptimo, respectivamente, de los cuales se desprenden los siguientes requisitos: 1) se haya iniciado la averiguación previa en contra del imputado; 2) se trate de un delito grave; 3) exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la jus-

ticia, y 4) que por razón de la hora, lugar o circunstancia, no puedan acudir a la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión.

De esto que el Ministerio Público primero detiene y luego libra la orden de detención en caso urgente —inaceptable— o lo detiene cinco o más días después y se dice que es flagrancia —también inaceptable—.

Es muy discutible si se le cita a declarar al inculpado o en calidad de testigo, pues aquí habría que ponderar la validez de la orden de detención por caso urgente, el abuso será castigado por la ley, pero no da lugar a dejar en libertad al imputado, por rebasar ese plazo.

Se le detiene por otro delito y se dicta detención en caso urgente por el nuevo delito (es correcto) o lo hará que se ejecute la orden de detención por caso urgente, ahí comienza el plazo para la detención de 48 horas o 96 si se trata de delincuencia organizada.

5. Tortura

Si una persona confiesa hechos delictuosos, sin embargo, es torturado física o psicológicamente, es nula la declaración.

Si el juez no ordena la investigación de la tortura, cuando el imputado le manifiesta esta situación y no confiesa, ¿se repone el procedimiento para la investigación?

6. Adecuada defensa

Si el reconocimiento en la cámara de Gesell se hace sin su defensor, existe una violación al procedimiento, por violar la adecuada defensa y el debido proceso. El amparo es para efectos de dejar inválida la actuación y las que se deriven de ello, criterio jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte.

Tanto la sola manifestación de tortura ante el juez de proceso como el reconocimiento sin la presencia del defensor, el aviso consular omitido, o cualquier otra que no tenga que ver con la detención, el amparo será para efecto de reponer el procedimiento e invalidar pruebas asociadas, más no liso y llano para dejarlo en libertad.

Lo anterior, porque conforme al artículo 107 constitucional, las controversias de amparo se sujetarán a los procedimientos que determine la Ley de Amparo.

No podemos variar un procedimiento de orden público, como lo es el juicio de amparo, so pretexto de la violación a un derecho humano, de alguien que cometió un delito, pues sobre su interés particular está el interés público de que se respeten los procedimientos precisamente establecidos, pero también está el derecho de la víctima en materia penal.

El ministro José Ramón Cossío emitió un criterio,⁹ en el sentido que el principio “pro persona”, no es fundamento para omitir el estudio de los aspectos técnicos legales en el juicio de amparo.

En suma, los jueces federales de amparo (ministros, magistrados y jueces) deben emitir sus sentencias con absoluta imparcialidad, autonomía, objetividad, de manera prudente, eficaz y justa, para una adecuada defensa de los derechos humanos.

⁹ Tesis CCLXXVI/2012 (10a.) de rubro: “PRINCIPIO PRO PERSONA. NO ES FUNDAMENTO PARA OMITIR EL ESTUDIO DE LOS ASPECTOS TÉCNICOS LEGALES EN EL JUICIO DE AMPARO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2012.

La suspensión de actos privativos de la libertad en las leyes de 1936 y 2013 en materia de amparo

*María Elena Leguizamón Ferrer**

I. EL TRATAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN HASTA ANTES DE 1936

SOLO HARÉ una breve relación de la situación que prevalecía en materia del juicio de amparo cuando, durante el mandato del presidente Venustiano Carranza, se aprueba la Constitución federal el 5 de febrero de 1917, en la que se contienen los supuestos de procedencia del amparo y, por primera vez, se formaliza la suspensión del acto reclamado como norma constitucional, así como se definen las reglas procedimentales para su tramitación. Pero, además, estimo pertinente precisar cuáles eran las leyes que prevalecían antes de entrar en vigencia la ley fundamental y que de algún modo hacían una referencia incipiente del juicio de amparo, pues precisamente ya desde el siglo XIX se manejaba esta institución, primeramente en la Constitución federal de 1824, promulgada a iniciativa de Mariano Otero, donde se establecen las reglas del principio de relatividad de las sentencias; la Constitución del estado de Yucatán de mayo de 1841, que contenía el pensamiento de Manuel Crescencio Rejón; posteriormente, en la Constitución Federal de 1857 en la que se instauró de manera definitiva la materia de la suspensión en el juicio de amparo, y de la que derivaron la ley reglamentaria de 1861, legislación que no tuvo aplicación práctica debido a la intervención francesa y al Segundo Imperio de 1862 a 1867, así como la ley reglamentaria del 20 de enero de 1869 donde los jueces de distrito eran las autoridades judiciales competentes para tramitar el juicio de amparo y su suspensión.

Por su parte, el Código de Procedimientos Federales expedido el 14 de noviembre de 1895, reformado el 6 de octubre de 1897, contempló

* Doctora en derecho por la UNAM; magistrada del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

por primera vez el juicio de amparo como un *juicio especial*; en cuanto a la materia de la suspensión del acto reclamado, ésta se tramitaba en *vía incidental*, pero lo importante era que su otorgamiento o su improcedencia era emitida por el juzgador bajo su más estricta responsabilidad, porque, incluso, se le podía fincar responsabilidad penal por su incorrecto manejo.

En efecto, mientras que las primeras leyes federales de 1861 y 1869, que regulan el juicio de amparo, sólo de manera incipiente tocan la suspensión del acto reclamado, en la ley federal del 14 de diciembre de 1882, el estudio de la suspensión del acto reclamado está acompañado por la experiencia de los tribunales federales de la época y la doctrina expuesta de Lozano y Vallarta, entre otros, quienes desarrollaron la idea de la suspensión y la responsabilidad del juzgador en su aplicación como único recurso.¹

Ciertamente, los juicios de amparo eran del conocimiento de los juzgados de distrito, y sus sentencias emitidas, como los autos de sobreseimiento y las resoluciones que declaraban la improcedencia del juicio de amparo, no podían ejecutarse ni aún con la conformidad de las partes, pues era necesario que se remitieran a la Suprema Corte de Justicia para tramitar el recurso de revisión que procedía contra dichas resoluciones.² Ello generó en gran parte un rezago importante en la Suprema Corte, además que los juicios de amparo no lograran la prontitud que se requería, en términos de lo que las Constituciones federales “tanto la de 1857 como la de 1917” regulaban en la materia de administración de justicia, en el sentido de que fuera expedita, pronta y cumplida.³

A principios del siglo XX, el Poder Judicial de la Federación se integraba, primeramente, por la Suprema Corte de Justicia, cuya distribución era diversa a la que se conformó posteriormente en la Cons-

¹ Trueba, Alfonso, *La suspensión del acto reclamado o la providencia cautelar en el derecho de amparo*, México, Ed. Jus, 1975, Nueva colección de estudios jurídicos, pp. 23-53.

² Morales Moreno, Humberto, *El Poder Judicial de la Federación en el siglo XX. Una breve historia institucional 1895-1996*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, serie Episodio y personajes del Poder Judicial de la Federación, pp. 36 y 37.

³ Véase *El juicio de amparo y el Poder Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, libro segundo, capítulo III: la Constitución de 1917, El rezago, México, 1999, versión digital.

titución de 1917, ya que en aquella época estaba conformada por tres salas; la primera estaba integrada por cinco ministros, en tanto que las otras dos salas se formaban con tres ministros cada una y cuyas competencias se encontraban delimitadas en la propia ley orgánica. En segundo término estaban los tribunales de circuito que eran manejados unitariamente y en tercer lugar, los juzgados de distrito. En atención a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación vigente (publicada el 16 de diciembre de 1908), el Poder Judicial de la Federación para 1910 se integraba de tres circuitos, que se localizaban dos en el Distrito Federal y uno en Mazatlán; tres tribunales de circuito y 33 juzgados de distrito, distribuidos en cada entidad federativa, salvo Quintana Roo.⁴ Todos ellos conocían de los asuntos federales en las materias administrativa, civil, laboral y penal, así como del juicio de amparo.

Ahora bien, este juicio de amparo estuvo regulado en el Código Federal de Procedimientos Civiles del 26 de diciembre de 1908 y procedía a instancia de parte agraviada, bajo el principio de relatividad de la sentencia, y el amparo se suscitaba cuando un acto de autoridad o una ley violaba garantías individuales al quejoso, cuando la soberanía de los estados era vulnerada, o bien cuando se invadía la esfera de la autoridad federal, por actos de autoridad o leyes que se estimaban inconstitucionales. Cuestiones que se conservaron en la Ley de Amparo de 1936, de la que me ocuparé más adelante.

En el periodo de la Revolución mexicana, la Suprema Corte de Justicia desapareció con el decreto de Carranza del 11 de julio de 1916; luego, para organizar la administración de justicia, el presidente Carranza creó el Supremo Poder Judicial únicamente con los tribunales de circuito y los juzgados de distrito, dividiendo al territorio nacional en ocho circuitos. Y es hasta el 5 de febrero de 1917, una vez que se promulgó y se publicó en el periódico oficial la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando emergió la Suprema Corte de Justicia funcionando en pleno, con una integración de once ministros y en ella se depositan los tribunales de circuito y los juzgados de distrito, para formar el Poder Judicial de la Federación. Posteriormente, el 12 de noviembre de 1917 se publicó la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en la que, además, se adicionó al Jurado

⁴ *Loc. cit.*, pp. 83-88.

Popular, los tribunales de los estados y los del Distrito Federal para formar parte del Poder Judicial Federal. Todo en un estatus jerárquico.

Entre 1936 y 1950, el rezago que la Suprema Corte de Justicia generó en el desahogo de expedientes de amparo fue de tal magnitud que llevó a que se reformaran las leyes orgánicas y reglamentarias del juicio de amparo, pues mientras que para 1930 el rezago era de 10,067 asuntos, para 1949 el rezago alcanzó la cantidad de 32,850 asuntos,⁵ y para 1950 el rezago era de 37,881,⁶ lo que generó la creación de los tribunales colegiados de circuito, mediante la iniciativa presidencial de Miguel Alemán para reformar la Constitución federal y reglamentarse posteriormente la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación el 19 de febrero de 1951. Asimismo, en esta fecha se creó la sala auxiliar de la Suprema Corte de Justicia con otros cinco ministros que coadyuvaban a las salas penal, civil, laboral y administrativa en su rezago. Todo ello con la finalidad de dar agilidad a los asuntos, sumados los acuerdos delegatorios para los tribunales colegiados de circuito, que la Corte emitió y sigue emitiendo a la fecha, para una mejor administración de justicia.

En cuanto a los antecedentes que ya hemos referido en materia de suspensión del acto reclamado, es pertinente destacar, que si bien el Código de Procedimientos Federales de 1895 establecía que su trámite era por vía incidental y regulaba la responsabilidad del juzgador para concederla o negarla, no fue sino hasta la Constitución de 1917 cuando se alude como norma constitucional; a partir de su reglamentación aparecen también criterios importantes expuestos, primero, por la Suprema Corte de Justicia y, posteriormente, por los tribunales colegiados de circuito, quienes desde su creación, de igual forma, están facultados para generar tesis y jurisprudencias con motivo de los amparos y recursos de su conocimiento, en los que incide el tema de la suspensión.

Sobre el particular, el autor Wibellaldo Bazarte Cerdán, en su artículo *La suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo*,⁷ sostiene que el “verdadero raigambre” de la suspensión del acto recla-

⁵ Morales Moreno, Humberto, *ibidem*, p. 122.

⁶ Cabrera, Lucio, *op. cit.*, p. 722.

⁷ Publicado en el sesquicentenario de la instalación de la Suprema Corte de Justicia (1825-1975), Suprema Corte de Justicia de la Nación, Colegio de Secretarios de Estudio y Cuenta, *La suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo, estudios jurídicos*, 2a. ed., México, Cárdenas, 1983, pp. 7-16.

mado nace con la interpretación que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación; pero —dice Bazarte— con los criterios expuestos por el ministro Ignacio L. Vallarta, en el siglo XIX, a través de sus votos donde analiza y estudia la institución, los cuales constituyen la base para su desarrollo en los siguientes siglos. Ciertamente, Vallarta —entre otras cosas— precisaba que la Corte tenía que reprobear la responsabilidad que se le pudiera someter a un juez de distrito, cuando dejara en libertad al quejoso porque estimara que existía una violación a sus garantías; era indispensable decretar la suspensión del acto reclamado cuando la ejecución se consumara de tal modo que dejara sin materia el juicio de amparo, o que hiciera imposible la restitución de las cosas al estado en que se encontraban originalmente. Estos y otros razonamientos han sido retomados en el juicio de amparo que ahora nos ocupa, como también se analizará más adelante.

II. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN LA LEY DE AMPARO DE 1936

La Ley de Amparo de 1936 se expidió mediante decreto del 10 de enero de 1936 durante el gobierno de Lázaro Cárdenas, bajo la denominación de “Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal”; su duración fue de 77 años de vigencia (abarcando parte de los siglos XX y XXI). Durante esta vigencia tuvo quince reformas, adiciones o modificaciones en el capítulo relativo a la suspensión del acto reclamado⁸ (las reformas fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* en las fechas siguientes: 19 de febrero de 1951, 14 de marzo de 1951, 4 de febrero de 1963, 30 de abril de 1968, 29 de junio de 1976, 7 de enero de 1980, 30 de noviembre de 1982, 16 de enero de 1984, 5 de enero de 1988, 1 de febrero de 1988, 10 de enero de 1994, 8 de febrero de 1999, 24 de abril de 2006, 29 de mayo de 2009 y 24 de junio de 2011), que comprende los artículos 122 a 144 de esta legislación. Entre las reformas de mayor trascendencia se pueden citar la de 1951, con la creación de los tribunales colegiados de circuito, la del 30

⁸ La revisión de las reformas y modificaciones de la Ley de Amparo se obtuvo en la página de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: www.intranet.scjn.pjf.gob.mx/Paginas/NormativaInterna.aspx, que contiene además los diarios oficiales de la Federación.

de abril de 1968, en la que cambia su denominación a “Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” y, finalmente, la de 1976 relativa al cambio de estructura de la propia ley en dos libros para regular la materia agraria, incidiendo en el capítulo de la suspensión.

Conforme a la Ley de Amparo de 1936, la suspensión se tramitaba de *oficio* en el propio auto de admisión de la demanda de amparo y procedía contra actos que importaran peligro de privación de la vida, deportación o destierro, o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución federal; pero también precisaba que este tipo de suspensión procedía contra cualquier otro acto que, si se llegara a consumar, haría físicamente imposible restituir al quejoso en sus garantías. De esta manera, los jueces de distrito que conocían de in-comunicaciones, arrestos administrativos, entre otros, otorgaban la suspensión de oficio en el mismo auto que se admitía la demanda de amparo. Y respecto de la suspensión *a petición de parte*, se refería a los demás supuestos que era solicitada y se tramitaba por vía incidental, en cuerda separada, cuya revisión era del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia hasta antes de que surgieran los tribunales colegiados de circuito, quienes actualmente son los competentes para conocer del recurso de revisión o de queja contra las determinaciones pronunciadas en la suspensión.

Respecto de los actos que afectan la libertad personal, desde la Ley de Amparo de 1936 se ha regulado la concesión de la suspensión con los efectos de que el quejoso quede a disposición del juez de distrito, únicamente en lo que se refiere a su libertad personal, y a disposición de la autoridad que deba juzgarlo, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento del orden penal para su continuación. Esta ley hace distinción de las detenciones por autoridades administrativas, policíacas y judiciales, y de manera somera establece algunas medidas de aseguramiento para que el quejoso pueda ser devuelto a la autoridad responsable si no se le concede el amparo.

En la reforma del 7 de enero de 1980 a la citada Ley, se adicionó el tratamiento de las órdenes de aprehensión por delito grave, en las que la suspensión concedida tendría por efecto únicamente que el quejoso quedara a disposición del juez de distrito en el lugar que éste señale, en lo que se refiere a su libertad personal, quedando a disposición del juez en el procedimiento penal para su continuación. Y se precisaron

las medidas adecuadas para garantizar la seguridad del quejoso y que no se sustraiga a la acción de la justicia.

Con la reforma del 10 de enero de 1994, la Ley de Amparo se ajustó a los nuevos contenidos establecidos en el artículo 16 constitucional,⁹ en cuanto a los actos del Ministerio Público y las retenciones que realiza para su investigación, de la presentación de las personas detenidas por la comisión de los delitos en flagrancia o en casos urgentes. Se precisan los requisitos formales y materiales no sólo de la detención y la retención, sino también los de la orden de aprehensión, así como se determina que el incumplimiento a las obligaciones impuestas para gozar de la libertad provisional bajo caución hará que ésta pueda ser revocada. En suma, en esta reforma a la Ley de Amparo se actualiza la suspensión de los actos que afectan la libertad personal y las autoridades que los emiten y ejecutan, precisando en cada caso concreto los efectos de la suspensión del acto que se reclama.

III. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN LA LEY DE AMPARO DE 2013

La nueva Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 2 de abril de 2013 y que entró en vigor al día siguiente, es una ley federal que se adecua a la reforma constitucional de los derechos humanos (2011), pues su objeto de estudio es precisamente la violación de esos derechos. En la nueva Ley se adicionan supletoriamente los principios generales del derecho; se amplía el interés jurídico por el legítimo, individual o colectivo, así como el carácter de la autoridad responsable; se precisa la figura de tercero interesado; se abren los medios electrónicos para la tramitación del juicio de amparo (juicio en línea); aparece la figura del amparo adhesivo; se crean los plenos de circuito para conocer de las contradicciones de criterios entre los tribunales colegiados del circuito que corresponda; entre otros temas. Pero por lo que se refiere al tema de la suspensión del acto reclamado

⁹ Que fue reformado en 1993. Véase el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de septiembre de dicho año. También el 18 de junio de 2008 y 10. de junio de 2009, el artículo 16 constitucional ha sido modificado y aparece la reforma en las publicaciones del *Diario Oficial de la Federación*.

en materia penal se determinó que en tanto no esté vigente el procedimiento penal acusatorio en el lugar de donde deriva el acto reclamado, será vigente la Ley de Amparo de 1936.¹⁰ Lo anterior quiere decir que para la segunda mitad del 2016, el nuevo sistema procesal penal acusatorio estará ya vigente en todo el país, la nueva Ley de Amparo también tendrá aplicación en todo el país, por lo que hace a la suspensión.

En la iniciativa del proyecto de la nueva Ley de Amparo, que fue discutida en la Cámara de Senadores y publicada el 15 de febrero de 2011 en la Gaceta Parlamentaria 208 —correspondiente al segundo periodo ordinario de dicha Cámara—¹¹ aprobada el 11 de octubre siguiente por el pleno de senadores y posteriormente remitida a la Cámara de Diputados, quienes la aprobaron en abril de 2013, se precisa que en el caso del tema de la suspensión del acto reclamado se

¹⁰ Véase el transitorio décimo: “Las referencias que la presente Ley realice al concepto de «auto de vinculación a proceso» le serán aplicables a los autos de formal prisión emitidos en aquellos órdenes normativos en que aún no hayan entrado en vigor en cumplimiento de los artículos transitorios del Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del Apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008. En los casos donde no haya entrado en vigor el nuevo sistema de justicia penal a que se refiere la reforma constitucional referida en el párrafo anterior, la suspensión en materia penal seguirá rigiéndose conforme a la Ley de Amparo a que se refiere el artículo segundo transitorio de este Decreto”.

Transitorio segundo: “Se abroga la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1936, y se derogan todas las disposiciones que se opongan a lo previsto en la presente Ley”.

¹¹ Senadores integrantes de diversos grupos parlamentarios: Francisco Arroyo Vieyra, José Alejandro Zapata Perogordo, Melquiades Morales Flores, Jesús Murillo Karam, Cleominio Zoreda Novelo, Pedro Joaquín Coldwell, Fernando Baeza Meléndez, Rosario Green Macías, Heladio Ramírez López y Tomás Torres Mercado, presentaron y suscribieron la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

establece “un sistema equilibrado para que la medida cautelar cumpla con su finalidad protectora, pero además cuente con mecanismos que eviten y corrijan los abusos que desvían su objetivo natural”. Es decir, que la medida resulte eficaz, pero sin afectar el interés social. En materia penal se enfatiza en los efectos de la suspensión de cada etapa procedimental, sin soslayar el principio de presunción de inocencia; asimismo, se subraya que la suspensión definitiva podrá concederse excepcionalmente y de acuerdo a las circunstancias del caso, “incluso tratándose de delitos que la ley señala como graves”.

Así, la Ley de Amparo vigente, al igual que la anterior, contiene dos tipos de suspensión, a saber, la de oficio y la de petición de parte que se tramitará vía incidental. Sin embargo, la reciente normatividad hace una distinción en la suspensión de oficio: no sólo la que se otorga de plano en el mismo auto que admite la demanda de amparo para los actos que estima estrictamente penales,¹² sino también se abrirá de oficio el trámite del incidente de suspensión por cuerda separada cuando se trate de la extradición y de cualquier acto que si llegara a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce del derecho reclamado.

En la suspensión a petición de instancia y que es solicitada con motivo de un acto que afecte o pueda afectar la libertad personal, se concede dependiendo del acto que se reclame. Ahora, la actual Ley de Amparo precisa de manera ordenada los siguientes actos y los efectos que en cada uno establece la legislación. Así, tenemos a la orden de deportación, expulsión o extradición, la orden de traslado, la orden de prohibición de abandonar una demarcación geográfica, actos que afecten la libertad personal dentro de un procedimiento penal por autoridad judicial, orden de detención por autoridades ministeriales, la orden de aprehensión, reaprehensión, entre otros. De igual forma, señala de manera precisa las medidas de aseguramiento para que tenga éxito la suspensión y el amparo no quede sin materia para resolver.

¹² Actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al ejército, armada o fuerza aérea nacionales.

IV. LA SUSPENSIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR

Dado que los gobernados pueden sufrir restricciones en su libertad y afectaciones en su integridad física por actos de autoridad arbitrarios, en contra de ellos procede el juicio de garantías, pues la finalidad del amparo es proteger al individuo contra los abusos del poder, en tanto que la finalidad de la suspensión es protegerlo mientras dure el juicio constitucional; de ahí que a la suspensión se le considere una medida cautelar.

En efecto, la suspensión de los actos reclamados, como medida cautelar, tiende a mantener viva la materia del amparo y suspender la ejecución del acto reclamado, pero tratándose de casos particulares como la incomunicación, los malos tratos, entre otros, la suspensión restituye el derecho humano violado, aunque ello se refiera principalmente al fondo del juicio de amparo.

Resulta, entonces, necesario que por virtud de la suspensión se paralice la ejecución del acto reclamado hasta en tanto el órgano de control constitucional realice el estudio de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto atribuido a las autoridades responsables. Su finalidad es evitar que la ejecución del acto que se reclama produzca al quejoso perjuicios de imposible o de difícil reparación, motivos que hacen que el juez de distrito determine el tipo de suspensión a proveer y sus efectos difieren, de acuerdo al acto que se le reclama a la responsable.

En la suspensión prevalecen dos intereses contrapuestos: el interés individual y el interés social. En este sentido, el juzgador no sólo debe analizar que la sociedad o el Estado están interesados en la inmediata ejecución del acto reclamado y que con la suspensión se perjudicarían los intereses colectivos; tiene que estudiar también la naturaleza de la violación, esto es, su carácter, su peculiaridad, su importancia, su gravedad, su trascendencia social, para derivar de ese estudio si existe interés de la sociedad que impida que el acto reclamado sea suspendido. Así, el juez de distrito para apreciar la constitucionalidad del acto reclamado debe realizar un estudio de la violación cometida por la autoridad responsable, el perjuicio individual y el interés social. Hoy, la reciente Ley de Amparo prevé el estudio ponderado del tema de la *apariencia del buen derecho y la no afectación del interés social*,¹³

¹³ Cfr. el artículo 138 de la Ley de Amparo.

donde los juzgadores deben revisar de manera preventiva el fondo del asunto para determinar si procede la suspensión del acto reclamado, sin que ello implique una restitución al quejoso de sus derechos fundamentales vulnerados que es propio del fondo del juicio de amparo.

Por lo que hace a la *suspensión de los actos restrictivos de la libertad* dentro del procedimiento penal, los jueces de distrito la conceden con el objeto de mantener las cosas en el estado en que se encuentran hasta en tanto se resuelve el fondo del asunto, y se deben mantener las cosas en ese estado para conservar la materia del juicio de amparo, tomando como base el hecho de que los actos que se están reclamando son de los que de ejecutarse se pueden consumir irreparablemente, o bien causar daños y perjuicios al quejoso. Por ello, el órgano constitucional puede, a su vez, dictar diversas medidas de aseguramiento distintas a la prisión, para evitar que el inconforme sea privado de su libertad y no se sustraiga de la acción de la justicia; ello en acatamiento al mandato constitucional del artículo 107 y a lo previsto en el capítulo “Suspensión del acto reclamado, segunda parte, en materia penal” de la Ley de Amparo.¹⁴ Sólo en el caso de desacato del inconforme, el juez de distrito tiene la posibilidad de dejar expedita la acción a las autoridades responsables para que ordenen su internamiento en el lugar de su detención.

V. ACTOS RESTRICTIVOS DE LA LIBERTAD Y LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN. ORDEN DE APREHENSIÓN

Ahora bien, ¿cuáles son los actos restrictivos de libertad que son analizados a través del juicio de amparo?

- a) En primer lugar, es necesario precisar que los actos restrictivos de libertad pueden emanar de órdenes dictadas por la *autoridad judicial*, como la orden de aprehensión, y los que proceden de *autoridades distintas de la judicial*, es decir, de actos emitidos por el Ministerio Público o por autoridades administrativas diversas a éste, como los casos de la Secretaría de Gobernación, en los temas de inmigrantes, en procedimientos de extradición, etcétera.

¹⁴ Corresponde a los artículos 159 a 169 de la Ley de Amparo.

- b) En segundo término, los actos restrictivos de libertad pueden estar en vías de ejecución o ya consumados. En ambos casos, la procedencia del juicio de amparo es clara y la suspensión tiene efectos distintos.

Por razones de tiempo, en esta ocasión sólo me referiré al acto restrictivo de la libertad emanado de autoridad judicial, que es la orden de aprehensión prevista en el artículo 16 constitucional.

Para que el amparo prospere es necesario que este tipo de acto se encuentre en vía de ejecución, es decir, que la orden de aprehensión, no obstante, que ya fue emitida por la autoridad judicial a petición del Ministerio Público todavía no está cumplimentada, luego, el quejoso al solicitar el amparo y su suspensión, la autoridad federal tendrá que realizar el trámite correspondiente. Cuando está por ejercerse la acción penal para que la autoridad ministerial solicite la orden de aprehensión al juez penal, se trata de un *acto futuro, cierto* y de realización *inminente* que puede afectar el derecho sustantivo de la libertad del peticionario del amparo, por lo que si promueve el amparo contra una posible orden de aprehensión y su suspensión, el juez de amparo deberá tramitarla.

En cambio, el amparo se vuelve improcedente cuando la orden de aprehensión reclamada en el juicio se consume de manera irreparable, esto es, cuando se cumplimenta por la policía y el peticionario del amparo es puesto a disposición de la autoridad judicial, quien determina su situación jurídica, lo que conlleva a que el juicio de amparo se sobresea al actualizarse la causal de improcedencia por el *cambio de situación jurídica*.

La suspensión es tramitada por vía incidental y a petición del agraviado. El juez de amparo analizará la demanda integralmente y estimando la leyenda *bajo protesta de decir verdad* expresada por el quejoso en su escrito inicial, si reclama una posible orden de aprehensión sin tener la certeza de que se haya dictado, o que posiblemente se le vaya a dictar una,¹⁵ el juez de distrito debe concederla de manera provisional, tomando en cuenta, además, los siguientes aspectos:

¹⁵ Sobre este particular, existe el criterio sostenido por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, con el Registro 187057 del Programa de Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* de 1917 a 2015 (antes IUS) y con el rubro “SUSPENSIÓN DEFINITIVA, ES

Conforme al contenido de los artículos 128 y 139 de la Ley de Amparo vigente, la parte quejosa tiene que ubicarse en los mismos y debe cumplir con las condiciones y requisitos que éstos determinan, tales como: 1) que haya certeza o probabilidad de los actos reclamados; 2) que los actos reclamados sean susceptibles de suspenderse (que no sean simplemente declarativos, consumados de manera irreparable, de particulares, prohibitivos, negativos simples, futuros e inciertos, etcétera); 3) que la suspensión la solicite el quejoso; 4) que con la suspensión no se contravengan disposiciones de orden público ni se cause perjuicio al interés social, y 5) que los daños y perjuicios que pueda resentir el quejoso, sean de difícil reparación en caso de obtener el amparo.

Por otro lado, los requisitos de efectividad son todas aquellas condiciones que el quejoso debe satisfacer para que surta efectos la suspensión concedida. Implican exigencias posteriores a su otorgamiento, por ejemplo, exhibir la garantía que se determine para garantizar los daños y perjuicios que la suspensión del acto reclamado pudiera causar a terceros.

Debido a la celeridad con la cual tiene que resolverse la procedencia o improcedencia de la medida suspensiva, en su etapa provisional, se impide al juzgador contar con todos los elementos de prueba indispensables para precisar, con pleno conocimiento de causa, algunos requisitos de procedibilidad, como son: la existencia de los actos reclamados, el derecho o legitimación en la causa del quejoso para que se conceda o se niegue tal medida, así como la dimensión o gravedad de los daños y perjuicios que pudiera resentir el quejoso con la ejecución de los actos reclamados.

Por lo mismo, en el caso de que se reúnan los requisitos de procedencia de la suspensión provisional, previstos en los artículos 128 y 147 de la actual Ley de Amparo, el juez de distrito con la sola presen-

IMPROCEDENTE TRATÁNDOSE DE ACTOS FUTUROS E INCIERTOS” [que en su parte conducente dice]. Si en la audiencia incidental, con vista en los informes previos y demás elementos de prueba que se ofrecen con toda oportunidad, se advierte que el órgano judicial señalado como responsable recibió la consignación de las diligencias de averiguación previa seguida en contra del quejoso, sin que hasta ese momento se hubiera ordenado su aprehensión, al tratarse de un acto futuro de realización eventual y no inminente, no procede dicha medida cautelar, toda vez que depende del órgano judicial, en ejercicio de sus legales facultades, determinar si ha lugar a dictar o no la orden de aprehensión solicitada. Por ello, el acto si bien es futuro de realización eventual, el mismo debe ser inminente y cierto para que surta efectos la suspensión definitiva.

tación de la demanda, atendiendo a las manifestaciones bajo protesta de decir verdad que en ella se hubieren hecho —en relación con la existencia de los actos reclamados— resolverá sobre esa medida cautelar, para que las cosas se mantengan en el estado que guardan hasta que se notifique a la autoridad responsable la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva. En este sentido, se ha pronunciado la Segunda Sala de la Suprema,¹⁶ en su anterior integración, en el siguiente criterio jurisprudencial que a la letra dice:

SUSPENSIÓN PROVISIONAL. PARA DECIDIR SOBRE SU PROCEDENCIA, DEBE ATENDERSE A LAS MANIFESTACIONES DEL QUEJOSO RESPECTO DE LA CERTIDUMBRE DEL ACTO RECLAMADO. Para decidir sobre la procedencia o no de la suspensión provisional, los Jueces de Distrito deben atender a las manifestaciones del quejoso hechas en su demanda bajo protesta de decir verdad, cuando se duele de que existe peligro inminente de que se ejecute, en su perjuicio, el acto reclamado, ya que, por regla general, son los únicos elementos con que cuenta para resolver sobre la solicitud de concesión de la medida cautelar, sin que proceda hacer conjeturas sobre la improbable realización de los actos que el quejoso da por hecho se pretenden ejecutar en su contra, pues para resolver sobre la suspensión provisional, el Juez debe partir del supuesto, comprobado o no, de que la totalidad de los actos reclamados son ciertos. Ello sin perjuicio de analizar si en el caso concreto se cumplen o no los requisitos previstos en el artículo 124 de la Ley de Amparo.

En efecto, al conceder la suspensión provisional contra la orden de aprehensión, el juez de distrito da lugar a que el quejoso entre bajo su protección federal, no sólo respecto de la posible afectación de su libertad, sino a la protección de su persona, y ello depende de lo que el juez de amparo acuerde en sus medidas de aseguramiento; lo que indica que, si el propio juez de distrito asume la responsabilidad de proteger al agraviado contra un acto restrictivo de su libertad, ordenado por una autoridad judicial, esa responsabilidad comprende la obligación de entregarlo al juez del proceso cuando éste lo reclame para la práctica de las diligencias correspondientes. Por consiguiente, el juez de amparo tendrá que establecer como medidas de aseguramiento,¹⁷ entre

¹⁶ Véase el Registro 206395 del Programa de Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* de 1917 a 2015 (antes IUS).

¹⁷ Sobre el particular, encontramos el criterio jurisprudencial por contradicción de tesis número 33/96, sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia,

otras: a) exigir una garantía que pueda ser exhibida en cualquiera de las formas que precisa la ley (billete de depósito, fianza, prenda, hipoteca, etcétera); b) fijarle la obligación de presentarse al juzgado los días que se determinen, y c) hacerle saber que está obligado a comparecer dentro de determinado plazo ante el juez de su causa.

Este último elemento, regulado en la Ley de Amparo de 1936,¹⁸ se conserva en la actual Ley de Amparo.¹⁹ El cual ha sido cuestionado fuertemente por los abogados, porque si el juez de distrito exige este requisito de efectividad, conlleva a que el juicio de amparo se sobresea, pues al cumplimentarse la orden de aprehensión y ponerse el quejoso a disposición de la autoridad judicial penal, cambia su situación jurídica.

Sobre este punto, diversos tribunales colegiados se manifestaron en el sentido de que no era necesario que el quejoso se presentara ante la responsable a rendir su declaración preparatoria, porque ello daba pauta a que no tuviera efectividad la suspensión y hacerlo implicaba dejar sin materia la misma.²⁰ En cambio, otros sostenían que era ne-

que reitera las medidas de aseguramiento: “SUSPENSIÓN PROVISIONAL. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO QUE PUEDE IMPONER EL JUEZ DE AMPARO TRATÁNDOSE DE ACTOS RESTRICTIVOS DE LA LIBERTAD PERSONAL”. Registro 198729, de la publicación oficial.

¹⁸ Está el artículo 138 que precisa: “En los casos en que la suspensión sea procedente, se concederá en forma tal que no impida la continuación del procedimiento en el asunto que haya motivado el acto reclamado, hasta dictarse resolución firme en él; a no ser que la continuación de dicho procedimiento deje irreparablemente consumado el daño o perjuicio que pueda ocasionarse al quejoso. Cuando la suspensión se haya concedido contra actos derivados de un procedimiento penal que afecten la libertad personal, el quejoso tendrá la obligación de comparecer dentro del plazo de tres días ante el juez de la causa o el Ministerio Público y, en caso de no hacerlo, dejará de surtir efectos la suspensión concedida”.

¹⁹ Véase el artículo 162: “Cuando el acto reclamado consista en una orden de privación de la libertad o en la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, la suspensión tendrá por efecto que no se ejecute o cese inmediatamente, según sea el caso. El órgano jurisdiccional de amparo tomará las medidas que aseguren que el quejoso no evada la acción de la justicia, entre ellas, la obligación de presentarse ante la autoridad y ante quien concedió la suspensión cuantas veces le sea exigida. De acuerdo con las circunstancias del caso, la suspensión podrá tener como efecto que la privación de la libertad se ejecute en el domicilio del quejoso”.

²⁰ En este sentido, se manifestó el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito al sostener el criterio bajo el rubro: “SUSPENSIÓN CONTRA ORDEN DE APREHENSIÓN. ES ILEGAL LA OBLIGACIÓN IMPUESTA AL QUEJOSO DE PRESENTARSE ANTE EL JUEZ DE LA CAUSA PARA LA CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO, COMO MEDIDA DE EFECTIVIDAD DE AQUELLA”. Registro 201272. También se encuentra el criterio del Segundo

cesaria la presentación del quejoso ante la autoridad judicial penal en cumplimiento al artículo 138 de la legislación de amparo abrogada, porque si no implicaba la suspensión del procedimiento penal.²¹ Consecuentemente, ello dio pauta para que la propia Suprema Corte de Justicia emitiera un criterio al resolver la contradicción de tesis 66/2000, sosteniendo que era necesario que la parte quejosa acudiera ante el juez de la causa penal, porque se trataba de un requisito de efectividad. Así, la Primera Sala²² sostuvo:

SUSPENSIÓN EN CONTRA DE UNA ORDEN DE APREHENSIÓN. DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 138, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY DE AMPARO, EL JUEZ DE DISTRITO AL CONCEDERLA GOZA DE LA MÁS AMPLIA FACULTAD PARA IMPONER AL QUEJOSO LA OBLIGACIÓN DE COMPARECER ANTE EL JUEZ DE LA CAUSA PARA RENDIR SU DECLARACIÓN PREPARATORIA, COMO

Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito bajo el rubro: “ORDEN DE APREHENSIÓN, EL JUEZ DE DISTRITO NO DEBE IMPONERLE AL QUEJOSO LA OBLIGACIÓN DE ACUDIR ANTE EL JUEZ RESPONSABLE A QUE SE LE TOME SU DECLARACIÓN PREPARATORIA, COMO REQUISITO DE EFECTIVIDAD PARA QUE SURTA SUS EFECTOS LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL, EN LOS CASOS DE LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL PÁRRAFO CUARTO DEL ARTÍCULO 136 DE LA LEY DE AMPARO”, visible en el registro 203628. Y, finalmente, entre otros, el criterio sostenido por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, con la tesis: “SUSPENSIÓN DEFINITIVA. SU OTORGAMIENTO NO ESTÁ SUPEDITADO A QUE EL QUEJOSO SE PRESENTE ANTE LA RESPONSABLE, EN TRATÁNDOSE DE ORDEN DE APREHENSIÓN”. Registro 199761.

²¹ Por ejemplo, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, con la tesis de rubro: “SUSPENSIÓN PROVISIONAL CONTRA ORDEN DE APREHENSIÓN. EL QUEJOSO ESTÁ OBLIGADO A COMPARECER ANTE EL JUEZ DE LA CAUSA A RENDIR DECLARACIÓN PREPARATORIA. DE NO HACERLO SE SUSPENDERÍA EL PROCEDIMIENTO PENAL”. Registro 188930. Igualmente, está el criterio sostenido por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito visible en la misma publicación, registro 204341, bajo el rubro: “SUSPENSIÓN. LA OBLIGACIÓN IMPUESTA POR EL JUEZ DE DISTRITO AL QUEJOSO PARA QUE SE PRESENTE ANTE EL JUEZ QUE LIBRÓ LA ORDEN DE APREHENSIÓN NO CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 136 DE LA LEY DE AMPARO”. Así como la tesis del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, con el rubro: “SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN ORDEN DE APREHENSIÓN. OBLIGACIÓN QUE EL JUEZ DE DISTRITO IMPONE AL QUEJOSO, DE QUE SE PRESENTE A RENDIR SU DECLARACIÓN PREPARATORIA ANTE EL JUEZ DE LA CAUSA, PARA QUE SURTA EFECTOS LA”. Registro 202801. Finalmente, se encuentra, entre otros, el criterio del Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito con la tesis: “SUSPENSIÓN CONTRA ORDENES DE APREHENSIÓN. LA ORDEN DE COMPARECER ANTE EL JUEZ NATURAL CUANDO SE DECRETA AQUELLA, NO SUPONE LA ELIMINACIÓN DE LA MATERIA DEL JUICIO”. Registro 201273, de la publicación oficial.

²² Registro 188346 del Programa de Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* de 1917 a 2015 (antes IUS).

REQUISITO DE EFECTIVIDAD DE ESA MEDIDA. Del criterio sustentado por esta Primera Sala en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 16/97, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, mayo de 1997, página 226, así como de la exposición de motivos de la iniciativa que adicionó un segundo párrafo al artículo 138 de la Ley de Amparo, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, y de los preceptos de dicha ley que rigen la suspensión del acto reclamado, se desprende que el Juez de amparo cuenta con las más amplias facultades para fijar las medidas de aseguramiento que estime pertinentes cuando conceda la suspensión tratándose de una orden de aprehensión emitida en contra del quejoso, entre ellas, la prevista en el citado párrafo, consistente en su comparecencia ante el Juez de la causa, como requisito para que surta efectos la suspensión concedida; medida que tiene como finalidad que el quejoso sea devuelto a la autoridad responsable en caso de que le sea negado el amparo, que no se sustraiga a la acción de la justicia, y que la concesión de la suspensión no constituya un obstáculo para la continuación del procedimiento penal, en virtud de que de conformidad con lo dispuesto por el primer párrafo del propio artículo 138, dicho procedimiento debe continuar para asegurar un equilibrio entre el interés particular del agraviado que solicita amparo en contra de un acto que afecta su libertad personal y el interés de la sociedad en general. De manera que aun cuando el segundo párrafo del citado precepto, no establece expresamente que la comparecencia del quejoso ante el juzgado de la causa tenga por objeto que rinda su declaración preparatoria, del análisis de los elementos antes citados se advierte que esa es precisamente su finalidad, toda vez que al ser dicha declaración parte de la instrucción, resulta necesaria para la continuación del proceso seguido en contra del quejoso, quien no puede quedar eximido de rendirla por gozar de la suspensión. Lo anterior, sin menoscabo del beneficio que en favor del gobernado prevé la fracción II del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en que no podrá ser obligado a declarar, prerrogativa que puede hacer valer en el momento en que comparezca ante el Juez de la causa, al desahogo de dicha diligencia.

Como resultante de este criterio, no obstante que la nueva Ley de Amparo tiene esta fórmula, hoy varios jueces de distrito o los tribunales unitarios de circuito que conocen del amparo indirecto, o diversos tribunales colegiados de circuito que tienen competencia en los recursos de revisión y de queja contra acuerdos y resoluciones de la suspensión, no establecen, en ciertos casos, como medida de aseguramiento presentarse ante el juez de la causa penal para evitar el sobreseimiento

correspondiente, cuestión que seguramente será de estudio en el nuevo sistema acusatorio procesal penal.

Por otra parte, cabe precisar que las medidas de aseguramiento impuestas en la suspensión provisional no son obstáculo para que surta efectos desde luego la medida cautelar, es decir, no se requiere que la parte quejosa exhiba, por ejemplo, la garantía impuesta, para que a partir de ese momento empiece a surtir sus efectos la suspensión.²³ Tampoco es obstáculo que no se hayan cumplido las mismas al momento de resolver en definitiva la suspensión.²⁴

Lo importante es advertir que la medida cautelar surte efectos —como ya se precisó—, pero dejará de surtirlos si el quejoso no cumple con las medidas de apremio y, entre ellas, el requisito de efectividad en el término de cinco días, como lo establece el artículo 136 de la Ley de Amparo.

Entonces, ¿cuáles son los parámetros que utiliza el juez de distrito para determinar el monto de la garantía impuesta en este tipo de amparo? De conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 de la Ley de Amparo vigente,²⁵ aun cuando el juez constitucional no cuente con ele-

²³ Véase la tesis del Pleno de la SCJN, en la contradicción de tesis 17/2000 con el rubro: “SUSPENSIÓN PROVISIONAL. SURTE SUS EFECTOS DESDE LUEGO, SIN QUE PARA ELLO SE REQUIERA DE LA EXHIBICIÓN DE LA GARANTÍA RESPECTIVA”. Registro 189848.

²⁴ Como se observa en el siguiente criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia al resolver la contradicción de tesis 14/2000 con el rubro: “SUSPENSIÓN DEFINITIVA. SU OTORGAMIENTO, TRATÁNDOSE DE ACTOS RESTRICATIVOS DE LA LIBERTAD PERSONAL, NO DEPENDE DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DECRETADAS POR EL JUEZ DE DISTRITO EN LA PROVISIONAL”. Registro 188074.

²⁵ Aparece publicado el criterio del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito con el rubro: “SUSPENSIÓN CONTRA ACTOS DERIVADOS DE UN PROCEDIMIENTO PENAL QUE AFECTEN LA LIBERTAD PERSONAL, PROCEDENCIA DE LA,” en el que hace una interpretación al artículo 124 bis y segundo párrafo del artículo 138, ambos de la Ley de Amparo y en su parte conducente señala: “...aun cuando es verdad que en términos del artículo 136 de la Ley de Amparo, el Juez de Distrito está facultado para señalar en prudente arbitrio, las medidas que estime necesarias para el aseguramiento del quejoso; en cambio, tratándose de la garantía prevista por el artículo 124 bis, de la ley de la materia, la misma no debe fijarse en «prudente arbitrio», sino que debe hacerse, tomando en cuenta los elementos descritos en este último numeral. De la misma manera, si en dicha suspensión el Juez de Distrito fija el término de veinticuatro horas, para que el quejoso dé cumplimiento a las medidas decretadas en el auto suspensorial, ello constituye una omisión a lo ordenado en el párrafo segundo del artículo 138 de la ley en comento, en el sentido de que el término para comparecer ante el Juez de la causa o el Ministerio Público será de «tres días»”.

mentos para analizar las circunstancias a que se refieren las fracciones I y II del aludido numeral, porque —normalmente— la autoridad jurisdiccional responsable no informa en qué hipótesis se ubica la conducta realizada por el quejoso, lo que impide establecer la naturaleza, las modalidades y características del delito, y tampoco aporta información respecto de la situación económica del agraviado, al juzgador sólo le queda la consideración de que el quejoso reclama una orden de aprehensión cuya ejecución se suspende de manera precautoria. Pero si existe un eventual riesgo de que el quejoso se pueda sustraer a la acción de la justicia, entonces, con apoyo en la fracción III del artículo 166 *ibid*, el juez de distrito puede imponer la garantía de manera discrecional, que podrá exhibirse en cualquiera de las formas previstas en la ley, mas si la presenta en póliza de fianza, la misma tendrá que estar a nombre de la Tesorería de la Federación, conforme a la ley que rige a dicha institución.²⁶ En el caso de que el quejoso incumpla con las medidas de aseguramiento o las obligaciones derivadas del procedimiento penal, señala el último párrafo del artículo 166, *la suspensión será revocada con la sola comunicación de la autoridad responsable*.

En aquellos supuestos en que la autoridad responsable informa acerca de las modalidades y características del delito, así como el daño producido, el juzgador cuenta con mayores elementos para fijar la garantía correspondiente. En el primer circuito, algunos tribunales colegiados²⁷ no comparten el criterio de que el monto relativo a la

Registro 193737 del Programa de Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* de 1917 a 2015 (antes IUS).

²⁶ Circular 07/2001, por la que se establecen los lineamientos relativos a la documentación que se deberá acompañar a las fianzas a efecto de ser remitidas oportunamente a la tesorería de la Federación, suscrita por el contralor del Poder Judicial de la Federación el 12 de noviembre de 2001.

²⁷ Por ejemplo, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la tesis: “GARANTÍA, MONTO DE LA, COMO MEDIDA DE ASEGURAMIENTO QUE FIJE EL JUEZ DE DISTRITO AL CONCEDER LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA, EN TRATÁNDOSE DE UNA ORDEN DE APREHENSIÓN”, visible en el registro 196878. De igual forma, se ha pronunciado el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, en el criterio visible en la misma publicación, registro 201546, con el rubro: “SUSPENSIÓN, TRATÁNDOSE DE ORDEN DE APREHENSIÓN NO ES NECESARIO GARANTIZAR LA REPARACIÓN DEL DAÑO PARA QUE SURTA EFECTOS LA”. Y, asimismo, está la tesis: “SUSPENSIÓN DEFINITIVA. EL GARANTIZAR LA REPARACIÓN DEL DAÑO NO ES REQUISITO SINE QUA NON PARA CONCEDER LA, TRATÁNDOSE DE UN ACTO RESTRICTIVO DE LIBERTAD”, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. Registro 203498, entre otros.

reparación del daño sea el mismo que asigne el juez de distrito como requisito de efectividad. En cambio, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Civil del Cuarto Circuito sostiene que es procedente atender el monto de la reparación del daño para fijar la garantía como medida de aseguramiento.²⁸

Cuando la suspensión de la orden de aprehensión reclamada se refiera a casos de delitos graves, el juzgador, además, tendrá que ceñirse al criterio de que la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de distrito en el lugar que éste señale, únicamente en lo que se refiere a su libertad personal, y a la del juez de control para la continuación del procedimiento penal.²⁹ Sobre este aspecto, el capítulo de la suspensión está adecuado al sistema procesal penal acusatorio y, por consiguiente, el artículo 166 de la actual Ley de Amparo manifiesta que si se trata de la prisión preventiva oficiosa tendrá sólo el efecto precisado, porque el delito es de los contemplados en el artículo 19 de la Constitución federal o porque el Ministerio Público la ha solicitado como una medida cautelar para asegurar la comparecencia del imputado.

Ahora bien, si el quejoso incumple con las medidas impuestas en la suspensión provisional, cuando se trate de una orden de aprehensión de un delito sancionado con pena cuyo término aritmético no sea mayor de cinco años de prisión en la legislación anterior, el juez constitucional puede válidamente motivar en la interlocutoria que el quejoso quede a su disposición en el lugar que éste señale, únicamente en lo que se refiere a la libertad personal, quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo para los efectos de la continuación del procedimiento; esto es,

...se presume válidamente que pretende evadirse a la acción de la justicia, máxime que con su actitud paraliza el procedimiento penal el cual es

²⁸ Véase la tesis: “SUSPENSIÓN, FIANZA PARA LA, TRATÁNDOSE DE ORDEN DE APREHENSIÓN. PARA FIJARLA ES PROCEDENTE ATENDER AL MONTO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO”. Registro 194377.

²⁹ Ambas legislaciones regulan el supuesto similar, pues en tanto que en la legislación de 1936 se habla de delitos graves en los que por su naturaleza no se obtiene la libertad provisional bajo caución y, por tanto, el procesado está en prisión preventiva, la legislación de 2013 precisa los delitos con prisión preventiva oficiosa, fundada en el catálogo que establece el artículo 19 de la Constitución federal, en consecuencia, el imputado está en prisión preventiva. Pero además como medida cautelar también se puede ordenar la prisión preventiva del encausado.

de orden público, por lo que el Juez de Distrito, ante tal situación y para que no quede paralizado el procedimiento penal, debe ordenar el internamiento del quejoso en el lugar de detención respectivo, ante el desacato referido.³⁰

En el supuesto de que el quejoso enfrenta el procedimiento penal acusatorio en libertad, pero incumple con las medidas impuestas por el juez de amparo, el artículo 147 de la nueva Ley de Amparo establece que el propio juez federal ordenará que las cosas se mantengan en el estado que guarden y, de ser jurídica y materialmente posible, restablecerá provisionalmente al quejoso en el goce del derecho violado mientras se dicta sentencia ejecutoria en el juicio de amparo, es decir, la autoridad federal debe tomar las medidas necesarias para conservar la materia del amparo y, en su caso, permitir que siga surtiendo efectos la suspensión concedida.

Cabe resaltar que los requisitos de efectividad impuestos en la medida cautelar, por tratarse de la materia penal, son obligatorios³¹ aun cuando no llegara a existir un tercero interesado, pues cuando hay afectación a la libertad personal son partes en el juicio de amparo: el quejoso, la autoridad responsable judicial emisora del acto impugnado, “el Ministerio Público que haya intervenido en el procedimiento penal del cual derive el acto reclamado, siempre y cuando no tenga el carácter de autoridad responsable”,³² así como el Ministerio Público adscrito al juzgado de distrito del conocimiento. Bajo estos parámetros, se observa el criterio sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, que en su parte conducente expresa que es erróneo estimar que en aquellos casos en que no exista tercero perjudicado (hoy interesado) debe concederse la suspensión sin exigir al quejoso el otorgamiento de una garantía, ya que precisamente en los casos previstos en el artículo 136 de la anterior Ley de

³⁰ Jurisprudencia con registro 202333 del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, bajo el rubro: “SUSPENSIÓN DEFINITIVA, EFECTOS DE LA. CUANDO EL QUEJOSO NO CUMPLE CON LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DECRETADAS EN LA PROVISIONAL”.

³¹ Véase el artículo 168 de la Ley de Amparo vigente, que en la parte conducente dice: “Para la procedencia de la suspensión contra actos derivados de un procedimiento penal que afecten la libertad personal, el órgano jurisdiccional de amparo deberá exigir al quejoso que exhiba garantía, sin perjuicio de otras medidas de aseguramiento que estime convenientes...”.

³² Artículo 5o., fracción III, inciso e, de la Ley de Amparo.

Amparo, entre otros, por tratarse de actos restrictivos de la libertad, si se pueden imponer medidas de aseguramiento.³³

Durante la tramitación del incidente de suspensión, se pueden dar las siguientes situaciones:

Se otorga el perdón del ofendido en delitos de querrela y se extingue la acción penal.

En estos casos, el juez federal al colegir el informe previo rendido por la responsable, que en efecto ésta comunica que el ofendido ha otorgado el perdón, a virtud del cual se declaró extinguida la acción penal ejercida, el incidente de suspensión queda sin materia.³⁴

Existe un diverso juicio de garantías respecto del mismo quejoso, mismas autoridades responsables e igual acto reclamado, en el que está resuelto la suspensión definitiva, pero el amparo no ha causado ejecutoria.

La actual Ley de Amparo en su artículo 145 (en la ley anterior en el artículo 134) prevé los supuestos para declarar sin materia el incidente de suspensión, cuando exista otro juicio de amparo, que haya sido promovido por el mismo quejoso o por otra persona en su nombre o representación, se intente en contra del mismo acto o actos reclamados, en dicho juicio se haya ya resuelto acerca de la suspensión definitiva y que todo ello quede debidamente probado en autos. Es evidente que lo que pretendió el legislador fue evitar dos resoluciones sobre un mismo aspecto e incluso pudieran emitirse de manera contradictoria.³⁵

Y, finalmente, *si el juicio de amparo se falla en cuanto al fondo o se sobresee, pero el incidente se encuentra pendiente de resolver*, éste queda sin materia si además causa ejecutoria el juicio principal.³⁶

Ahora bien, ¿cuándo se concede o se niega la suspensión definitiva tratándose de una orden de aprehensión?

³³ Criterio con el registro 196669, bajo el rubro: “SUSPENSIÓN, PARA SU OTORGAMIENTO ES LEGALMENTE VALIDO EXIGIR GARANTÍA, AUN CUANDO EN EL CASO PUEDA NO EXISTIR TERCERO PERJUDICADO”.

³⁴ En este sentido, se encuentra el siguiente criterio sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, bajo el rubro: “ORDEN DE APREHENSIÓN, CARECE DE EFECTOS CUANDO EXISTE PERDÓN DEL OFENDIDO”. Registro 202162.

³⁵ *Cfr.* El criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito con el rubro: “SUSPENSIÓN DEFINITIVA. REQUISITOS PARA DECLARAR SIN MATERIA EL INCIDENTE”. Registro 201279.

³⁶ Sobre este aspecto, consúltese la tesis de jurisprudencia 17 del Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, registro 217670, con el rubro: “INCIDENTE DE SUSPENSIÓN, SIN MATERIA. CUANDO SE FALLA EL JUICIO PRINCIPAL”.

El juez de distrito al advertir que no se encuentra en algunos de los supuestos analizados, debe examinar —en primer lugar— si el acto reclamado es cierto, es decir, estudiar los informes previos de las autoridades responsables, quienes determinarán sobre la certeza del acto reclamado. En el caso de que sí sea cierto el acto reclamado, revisará si de acuerdo con su naturaleza permite su paralización, así como si se satisfacen los requisitos del artículo 128 de la Ley de Amparo de 2013; pero al tratarse de una orden de aprehensión, el juzgador, además, deberá estar a los efectos que tendrá la suspensión, en términos de los artículos 163 y 166 de la propia ley de la materia. Cuando de los informes se advierte que no es cierto el acto reclamado, el quejoso tiene posibilidades de presentar cuando menos algún indicio de la existencia de algunas constancias para que el juzgador esté en posibilidades de diferir la audiencia incidental y solicitarlas a la autoridad responsable respectiva, en cumplimiento con lo dispuesto por el artículo 121 (antes 152) de la Ley de Amparo.³⁷ En caso contrario, la suspensión definitiva se negará.

³⁷ Existe un criterio aislado sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, quien sostiene que en el incidente de suspensión es aplicable el artículo 152 de la Ley de Amparo (anterior) por las siguientes razones: "...Por analogía, y fundamentalmente por razones de congruencia con lo establecido en la Carta Magna, así como por equidad, es posible aplicar las disposiciones de este precepto en el incidente, y así, de ser necesario, el Juez difiera la audiencia, requiera de las responsables la expedición de las copias que le solicitó el quejoso y, en su caso, sancione a éste, si resulta que le informó la denegación de una copia o documento que no hubiese solicitado o que ya se le hubiese expedido. Tal interpretación concuerda con el mandato contenido en el artículo 14 constitucional, en cuanto concede al gobernado la garantía de audiencia, con la prerrogativa de defensa que la misma conlleva. En cambio, una interpretación contraria a la anterior, ocasionaría evidente indefensión al quejoso, a la par de propiciar abusos de las autoridades responsables, las que impedirían la defensa del quejoso con omitir la expedición de constancias que demostrasen su interés jurídico respecto de la medida suspensiva, circunstancia que no puede pensarse hubiera querido el legislador cuando estableció la posibilidad de suspender los actos reclamados, salvo casos de excepción, hasta en tanto se resolviera si son o no violatorios de garantías. Sin embargo, suele suceder que en el incidente de suspensión las autoridades niegan la existencia de las constancias que están obligadas a expedir, y no se les puede exigir la expedición si no hay por lo menos un principio de prueba en el incidente de suspensión, de la existencia de dichos documentos". Criterio con el registro 197048, bajo el rubro: "PRUEBAS EN EL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN. ANTE LA NEGATIVA DE LAS AUTORIDADES RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE CONSTANCIAS DEBE EL SOLICITANTE APORTAR CUANDO MENOS ALGÚN INDICIO DE LA EXISTENCIA DE LAS

En todo caso, la interlocutoria suspensiva, aun siendo una resolución breve, debe estar debidamente fundada y motivada, aduciendo los motivos por los que se considere si se ocasionó o no perjuicio al interés social o si se contravienen o no disposiciones de orden público.³⁸

Una vez dictada la interlocutoria, el quejoso tiene cinco días para cumplir con los requisitos de efectividad y medidas de aseguramiento impuestas, no obstante que algunas de las partes o el mismo quejoso haya interpuesto el recurso de revisión contra la sentencia del juicio principal. Si la parte quejosa no exhibe, por ejemplo, la garantía que se le fijó en la resolución para que surtiera efectos la suspensión de los actos reclamados, ello trae como consecuencia que “deje de surtir efectos la suspensión concedida” y “no se deja sin efectos la medida cautelar”, ya que si el quejoso cumple con la exigencia impuesta y no se ha ejecutado el acto reclamado, es susceptible de volver a surtir efectos la suspensión.³⁹ Así, transcurridos los cinco días, el quejoso no pierde la oportunidad legal de constituir la garantía, ya que puede hacerlo en cualquier tiempo, con tal que los actos reclamados no hayan sido ejecutados.

En otro sentido, el artículo 136 de la Ley de Amparo vigente establece que el auto en que se niegue la suspensión definitiva deja expedida la jurisdicción de la autoridad responsable para la ejecución del acto reclamado, aun cuando se interponga el recurso de revisión contra la sentencia principal; lo que significa que si la suspensión se concede y el quejoso cumple con los requerimientos señalados por el juez de amparo, surte efectos la suspensión desde el momento en que se pronuncie el acuerdo, y ello independientemente de que se haya recurrido el incidente o el juicio de amparo; pero si se niega la suspensión o el quejoso no otorga la garantía fijada así determinada por el juez de distrito, dicho órgano de oficio o a instancia de parte, lo notificará a las autoridades responsables, las que podrán ejecutar el acto reclamado.

MISMAS”, del Programa de Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* de 1917 a 2015 (antes IUS).

³⁸ En este sentido lo sustenta la Suprema Corte de Justicia en la contradicción de tesis 33/2001, con el rubro “SUSPENSIÓN DEFINITIVA. AL RESOLVER SOBRE ELLA, EL JUZGADOR DE AMPARO DEBE EXPONER, EN SU CASO, LOS MOTIVOS POR LOS QUE CONSIDERE SE OCASIONA O NO PERJUICIO AL INTERÉS SOCIAL Y SI SE CONTRAVIENEN O NO DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO”. Registro186415.

³⁹ Véase la tesis: “SUSPENSIÓN. NO DEBE DEJARSE SIN EFECTOS POR NO EXHIBIRSE LA GARANTÍA”, emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Registro 197003.

Puede suceder que el tribunal colegiado al analizar el recurso de revisión o de queja contra la interlocutoria o acuerdo suspensivo, respectivamente, determine que se conceda la medida; en estos casos, sus efectos se retrotraerán a la fecha del auto o interlocutoria que corresponda, siempre que la naturaleza del acto lo permita (artículo 153). De esta manera, la suspensión tiene efectos restitutorios, pues queda anulado lo actuado por la autoridad responsable durante la vigencia de la negativa del beneficio de la suspensión hasta la fecha de la resolución que se impugnó. La anulación de lo actuado por la responsable no puede ser declarada por el juez de distrito, sino por la propia responsable, que es la única que tiene jurisdicción para ello, y si no lo hace implica un desacato a la suspensión.⁴⁰

En cuanto a la garantía aportada por el quejoso, le será devuelta una vez que se resuelva el fondo del juicio de amparo, y tendrá que solicitarla dentro de los seis meses siguientes.

En los supuestos en que el quejoso se desista del juicio de amparo y solicite la devolución de su garantía, es improcedente devolverla en ese momento, porque debe esperar a que la ejecutoria de amparo cause estado y se realice el trámite correspondiente (artículo 156).

Tanto la suspensión provisional como la definitiva van dirigidas a las autoridades responsables, quienes están obligadas a acatar la resolución y si la violan pueden ubicarse dentro del derecho penal.⁴¹

Ahora bien, cuando se concede la suspensión provisional y se niega la definitiva, es evidente que el quejoso obtuvo un beneficio aún sin haber cumplido con las medidas impuestas, pues no obstante que dentro de la tramitación del incidente surtió efectos la suspensión provisional pidiéndole al quejoso que garantizara, lo cierto es que en la interlocu-

⁴⁰ Por ejemplo, la tesis sustentada por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, publicada con el registro 213295, de rubro: “SUSPENSIÓN. SI EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO QUE CONOZCA DEL RECURSO REVOKA LA RESOLUCIÓN QUE NEGÓ LA SUSPENSIÓN, LOS EFECTOS DE ESTA SE RETROTRAERÁN A LA FECHA EN QUE FUE NOTIFICADA LA RESOLUCIÓN, SIEMPRE QUE LA NATURALEZA DEL ACTO LO PERMITA”.

⁴¹ El artículo 262 de la Ley de Amparo actual dispone: “Se impondrá pena de tres a nueve años de prisión, multa de cincuenta a quinientos días, destitución e inhabilitación de tres a nueve años para desempeñar otro cargo, empleo o comisión públicos, al servidor público que con el carácter de autoridad responsable en el juicio de amparo o en el incidente de suspensión: I... II... III. No obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, independientemente de cualquier otro delito en que incurra; IV... V...”.

toria que le niega la suspensión éste logró un beneficio, ello debido a la temporalidad en que se resuelve en definitiva la suspensión.

Si el quejoso incumple con la obligación impuesta en la suspensión provisional, ello no impide que surta efectos la suspensión definitiva si cumple con las medidas de aseguramiento precisadas en esta última.⁴²

Las medidas que se imponen en la provisional son independientes de las que se fijan en la definitiva, ya que el juez de distrito no está obligado a fijar las mismas, pues independientemente de que el quejoso cumpla o no con las medidas precisadas en la provisional, de acuerdo con la información de lo que se desprende de los informes previos y la naturaleza del acto que se reclama, el juez puede imponer nuevas medidas para ponerlo a disposición de la autoridad que está conociendo el procedimiento penal, si el amparo es negado.⁴³

Tratándose de la suspensión de la orden de aprehensión por delincuencia organizada cuando el quejoso está *arraigado*, la medida cautelar resulta improcedente, toda vez que el inconforme se encuentra limitado en su libertad de tránsito,⁴⁴ en virtud del arraigo decretado por la autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público Federal, de conformidad con la legislación secundaria y por tratarse de una restricción de la Constitución que sólo está autorizada en materia federal.⁴⁵

⁴² Respecto de estos efectos, véase la tesis del Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, registro 193647, con el rubro: “SUSPENSIÓN DEFINITIVA. SUS EFECTOS CUANDO EL QUEJOSO INCUMPLE CON LA OBLIGACIÓN IMPUESTA AL CONCEDERSE LA PROVISIONAL”.

⁴³ Este criterio ha sido interpretado por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito consultable en el registro 202259, bajo el rubro: “SUSPENSIÓN DEFINITIVA. LAS MEDIDAS CAUTELARES PARA EL OTORGAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL SON INDEPENDIENTES DE LAS SEÑALADAS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA”.

⁴⁴ Ya diversos tribunales federales se han pronunciado en que el arraigo afecta las libertades personal y de tránsito, entre ellos está el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, con la tesis: “ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRÁNSITO”. Registro: 194738. En el mismo sentido está el criterio del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, con la tesis: “ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL”. Registro 195552. Y también se encuentra ya resuelta la contradicción de tesis 3/99 que integra la jurisprudencia 78/99 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, registro 192829, con el rubro: “ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL”.

⁴⁵ Registro: 2006517, con el rubro: “ARRAIGO EN MATERIA PENAL. A PARTIR DE LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, LAS LEGISLA-

En efecto, la institución del arraigo tiene una doble finalidad: facilitar tanto la integración de la averiguación previa respectiva como, llegado el caso, evitar que se imposibilite el cumplimiento de la orden de aprehensión que llegue a dictarse y hacer efectiva la sanción privativa de la libertad, funciones que tiene encomendadas constitucionalmente el Ministerio Público, por lo que es indudable que la suspensión que se llegara a otorgar contra la respectiva orden de aprehensión, para que no sea cumplimentada, frustraría la culminación de un proceso que ya se inició y que está autorizado por la propia ley, sin ninguna justificación, contrariando el espíritu con el que, tanto la jurisprudencia como la doctrina, han concebido la medida cautelar de la suspensión en el juicio de amparo; esto es, el simple mantenimiento de las cosas en el estado que guardan, pero bajo ningún concepto, el frustrar de manera definitiva el objetivo de una medida cautelar legalmente establecida, cuyo inicio ya tuvo verificativo.⁴⁶

Como se puede apreciar de lo expuesto, las legislaciones de 1936 y 2013, que norman el juicio de amparo, contienen los mismos supuestos en la regulación de la suspensión de la orden de aprehensión. Sin embargo, la actual legislación regula con mayor precisión los demás actos penales —que por el espacio de este trabajo no se hace el estudio correspondiente— y además prevé las reglas para la suspensión del sistema acusatorio penal, permitiendo con ello que se trate de una de las leyes más actuales en el presente siglo XXI.

TURAS LOCALES CARECEN DE COMPETENCIA PARA LEGISLAR SOBRE AQUELLA FIGURA, AL SER FACULTAD EXCLUSIVA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN”.

⁴⁶ Este criterio interpretativo fue externado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Registro 195056. Rubro: “SUSPENSIÓN, EFECTOS. ORDEN DE APREHENSIÓN, SI ESTÁ ARRAIGADO EL QUEJOSO”.

MESA IX

Historia del penitenciarismo en México

Antonio Sánchez Galindo*

LA HISTORIA de las prisiones en el México independiente es la de un desastre continuado; donde la reiteración a la provocación del dolor humano de quienes han infraccionado el derecho penal, revela una mentalidad “hammurabiana”, de control social primitivo, de castigo y retribución. Postura como si fuera sacada del Antiguo Testamento. Podríamos decir que esta persistencia en el abandono, dureza y, con frecuencia, indiferencia del poder establecido hacia las prisiones y el subsistema penal de ejecución en general, es una especie de psicopatía oficial que, bien mirada, es también un crimen o como diría el doctor Alfonso Quiroz Cuarón: “Pena sin tratamiento humano es venganza”.

Algunas de las mentes más adelantadas del movimiento de independencia, como sucede en todas las revoluciones, sintieron la necesidad de pasar del estado de *facto* al de *jure* y crearon los primeros textos que aspiraron —por así decirlo— a implantar cuerpos de leyes que “constitucionalizaran” las acciones bélicas independentistas. En ellos aparecieron tímidas declaraciones en relación con los penados y las cárceles, como veremos más adelante. Empero, nuestro derecho penal propio, como hemos afirmado, en muchas ocasiones, llegó en forma muy tardía, pues prácticamente hasta 1871 con el Código penal del licenciado Martínez de Castro, ministro de Justicia de Benito Juárez, dejamos de aplicar toda la legislación virreinal.

Por otra parte, cabe decir, lo último que se toca dentro de un sistema penal es la ejecución de la pena, a pesar de que es la culminación del mismo como diría don Constancio Bernaldo de Quirós. Éstas —las penas— concebidas como se dice en la actualidad, como una forma de control social legalizado. Es decir, impuesto por la sociedad a través de diversos medios, de conformidad a lo que considera, dentro de una teoría de valores, cómo debe ser ese grupo comunitario humano y, por ende, aquellos que se rebelan contra él, deben ser punidos.

* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y profesor en el Inacipe.

Por esto, la ejecución de la pena en nuestro México independiente, como piedra fundamental del sistema, ha pasado —como anunciamos antes— por diversos caminos, sentidos, direcciones ¿pudiéramos decir filosofías? que escogen quienes sustentan el poder de una sociedad establecida: el de la venganza, el castigo, la retribución, la eliminación en el inicio de las primeras civilizaciones y los de, la educación, la corrección, la regeneración, la rehabilitación, la readaptación, la reinserción, etcétera, a partir del siglo XVIII hasta llegar a nuestros días. Estos últimos con indiscutibles deseos de humanizar el derecho penal hasta llegar a extremos tales como la abolición del mismo y por consecuencia de las prisiones. Sin embargo, como asienta el doctor Sergio García Ramírez, con otras palabras, “esto se ve como un sueño que se podría realizar, pero a muy largo plazo”. O tal vez nunca. La verdad es que la crisis de la prisión ha existido desde el momento en que se constituyó como suplente de la pena de muerte, aunque Bernaldo de Quirós, en su libro titulado *Lecciones de derecho penitenciario* afirme que ésta comenzó a partir de 1898.

México escogió como reina de la pena, a la prisión. Desafortunadamente las bondades que se pretendieron alcanzar con ella, no se lograron por motivos diversos y estas fueron —y siguen siendo, salvo pequeños momentos inusitadamente privilegiados— en nuestro país, lugares semejantes en brutalidad a la pena de muerte. Sitios como diría el doctor Alfonso Quiroz Cuarón, escuelas del delito, cloacas humanas, o como diría Fedor Dostoiwsky “sepulcro de los vivos”.

Poco antes del inicio de la independencia hubieron voces que intentaron convencer de que se hiciera un sistema de prisiones que sustituyera la pena de muerte. Así, bajo la influencia de la Constitución de Cádiz, que vino a airear un poco la dureza de las prisiones del virreinato, los revolucionarios de nuestra independencia, empezaron a ocuparse dentro de sus deseos de legitimar el movimiento en el que los presos tuvieron su participación, como acontece en casi todas las revoluciones (baste recordar a Hidalgo que una de cuyas primeras acciones fue liberar a los presos). En los intentos por elaborar principios de legalidad se ocuparon de estos hermanos en desgracia, Rayón en sus *Elementos constitucionales* en diversas partes se refiere al trato de los presos y, lo mismo hizo, Morelos en sus *Sentimientos de la nación*.

Más tarde, como cita Sergio García Ramírez en su artículo “El sistema penitenciario en los siglos XIX y XX”, en las Reformas constitucionales de 1840, en el artículo 133, fracción V, dispone la mejora

de las cárceles en el proyecto constitucional mayoritario y en el minoritario de 1842 también se hicieron recomendaciones para que no se molestaran a los reos.

Luego vendrá la Constitución de 1857 que, también, en su artículo 23, marca que la pena de muerte subsistirá hasta que no exista un sistema penitenciario. Las intervenciones de los ilustres jaliscienses Otero y Vallarta, con su brillante característica, sostuvieron el fuego para que las prisiones se mejoraran y hubiera un sistema digno y humano, quizá por eso Jalisco, en Guadalajara, construyera la primera penitenciaría.

Maximiliano, en su breve gobierno, importado por los conservadores, también quiso mejorar las cárceles y así se asienta en los principios de legalidad que construyó en su breve e infortunada estancia en nuestro país.

El mismo Antonio Martínez de Castro aspiró, sin realizarlo, a hacer un Código penitenciario. Poco después, en 1880, a instancias de Porfirio Díaz se promulgó el primer Código de procedimientos penales, pero el Código penitenciario no apareció durante todo el tiempo de su dictadura; por más que construyera el penal de Lecumberri, bajo los consejos del licenciado Miguel S. Macedo, entre otros (de los intelectuales positivistas que pertenecían al grupo de los llamados científicos). Después fue conocido como el “Palacio negro” e inaugurado en 1900, con su respectivo Reglamento posterior y dentro del sistema Irlandés de Crofton: unicelular y del silencio. Con esto se separaron, por primera vez, los procesados, que permanecieron en la Cárcel de Belem hasta 1933, de los sentenciados. Igualmente, bajo los auspicios de su gobierno dictatorial se crearon las Colonias penales de Islas Marías y de Valle Nacional y Quintana Roo. Estas más con fines políticos que humanos. También, ayudó a algunos estados para que tuvieran su propia penitenciaría. Caso notable fue el de Puebla con una prisión unicelular activada bajo el régimen filadélfico del silencio y del trabajo. Es preciso destacar que, además, entre las innovaciones penales de ese tiempo, Puebla abolió la pena de muerte, sueño al que se habían aspirado largamente los intelectuales del liberalismo.

Pasa la dictadura y viene la Revolución de 1910. En su tránsito del *facto* al *jure* promulga, bajo los auspicios de Venustiano Carranza, la Constitución de 1917 que aún perdura y que, después de largos debates, quedó asentado en su artículo 18 que “los gobiernos de los Estados y de la Federación organizarán en sus respectivos territorios el sistema

penal —colonias penales, penitenciarias, presidios— sobre la base del trabajo como medio de regeneración”. Asimismo, los artículos 19 y 20 hacían referencia al “mejoramiento” del trato de los reclusos.

Pero continuó la situación igual que siempre. No se integraba un sistema penal de ejecución, la sobrepoblación fomentaba la corrupción, impedía todo tratamiento porque ya no había suficiente ni adecuado trabajo, provocaba el hacinamiento y la promiscuidad y por supuesto no existían, bajo ninguna forma, derechos humanos de los internos y el fin de la pena de ese tiempo (la regeneración) brillaron siempre por su ausencia.

En 1929 se promulgó el llamado Código Almaraz que adelantó la creación de los órganos gubernamentales que se ocuparían de la tarea de instalar una política criminológica. Con este cuerpo de leyes penales se creó el Supremo Consejo de Defensa y Prevención Social que fue, como asienta el doctor García Ramírez, en la obra citada, el antecesor del Departamento de Prevención Social y la Dirección General de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación. Este Código murió casi en el parto ya que el de 1931 lo sustituyó. En 1932 se realizó el primer Congreso penitenciario en Zacatecas y el Distrito Federal.

Para 1933 con la destrucción de la Cárcel de Belem se volvieron a unir en Lecumberri procesados y sentenciados, hombres y mujeres. La fatalidad continuaba persiguiéndonos.

Miguel Alemán construyó en Santa Martha Acatitla, la primera Cárcel de Mujeres que después se llamaría Centro Femenil de Readaptación Social. Pero aunque se inauguró por el mismo presidente no se puso a funcionar si no hasta 1954 bajo el régimen de Adolfo Ruiz Cortines. Este mismo presidente erigió, la nueva penitenciaría del Distrito Federal que se terminó en 1957, pero entró en funciones hasta 1958. Ya antes se había celebrado en 1952 el Segundo Congreso Penitenciario en el que el maestro Celestino Porte Petit, pronunció, la célebre frase (cito de memoria) “Vano es decir que vamos a reformar el sistema penitenciario porque no existe. Lo que tenemos que hacer es crearlo”. Quizá esto influyó para que se reformara el artículo 18 constitucional en 1964, publicado el 23 de febrero de 1965 en el *Diario Oficial* y vigente cinco días después. Reforma de gran importancia porque se marca entre otras cosas, también trascendentales, por primera vez en nuestra historia penitenciaria, en la Constitución, la separación de las

mujeres de los hombres, que el sistema penitenciario se organice por medio del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para alcanzar su readaptación y que se establezcan instituciones especiales para los menores infractores.

Un hito en el penitenciarismo de México. Después del Congreso Nacional Penitenciario de 1952 y de la reforma al artículo 18 de la Constitución que dio pauta para la construcción de un derecho penitenciario positivo, la entidad federativa que aventaja a las demás y a la propia capital de la República, fue el Estado de México, bajo el régimen del licenciado Juan Fernández Albarrán, que logró establecer un sistema penitenciario integral, reuniendo cada uno de los elementos que el mismo debe contener. Fue de esta manera como bajo la sugerencia del ilustre criminólogo mexicano Alfonso Quiroz Cuarón, el propio mandatario mexiquense contrató los servicios del doctor Sergio García Ramírez, quien se ocupó de realizar la tarea ejemplar de demostrar que las prisiones —si existe la voluntad política y las personas adecuadas— pueden ser escuelas-taller u hospitales-escuela (como el mismo Quiroz Cuarón decía) que pueden transformar al delincuente en un ser útil a la sociedad. Es decir, que se rehabilite y se inserte en la sociedad sin causar daño y sin lacerarse a sí mismo.

El Centro Penitenciario del Estado de México se inauguró en 1966 y entró a funcionar el 1o. de enero de 1967. Su espacio alcanzó y alcanza doce hectáreas, su arquitecto fue Guillermo Beguerisse. Contó con área para gobierno, secciones de procesados y sentenciados tajantemente separados, un edificio, también separado para mujeres, dormitorios, talleres, centro escolar, auditorio que servía también de capilla ecuménica, servicios generales, sector agropecuario, clínica, espacios para visita íntima, familiar y especial, estación eléctrica y planta de emergencia, sonido integral, sector para vigilancia y sistema de seguridad (torres, alarmas, intercomunicación). Tuvo dos contextos, la institución cerrada y la institución abierta (cárcel sin rejas). Esta última fue la primera en el país.

Sus innovaciones fueron:

1. Cumplir por primera vez con la separación de procesados y sentenciados hombres y mujeres.
2. Contar con un principio de legalidad integral.
3. Selección y capacitación de todo el personal antes de la asunción del cargo.

4. Establecimiento de una clasificación científica dentro de los derechos humanos.
5. Dar capacitación y trabajo al ciento por ciento de la población.
6. Tratamiento individualizado.
7. Creación de un sistema progresivo técnico de tratamiento —semejante al que se aplicaba en Rebibbia, Italia— con fases de estudio y diagnóstico, tratamiento propiamente dicho, y fase de prelibertad.
8. Aplicación de la interdisciplina en el tratamiento.
9. Creación de un consejo técnico interdisciplinario, evaluador de la conducta y la personalidad de cada interno.
10. Creación de una institución abierta.
11. Aprovechamiento del Centro como institución de estudios con pleno respeto a la persona de los internos.
12. Creación de un patronato para liberados.
13. Aplicación del principio de la remisión parcial de la pena.
14. Promulgación de una Ley de auxilio a la víctima del delito (primera en el mundo).
15. Establecimiento de métodos colectivos consistentes en acercamiento de la comunidad a los internos preliberados y excursiones a centros culturales e industriales.
16. Abatimiento de la reincidencia, a los cinco años de 30% a 7.7% y a los nueve hasta 1.2%.
17. Liberación de la carga que implicaba el sostenimiento integral del centro penitenciario hasta en 80%.
18. Trabajo para el 100% en talleres industriales, semindustriales, artesanales y de servicios.
19. Concesión de visita íntima con esposa o concubina en recámara unitaria una vez por semana, previo estudio de trabajo social y médico.
20. Visita familiar una vez por semana al 100%.
21. Visita especial cuando fuera necesario.
22. Relaciones con instituciones penitenciarias mundiales (como el Milwaukee Aid Association y Federal Corrections de Estados Unidos de América).
23. Establecimiento de un sistema de publicaciones (los Cuadernos del Centro Penitenciario).

24. Motivación a nivel nacional para la transformación del sistema penitenciario del país, con base en el modelo del Estado de México.¹

El sistema creado por el doctor Sergio García Ramírez fue el antecedente inmediato de la reforma penitenciaria nacional que el propio doctor inició a nivel federal en 1971 y culminó en 1976 con el apoyo del entonces presidente de la República, el licenciado Luis Echeverría Álvarez.

Ahí el doctor Sergio García Ramírez conjuntó todos los elementos para lograrlo, principio de legalidad, selección y capacitación del personal, instalaciones adecuadas y suficientes, creación de un Consejo Técnico interdisciplinario, individualización del tratamiento, aplicación de los derechos humanos del interno en toda su extensión, destierro de la corrupción, instalación de un sistema progresivo técnico con fases de estudio y diagnóstico, tratamiento interdisciplinario y pre liberación en diversas etapas, separación tajante de procesados y sentenciados y hombres de mujeres, cancelación de la sobrepoblación, implantación de un régimen abierto por medio de la cárcel sin rejas, tratamiento post-institucional por medio de un patronato para liberados y muchos elementos más que no es posible enumerar en esta apretada síntesis. Sin embargo, lo que ahora se niega el tratamiento interdisciplinario logró, en un porcentaje importante, es decir, se niega la clínica penitenciaria y se deja a la autoridad administrativa como una simple cuidadora, que, en el momento en que existan problemas prácticamente no pueden hacer nada porque todo el poder ha sido otorgado en forma errónea al juez de ejecución que se encuentra en la máxima pobreza de elementos con los que no puede hacer nada más que decisiones escritas sin fundamentos técnico-científicos que ayuden a resolver los problemas jurídicos, humanos y sociales.

El mismo doctor Sergio García Ramírez luchó por realizarlo a nivel nacional con la Reforma penal integral que llevó a cabo en 1971 y extendió a todo el país, misma que fue interrumpida en 1976, cuando se canceló el sueño por el cambio de gobierno por razones, entre otras, como he dicho muchas veces, porque México nace y muere cada seis años (que cambia la voluntad política y por *vanitas vanitatis*) cada

¹ García Ramírez, Sergio, *El derecho en México dos siglos (1810-2010)*, México, Porrúa, pp. 236 y ss.

nuevo gobierno quiere dejar su impronta propia y olvida las obras del anterior régimen. De esta suerte, la decadencia perenne de nuestro ámbito penitenciario continuó hasta llegar al lamentable estado en que hoy nos encontramos.

Ahora aspiramos nuevamente a la solución del problema penitenciario, cada vez más agudo, por medio del cambio del sistema penal inquisitivo-mixto al acusatorio-oral y adversarial, inscrito en las Reformas constitucionales del 2008, 2011 y 2013 y en elaboración de los Códigos únicos, tanto el de Procedimientos penales —que ya se encuentra en funciones— como en el de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, y mediante la aplicación de penas alternativas y sustitutivos penales con menor timidez de la que hasta ahora hemos ejercido.

Lo anterior es cosa que veo difícil por el endurecimiento penal, la falta de control del crimen organizado, la corrupción, la situación económica en la que se encuentra el país, la aplicación de normas fuera de la realidad mexicana, por la impostación, de nueva cuenta de la imitación extra lógica que siempre hemos seguido y que sólo en la reforma de 1971 pudimos superar. Es preciso que nos percatemos de la necesidad de resolver nuestros problemas de acuerdo con nuestra realidad y no con elementos que pertenecen a otras culturas que no coinciden en nada con la nuestra y que, por ende, al quererlas colocar en nuestro sistema jurídico en vez de resolver nuestros problemas, producen una confusión que lo más probable es que nos lleve a un fracaso peor que el que ahora hemos vivido.

Obviamente existen otros factores —largos de enumerar en tan constreñida síntesis—, por ejemplo, la conciliación y la justicia restaurativa y la adecuación de todos los sistemas estatales al federal para que verdaderamente haya un sistema penal uniforme en toda la República. Ojalá que no pasemos del preludio de un sueño grato a una pesadilla horrible, insisto, en la difícil situación económico-social en que nos encontramos y que se refleja específicamente en el sistema penal, concretamente en el momento ejecutivo-penal, que se encuentra, en términos generales con cárceles:

- a) Sobrepobladas en condiciones indignas e inhumanas, con una corrupción absoluta, con abuso de la prisión preventiva y de lentitud en los procesos, sin control delictivo interior por lo que se da el autogobierno con el endurecimiento penal y la repenalización.

- b) Con una población aproximada de 250 mil internos y una capacidad instalada para, cuando más 190 mil.
- c) Con un 95% de hombres y un 5% de mujeres, las cuales se encuentran en peores condiciones que los hombres y con número no especificados de niños, hijos de ellas mismas, que sufren de la pena trascendente de su madre, que se les reflejará en su conducta toda vida (porque infancia es destino) y sin tomar las medidas de la condición de la mujer (al parecer ya se han fijado en este problema, pero una cosa es darse cuenta y otra resolver el problema).

Agregaremos algunos detalles que denotan esfuerzo por aliviar esta situación (en parches y sin sistema), tal es el caso de la inauguración de una nueva institución para la Ciudad de México, para 100 internos peligrosos. Pero como siempre decimos el problema no está en agregar prisiones, sino en crear un sistema de ejecución penal completo y otro de prevención, que abarque tanto lo general como lo especial, lo primario como lo secundario y terciario. De otra manera, el futuro delincencial seguirá por el mismo camino, idéntico crecimiento y peor daño a la sociedad.

Lo anterior refleja como resultado, la falta de continuidad de una política criminológica que nunca hemos podido tener desde el siglo XIX y que ha seguido, lamentablemente, en el siglo XX, como hemos afirmado líneas arriba. Es así como no se cumplimentó el régimen integral planteado por el licenciado Luis Echeverría Álvarez, bajo la inspiración de Alfonso Quiroz Cuarón y Sergio García Ramírez. Que como resultado de lo anterior, la conquista que se hiciera con mucho esfuerzo (habida cuenta de todo lo anterior narrado) para que nuestro sistema penitenciario tuviera un Centro Médico de Reclusorios, que atendiera enfermedades físicas y mentales de los penados y de los procesados, semejante al de Canadá, Louis Phelipe Pinel, se vino abajo a los tres años de inaugurado, transformándolo en cárcel de mujeres. En la actualidad se ha vuelto a poner en función, exclusivamente la Torre Central en virtud a las críticas que se han suscitado. Sin embargo, el resto sigue destinado a prisión de mujeres erróneamente.

Por eso decimos que las autoridades del sistema penitenciario del periodo del presidente José López Portillo en el Distrito Federal fueron, a no dudarlo, “caníbales en casa de orates”; ahogaron prácticamente el adelanto que se había alcanzado en el sexenio anterior, en

el que se había creado un auténtico sistema penitenciario mexicano ajeno a las tradicionales imitaciones extralógicas a que hemos estado acostumbrados y a la que ahora volvemos con la copia del sistema penitenciario anglosajón.

Para colmo de males se trató de sustituir la laguna que dejó el Centro Médico enviando a los enfermos, tanto físicos como mentales a los diferentes reclusorios preventivos creando, para disimular dentro del perímetro del Reclusorio Preventivo Varonil Sur, el Centro Varonil de Rehabilitación Psicosocial (CEVAREPSI) construido en lo que se había destinado a mujeres.

El último reclusorio importante, que se ha construido, independientemente (del citado en líneas arriba) para los efectos de enviar a los jóvenes adultos delincuentes se denomina Centro de Readaptación Social Varonil de Santa Martha Acatitla y se encuentra anexo a la Penitenciaria del Distrito Federal (CEDESOVA).

En virtud de la política criminal que ha ejercido una mayor represión por el aumento del crimen organizado ya que la prisión es la máxima solución, aunque se trate de disimular en diferentes formas, especialmente por los medios masivos de comunicación. Para resolver esta siniestra situación penitenciaria en que nos encontramos, como en un *Deus ex maquina*, hemos empezado a afrontar el obstáculo con el sistema penal acusatorio, que pretende resolver el problema con una nueva imitación extralógica: caer de nueva cuenta en el sistema anglosajón.

Lo que se quiso hacer con la Reforma Integral Nacional en 1971 en toda la nación, se vino abajo con la indiferencia del cambio de gestiones gubernamentales y estamos viviendo su agonía por no haberla aplicado con la corrección debida.

Como se ve todos los esfuerzos que se realizan se truncan echando a perder el terreno que se gana desperdiciando el presupuesto y, por ende, desbaratando los adelantos que se consiguen, dejando crecer la criminalidad sin resolver las aspiraciones de la ley y las acciones que se realizan: la mayoría de las veces por la corrupción cuando no la ignorancia o la indiferencia.

Todo esto y situaciones peores son las que tenemos que superar y con las que nos hemos enfrentado en 215 años de independencia. Cabe preguntar ahora para concluir: ¿hacia dónde nos lleva el destino penitenciario en el futuro?

La aplicación del nuevo sistema penal acusatorio (todavía no consolidado plenamente) nos lo dirán las futuras generaciones que lo verán practicar, tal vez madurar y alcanzar los resultados que se pretenden, abatir la sobrepoblación en las prisiones, cumplimentar los derechos humanos, evitar la corrupción, lograr una reintegración en la que no haya posibilidades de reincidencia y, en fin, lograr instalar un verdadero sistema penitenciario por el que tanto hemos esperado, logrando una sociedad más segura y, por ende, productiva.

La prisión en el sistema acusatorio

*Mercedes Peláez Ferrusca**

ESTAS JORNADAS, dedicadas a conmemorar el 75 aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, han constituido la oportunidad de generar un espacio de reflexión acerca de los procesos de transformación de la normatividad y las instituciones penales en nuestro país, así como de la agenda de política pública pendiente orientada a garantizar que la arquitectura normativa y las prácticas organizacionales de los operadores del sistema de justicia penal correspondan a un marco plenamente garante y protector de los derechos humanos.

Jornadas que en un ánimo dialógico, constructivo y crítico nos permiten explorar desde diversas posturas interpretativas el complejo andamiaje normativo, así como el diseño y la operación rutinaria de las instituciones del sistema penal mexicano. En ese contexto este trabajo da paso al examen de la prisión y la pena privativa de libertad en el marco del modelo acusatorio.

I. JUDICIALIZACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

Es un hecho que el proceso de reforma de la normatividad, funcionamiento organizacional y marcos de regulación de la actividad de los operadores de la institución penitenciaria en nuestro país ha sido lenta y desventajosa; con excepción, desde luego, de lo ocurrido en las transformaciones implementadas entre los años sesenta y setenta.

De modo reciente, la reforma al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispuesta en 2008, por sus términos, abre condiciones de posibilidad al proyecto de diseño de

* Miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, actualmente es directora general de Atención Inmediata y Primer Contacto de la CEAV.

arquitecturas normativas garantes de los derechos humanos y de protocolos de buenas práctica que regulen la actuación de los encargados de hacer cumplir la ley en las instituciones penitenciarias. Normatividad y reglas de actuación que deben ser objeto a la ponderación y deliberación de la autoridad judicial, como garante de los derechos humanos de las personas en reclusión.

El control judicial sobre las condiciones en que ocurre la ejecución de las penas debe ocurrir bajo vigilancia y control judicial, aunque es de insistir que ese escenario es todavía aún sólo un campo de posibilidad.

II. MEDIDA CAUTELAR Y PENA EN EL MODELO ACUSATORIO

1. *Medida cautelar*

La reconceptualización de la institución penal sancionatoria denominada genéricamente prisión y la reforma penal procesal, expresada en el merecimiento de algunos, en el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) —afirman— de corte acusatorio, la prisión preventiva debe de ser decretada por el juez de control, en audiencia y con presencia de las partes cuando se cumplan las siguientes hipótesis normativas: *a)* el delito de que se trate amerite pena privativa de libertad, señalada en el artículo 165 del CNPP;¹ *b)* exista peligro de fuga, daño a evidencias o peligro para la víctima; y, *c)* para evitar la obstaculización del procedimiento.²

¹ Artículo 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). “Aplicación de la prisión preventiva. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. La prisión preventiva será ordenada conforme a los términos y las condiciones de este Código.

La prisión preventiva no podrá exceder de un año, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha dictado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares”.

² Artículo 153 del CNPP. “Reglas generales de las medidas cautelares. Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento (en relación con los artículos 168, 169 y 170). Corresponderá a las autori-

A la luz del análisis del Código Nacional de Procedimientos Penales se pueden identificar cuatro circunstancias que hacen procedente prisión preventiva como medida cautelar:

- 1) Una vez que se formula la imputación, cuando el imputado se acoja al término constitucional (72 horas o su dupla) y, no proceda aquélla de manera oficiosa.
- 2) Durante este mismo término constitucional, a solicitud del Ministerio Público (regla general), que deberá resolverse por el juez antes del auto de vinculación a proceso.
- 3) Cuando se haya vinculado a proceso al imputado y se le haya dictado auto de formal prisión.³
- 4) La prisión preventiva oficiosa, singular forma de denominación a la forma automática de prisión preventiva, que procede cuando se trate de cualquiera de los delitos expresados en el artículo 167 del CNPP.⁴

dades competentes de la Federación y de las entidades federativas, para medidas cautelares, vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido”.

³ Artículo 154 del CNPP. “Procedencia de medidas cautelares. El Juez podrá imponer medidas cautelares a petición del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, en los casos previstos por este Código, cuando ocurran las circunstancias siguientes:

I. Formulada la imputación, el propio imputado se acoja al término constitucional, ya sea éste de una duración de setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro, según sea el caso, o

II. Se haya vinculado a proceso al imputado.

En caso de que el Ministerio Público solicite la prisión preventiva durante el plazo constitucional, dicha cuestión deberá resolverse antes del dictado del auto de vinculación a proceso. Para tal efecto, las partes podrán ofrecer aquellos medios de prueba pertinentes para analizar la procedencia de la medida solicitada, siempre y cuando la misma sea susceptible de ser desahogada en las siguientes veinticuatro horas”.

⁴ Artículo 167 del CNPP. “Causas de procedencia. El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente Código.

En el supuesto de que el imputado esté siendo procesado por otro delito distinto de aquel en el que se solicite la prisión preventiva, deberá analizarse si ambos procesos son susceptibles de acumulación, en cuyo caso la existencia de proceso previo no dará lugar por sí sola a la procedencia de la prisión preventiva.

Es de observar que si la aspiración de esta última hipótesis tenía como objeto práctico el acotar el uso indiscriminado y discrecional de la prisión, como medida cautelar, tal finalidad quedó necesitada

El Juez de control en el ámbito de su competencia, 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 contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguiente:

I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;

III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;

IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;

V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;

VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;

VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;

IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y pederastia, previsto en el artículo 209 Bis;

X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;

XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad. Dicha solicitud deberá contar con la autorización del titular de la Procuraduría o el funcionario que en él delegue esa facultad”.

de un desarrollo de la definición técnico-jurídica de los enunciados normativos, al no establecer de modo cierto y preciso las reglas que definieran las condiciones procedimentales y objetivas suficientes, para limitar la interpretación abierta de la regla general que enuncia: “prisión preventiva procede cuando se trate de delito sancionado con pena de prisión”.

Ahora bien, es relevante considerar (desde una perspectiva diferencial de los derechos humanos) la posibilidad legal de que no se aplique la medida cautelar de reclusión en establecimiento penitenciario cuando existan condiciones del ciclo de vida de la persona imputada —cuando la persona sea mayor de setenta años de edad o se encuentre afectada por una enfermedad grave o terminal—; en esos casos el imputado solicitará al órgano jurisdiccional ordenar que la prisión preventiva se ejecute en el domicilio o de ser el caso, en un centro médico o geriátrico, bajo otras medidas cautelares que también sean necesarias para los fines del proceso. De igual forma, es procedente la solicitud cuando se trate de mujeres embarazadas, o de madres durante la lactancia.

Sin embargo, queda a discrecionalidad del juez de control aquellos casos en los que a su juicio, puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social,⁵ categoría que tiene resonancias fuertes con la categoría de peligrosidad que sustento los planteamientos de la criminología positivista sustentada en un derecho penal de autor.

Por otra parte, un aspecto en que se distingue la naturaleza del procedimiento previsto por el Código Nacional de Procedimientos Penales, en contraste con el modelo anterior, son las exigencias que plantea, más en la forma que en el fondo, para la resolución positiva de la medida. Es de reconocer que la celebración de la audiencia para los efectos es capital, toda vez que permite presentar al imputado y exponer sus condiciones frente a la persona que decidirá sobre su libertad; asimismo deberán en esa audiencia argumentarse y no sólo presumirse las circunstancias por las que el operador de la instancia de procuración de justicia pondera con los elementos de investigación recabados que debe decretarse la medida, a lo que el juez deberá responder razonando justificadamente su resolución y, todo ello, de viva voz, delante de las partes. En este escenario el principio de presunción

⁵ Artículo 166 del CNPP. Excepciones a la prisión preventiva.

de inocencia y de legalidad para las partes se ven materializados de modo objetivo.

También es destacable la atribución del juez para definir los lineamientos para la aplicación de la medida, que puede estar referida a la particular condición de la persona imputada y que implica precisar condiciones que obligarán a la autoridad ejecutora. La resolución de la medida debe establecer la vigencia de la misma.⁶ Esto último representa la regla garantista a favor del imputado, respecto del conteo del tiempo legal de la privación y la consiguiente posibilidad que sea factible de que sean revisados los tiempos de la intervención legal de la autoridad policial y ministerial, en el contexto de la detención y el plazo constitucional. Lo anterior, desde luego, si la defensa del imputado la hace notar, pues el CNPP no ha establecido sistemas de conteo precisos para el cómputo de la prisión. Circunstancia que da lugar a la discrecionalidad judicial es el criterio que empleará para el cómputo de los días, incluida la fijación del inicio de la privación material de la libertad.

El CNPP establece la posibilidad de revisar la vigencia de la prisión preventiva, así como la del resto de medidas cautelares, además de la apelación como forma de recurrir la resolución en la que se dicta la medida cautelar. Este mandato legal del juez constituye un principio garantista para el imputado condenado a prisión preventiva, toda vez que han sido documentadas los efectos perniciosos de una medida privativa de libertad anticipada sin ningún límite temporal efectivo, por la sociología jurídica en el contexto nacional e internacional.

La revisión que se comenta procederá cuando hayan variado de manera objetiva las condiciones que justifican su imposición, en cuyo caso las partes podrán solicitar al órgano jurisdiccional la revocación, sustitución o modificación de la misma y, dado que no se establece periodicidad para solicitarla, es francamente posible que pueda hacerse una vez resuelta la apelación, medio ordinario de impugnación, y tantas veces como sea necesario antes de que finalice el año de duración estipulado legalmente.⁷

En ese escenario el juez u órgano jurisdiccional procederá a citar a todos los intervinientes a una audiencia con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de las condiciones o circunstancias que se tomaron en

⁶ Artículo 159 del CNPP.

⁷ Artículo 165 del CNPP.

cuenta para imponer la medida y determinar la necesidad, en su caso, de mantenerla. El juez habrá de resolver en consecuencia. De no ser desechada de plano la solicitud de revisión, la audiencia se llevará a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes contadas a partir de la presentación de la solicitud⁸ y en ella podrán ser ofrecidos e invocados los medios de prueba y razonamientos que confirmen, modifiquen o revoquen, según el caso, la medida cautelar.

Así las cosas, se observa significativa y pertinente la audiencia de revisión, el propio CNPP distingue a la autoridad supervisora de las medidas cautelares, estableciendo que es la autoridad judicial aquella responsable de la vigencia de aquéllas, así como de la evaluación de la preventiva, cuya supervisión confiere a la autoridad penitenciaria. En cambio, encomienda la evaluación y supervisión del resto, a otra distinta de la judicial, incluso cuando se trata de aquellas que limitan la libertad personal, a pesar de que la decisión final sobre aquellas recaiga en el órgano jurisdiccional.⁹

Para tal efecto, la autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso, así como la autoridad penitenciaria, tendrán acceso a los sistemas y bases de datos del sistema nacional de información y demás de carácter público, y contará con una base de datos para dar seguimiento al cumplimiento de las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva. Las partes podrán obtener la información disponible de la autoridad competente cuando así lo solicite, previo a la audiencia para debatir la solicitud de la medida cautelar.

2. Pena

Por lo que hace a la pena privativa de prisión en el marco del sistema acusatorio son de formular las siguientes consideraciones:

En el momento del fallo, en caso de condena, en la misma audiencia de su comunicación, se señalará la fecha en que se celebrará la audiencia de individualización de las sanciones y reparación del daño,

⁸ Artículos del 160 a 163 y 171 del CNPP.

⁹ Artículo 164 del CNPP, en especial el último párrafo: “La supervisión de la prisión preventiva quedará a cargo de la autoridad penitenciaria en los términos de la ley de la materia”.

dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco días. Si el órgano jurisdiccional es colegiado, una vez emitida y expuesta, la sentencia será redactada por uno de sus integrantes. Los jueces resolverán por unanimidad o por mayoría de votos, pudiendo fundar separadamente sus conclusiones o en forma conjunta si estuvieren de acuerdo. El voto disidente será redactado por su autor. La sentencia señalará el nombre de su redactor.¹⁰

El CNPP establece, en beneficio del principio de inmediatez y oralidad, que la sentencia producirá sus efectos desde el momento de su explicación y no desde su formulación escrita;¹¹ debe entenderse, pues, que en el mismo instante en que el órgano jurisdiccional señala la pena de prisión, el sujeto procesado pasa a estar en la condición de preso formalmente condenado y que el cómputo de la ejecución material empieza a correr retroactivamente al momento en que fue detenido.

Sin muchas innovaciones y apelando a la discrecionalidad judicial, en el “nuevo procedimiento penal”, se establece que la sentencia condenatoria fijará las penas, o en su caso la medida de seguridad, y se pronunciará sobre la suspensión de las mismas y la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley. El legislador no se ocupó de considerar mayores ventajas para la aplicación de medidas alternativas a la prisión, situación que hace falta, especialmente, cuando una de las bondades del juicio acusatorio adversarial es, precisamente, abrir de lleno la oportunidad para la disminución en la recurrencia a la pena de prisión.

De igual manera puede interpretarse la disposición del CNPP respecto de la reparación del daño como elemento constitutivo de la sentencia, al establecer que el Tribunal de enjuiciamiento condenará a la reparación del daño, prescripción que deberá entenderse oficiosa para el juzgador; sin embargo, no existe ninguna obligación procedimental respecto de la naturaleza, elementos o características de la prueba de daños y perjuicios, pues se permite la condena genérica a reparar éstos, lo que se traduce, en un llamado general, del que, sin precisión en la determinación judicial, será como un gesto de buena voluntad,

¹⁰ Artículo 404 del CNPP, en relación con el artículo 411, que establece que el tribunal de enjuiciamiento deberá explicar toda sentencia de absolución o condena.

¹¹ Artículo 406 del CNPP.

dejando en situación comprometida el ejercicio de los derechos de la víctima respecto de la reparación.¹²

Si bien es cierto el CNPP establece que la sentencia que condenare a una pena privativa de la libertad deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de base para su cumplimiento, la realidad de la práctica judicial hace necesario que el propio código estableciera de manera expresa el momento a partir del cual debe empezar a correr la privación, pues en la práctica se limita, en el mejor de los casos a una expresión de fechas, lo que permite que para unos jueces sea el día en que es presentado y consiguientemente detenido o incluso, a partir de la fecha en que el asunto y el detenido son puestos a la disposición del juez de control.

El tribunal de enjuiciamiento solamente dictará sentencia condenatoria cuando exista convicción de la culpabilidad del sentenciado, bajo el principio general de que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad que corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal de que se trate.

Al dictar sentencia condenatoria se indicarán los márgenes de la punibilidad del delito y quedarán plenamente acreditados los elementos de la clasificación jurídica; es decir, el tipo penal que se atribuye, el grado de la ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, así como el grado de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico.

La sentencia condenatoria hará referencia a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente, precisando si el tipo penal se consumó o se realizó en grado de tentativa, así como la forma en que el sujeto activo haya intervenido para la realización del tipo, según se trate de alguna forma de autoría o de participación, y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta típica.

En toda sentencia condenatoria se argumentará por qué el sentenciado no está favorecido por ninguna de las causas de la atipicidad, justificación o inculpabilidad; igualmente, se hará referencia a las

¹² Artículo 407 del CNPP. "...Cuando la prueba producida no permita establecer con certeza el monto de los daños y perjuicios, o de las indemnizaciones correspondientes, el Tribunal de enjuiciamiento podrá condenar genéricamente a reparar los daños y los perjuicios y ordenar que se liquiden en ejecución de sentencia por vía incidental, siempre que éstos se hayan demostrado, así como su deber de repararlos".

agravantes o atenuantes que hayan concurrido y a la clase de concurso de delitos si fuera el caso.

El CNPP establece una distinción lógico-jurídica de tiempos respecto de la condena, en la que se resuelve sobre la responsabilidad del sentenciado y otro, que se refiere a la individualización de sanciones y determinación de la reparación del daño. Ambos en audiencias diferentes una de otra. El desahogo de los medios de prueba para la individualización de sanciones y reparación del daño procederá después de haber resuelto sobre la responsabilidad del sentenciado.

Después de la apertura de la audiencia de individualización de los intervinientes, el tribunal de enjuiciamiento señalará la materia de la audiencia, y dará la palabra a las partes para que expongan, en su caso, sus alegatos de apertura. Acto seguido, les solicitará a las partes que determinen el orden en que desean el desahogo de los medios de prueba y declarará abierto el debate. Éste iniciará con el desahogo de los medios de prueba y continuará con los alegatos de clausura de las partes. El debate comenzará con el desahogo de los medios de prueba que se hubieren admitido en la etapa intermedia. En el desahogo de los medios de prueba serán aplicables las normas relativas al juicio oral.

Cerrado el debate, el tribunal de enjuiciamiento deliberará brevemente y procederá a manifestarse, con respecto a la sanción a imponer al sentenciado y sobre la reparación del daño causado a la víctima u ofendido. Asimismo, fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la pena de prisión o sobre su suspensión, e indicará en qué forma deberá, en su caso, repararse el daño. Dentro de los cinco días siguientes a esta audiencia, el tribunal redactará la sentencia. La ausencia de la víctima que haya sido debidamente notificada no será impedimento para la celebración de la audiencia.

El tribunal de enjuiciamiento al individualizar las penas o medidas de seguridad aplicables deberá tomar en consideración lo siguiente:

Dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales, el tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción tomando como referencia la gravedad de la conducta típica y antijurídica, así como el grado de culpabilidad del sentenciado. Las medidas de seguridad no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica.

La gravedad de la conducta típica y antijurídica estará determinada por el valor del bien jurídico, su grado de afectación, la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, así como por la forma de intervención del sentenciado.

El grado de culpabilidad estará determinado por el juicio de reproche, según el sentenciado haya tenido, bajo las circunstancias y características del hecho, la posibilidad concreta de comportarse de distinta manera y de respetar la norma jurídica quebrantada. Si en un mismo hecho intervinieron varias personas, cada una de ellas será sancionada de acuerdo con el grado de su propia culpabilidad.

Para determinar el grado de culpabilidad también se tomarán en cuenta los motivos que impulsaron la conducta del sentenciado, las condiciones fisiológicas y psicológicas específicas en que se encontraba en el momento de la comisión del hecho, la edad, el nivel educativo, las costumbres, las condiciones sociales y culturales, así como los vínculos de parentesco, amistad o relación que guarde con la víctima u ofendido. Igualmente se tomarán en cuenta las demás circunstancias especiales del sentenciado, víctima u ofendido, siempre que resulten relevantes para la individualización de la sanción.

Se podrán tomar en consideración los dictámenes periciales y otros medios de prueba para los fines señalados en el presente artículo.

Cuando el sentenciado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena se tomarán en cuenta, además de los aspectos anteriores, sus usos y costumbres.

En caso de concurso real se impondrá la sanción del delito más grave, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda de los máximos señalados en la ley penal aplicable. En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, siempre que las sanciones aplicables sean de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza, podrán imponerse las consecuencias jurídicas señaladas para los restantes delitos. No habrá concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado; sin embargo, en estos casos se aumentará la sanción penal hasta en una mitad de la correspondiente al máximo del delito cometido.

El aumento o la disminución de la pena, fundados en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no serán aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Pero sí serán aplicables las que se fundamenten en circunstancias objetivas, siempre que los demás sujetos tengan conocimiento de ellas.

En cuanto no sean oportunamente recurridas, para lo que hay que contabilizar dos periodos, cinco días a partir de la emisión de fallo, para la redacción y cinco días más a partir de que esta ha quedado individualizada; esto es diez días a partir de la audiencia, las resoluciones judiciales quedarán firmes y serán ejecutables sin necesidad de declaración alguna.¹³

Procede, por tanto, que el tribunal de enjuiciamiento —incluyendo el procedimiento abreviado— dentro de los tres días siguientes a aquél en que la sentencia condenatoria quede firme, deberá remitir copia autorizada de la misma al juez que le corresponda la ejecución correspondiente y a las autoridades penitenciarias que intervienen en el procedimiento de ejecución para su debido cumplimiento.¹⁴

III. EL ESPECTRO DEL CONTROL JUDICIAL

Los principios que caracterizan al modelo procesal acusatorio por lo que hace a la prisión, en tanto que pena y medida cautelar, requieren desarrollo. La economía procesal que postula el modelo acusatorio prescribe la utilización del encarcelamiento como medida cautelar con una duración de un año, establece la necesidad de la presencia de las partes en la propia audiencia, en resguardo del principio de inmediatez y, desde luego, de contradicción y de oralidad. Lo que, de suyo, entraña una oportunidad para atender eficazmente al principio por el que la prisión preventiva ha de usarse excepcionalmente.

Sin embargo, mientras no actualicemos nuestros códigos penales y la pena de prisión deje de ser usada como respuesta efectista y simbólica a todo tipo de afectaciones a bienes jurídicos, no va a ser posible vislumbrar en el corto plazo una reducción en su utilización; por el contrario, es previsible que ingresemos a más gente a prisión preventiva, porque se espera mayor ingreso de casos por esta propuesta con-

¹³ Artículo 412 del CNPP, con relación al artículo 401.

¹⁴ Véase el artículo del Código Nacional de Procedimientos Penales.

tenida en el CNPP, a todas luces menos exigente con los requisitos exigibles a la acusación al momento de generar la imputación, si a esto le sumamos que la mayor cantidad de delitos se procesan judicialmente en mayor medida a propósito de la flagrancia y la urgencia, es factible prospectar un escenario de saturación en tribunales y una sobrepoblación por presos preventivos, similar a la de la década de los ochenta, en que el número de internos preventivos era mayor a aquellos que contaban con condenas.

En ese mismo escenario es previsible imponer a la administración penitenciaria el incremento de las cargas jurídico-administrativas, por la necesidad de mantener al día, el conteo legal de un año, a partir de la detención y consiguiente privación de la libertad, momento en el que para los jueces debe de ser considerado como momento de inicio de la privación.

A pesar de la manifiesta vocación reduccionista del modelo acusatorio y de la posibilidad de privilegiar otras medidas cautelares, menos gravosas que la prisión, la inconsistencia entre ambos cuerpos normativos obliga a mantener la regla de que habrá lugar a la prisión preventiva cuando se trate de delitos sancionados con pena de prisión, es decir, la mayoría. Será un reto revertir la inercia de los operadores del sistema de procuración y administración de justicia en recurrir por principio a la prisión como modalidad de resolución de conflictos y vía sancionatoria privilegiada.

Otro aspecto que es necesario considerar es que la medida deberá ser revisada periódicamente y a solicitud del imputado, con la consiguiente carga en la tramitación que la revisión de las condiciones impone a las partes.

IV. COLOFÓN: CÁRCEL Y DERECHOS HUMANOS

La influencia del modelo acusatorio lleva un viento que favorece la renovación al espacio institucional de la prisión y apunta a transformar de forma benéfica las condiciones de vida de las personas que cumplen condenas privativas de libertad en los centros de reclusión de todo el país.

Bajo esta perspectiva, podemos esperar que la Ley de Ejecución de Sanciones Penales que se encuentra en discusión en las Cámaras, actualice varios de los procedimientos que para la ejecución penal son

indispensables que sean entendidos bajo el amparo de los principios rectores del modelo acusatorio, como un refuerzo al principio de legalidad en sentido amplio, fortaleciendo las condiciones de posibilidad de la legalidad ejecutiva.

Para ello será necesario dotar suficientes funcionarios judiciales a la ejecución de las penas, pues son ellos los garantes de las condiciones de legalidad al momento de ejecución. Presidir en presencia de las partes las audiencias que serán necesarias para revisar la duración de la pena, la revisión de la restricción de derechos como sanción disciplinaria, las denuncias por violaciones a los derechos de los internos, etcétera. De manera tal que el principio fundamental de la inmediatez abra las puertas de lo que dentro de las prisiones sucede a los jueces y, con ellos, a los ciudadanos.

En medio de la precariedad que representan las prisiones para quienes las habitan, la influencia de los principios de oralidad, audiencia, inmediatez, concentración, contradicción y defensa, representa la valiosa oportunidad de presentar a un tercero imparcial las condiciones del encierro y ello, de la voz de sus protagonistas, sin dilaciones y con la posibilidad de aportar en su defensa o de controvertir lo que se afirma.

En el espacio carcelario, resulta fundamental la descripción precisa de los procedimientos a través de los cuales, las autoridades penitenciarias ejecutan materialmente, día con día la pena de prisión. La urgente necesidad de que la Ley de la materia, así como el universo de regulaciones administrativas que derivan de ella, mantenga la vigencia de los principios del juicio acusatorio adversarial, en materia de ejecución de penas privativas de libertad, obliga al Poder Ejecutivo a realizar un auténtico y transparente esfuerzo por regular las facultades de la autoridad penitenciaria y de definir con precisión los derechos y recursos con que cuenta la población interna para la mejor defensa y garantía de sus derechos y de la legalidad de la ejecución penal.

Muchas otras vicisitudes sobre la vida al interior de los centros de reclusión deben de ser reguladas con la aspiración del modelo acusatorio adversarial, como el ámbito disciplinario. En el que no basta con disposiciones reglamentarias o aun internas, si la Ley no contiene en sus disposiciones la descripción precisa de las faltas y su consecuencia, así como del procedimiento de imposición, que deberá contemplar los recursos, y muy especialmente, los derechos del interno frente

al procedimiento disciplinario, como lo son los derechos de audiencia y defensa.

La costumbre penitenciaria de incursionar en la reducción o limitación de derechos con motivo de la conducta del interno es una práctica viciada que hay que desterrar. Si bien es cierto en las sanciones disciplinarias debe privilegiarse cualquier medio antes de recurrir al aislamiento, lo cierto es que estas restricciones a los derechos de los internos deben de estar previa y precisamente descritos en documento normativo con rango de Ley, no basta con su inclusión en un reglamento interior o peor aún en una circular administrativa.

Muchos de estos derechos limitados o francamente restringidos, son poderosos aliados de la resocialización de la persona y están referidos al ejercicio de derechos muy importantes, como el derecho a la salud, al trabajo y a las relaciones con el exterior.

En virtud de lo expuesto, la reforma de 2008 representa una oportunidad de dotar a la ejecución penal y a la prisión como pena, una resignificación y de reglas de aplicación que garanticen que cuando se reúnan sus condiciones de aplicabilidad se observen de manera escrupulosa los derechos humanos de la persona sujeta a la sanción penal.

La legalidad de la ejecución, la protección y defensa de los derechos de procesados y sentenciados a pena de prisión dependen de los jueces y de la aplicación que hagan de las normas y principios que nos definen como Estado. A este respecto es fundamental implementar y desarrollar procedimientos institucionales y sociales de fiscalización de las cárceles, de transparentar su manejo y la relación de la autoridad con los internos. La sociedad civil debe contar con atribuciones e instrumentos eficaces de control social para garantizar la dignificación de las condiciones carcelarias, como una forma de impulsar la vocación democrática y utilitaria que la cárcel representa todavía hoy para nuestra sociedad.

Sin duda, la influencia del modelo procesal acusatorio es positiva para todos, ciudadanos, autoridades y personas encarceladas, hago votos, porque los legisladores del Congreso de la Unión aprovechen esta oportunidad de sintonizar de una vez, las todavía evidentes contradicciones que se leen en los espacios normativos sustantivo y ejecutivo penal. Ya habrá tiempo de reformar el Código Nacional.

Régimen de menores de edad que infringen la ley penal

*Ruth L. Villanueva Castilleja**

EN MÉXICO, con anterioridad al establecimiento de los tribunales especializados para menores de edad, se aplicó el sistema penal para adultos, con sanciones reducidas, únicamente separados en su internamiento, pero dentro del mismo centro para adultos.

El primer tribunal de justicia para menores de edad que infringen la ley penal, surgió en San Luis Potosí en 1923. En este nuevo sistema, a partir del establecimiento de estos tribunales especializados, los menores fueron atendidos de manera diferenciada a los adultos.

Cambio importante también, fue el logrado gracias a la sensibilidad del licenciado Primo Villa Michel quien llevó a cabo las adecuaciones necesarias para lograr un internado de excelencia, obra que fue inaugurada en 1928. En esta época la tendencia para la atención a esta población fue la de una verdadera orientación y especialización, así se contaba ya con un Tribunal Especializado para Menores que inició sus funciones el 10 de diciembre de 1926 con una fundamentación sobre el criterio de buscar la reintegración a la sociedad del menor de edad, por medio de un sistema correctivo, por medio de la educación.

Bajo este criterio el doctor alemán Rudolf Aladar Metall, escribió en la Revista de Jurisprudencia Comparativa de Viena a propósito de la ley específica de la materia,

la nueva Ley hecha a base de los decretos del 16 de enero de 1926 y del 3 de enero de 1928 y bajo la influencia decisiva del Lic. Primo Villa Michel como experto, contiene gran cantidad de detalles valiosos y sugestivos para nosotros, principiando por el concepto de que la lucha contra la criminalidad de la infancia desvalida debe efectuarse por medio de medidas preventivas y del ejercicio de una influencia educativa sobre los infractores de la ley... Del contenido de esta norma se demuestra que en lo sucesivo ningún interesado que se ocupe de la previsión de la delincuencia infantil podrá hacer a un lado el nuevo ejercicio mexicano.

* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, tercera visitadora general de la CNDH.

Como era de esperarse este sello fue fundamental para el cambio, así se vivió, por ejemplo, en la nueva Casa de Orientación para Mujeres, en donde las actividades laborales recreativas, deportivas, artísticas, culturales y educativas en general, se privilegiaron.¹ Por ejemplo, es digno de señalar que en virtud de que en el establecimiento se contaba con diversas canchas deportivas y alberca (practicando una hora diaria de natación), las alumnas tomaban clases y realizaban diversos deportes y competían con otros planteles, ya sea en la misma institución o fuera de ella.

El 10 de agosto de 1974 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales, normatividad que dio un gran giro y fundamentación jurídica a la atención especializada para los menores de edad que infringían la ley penal, señalando en su exposición de motivos que

...se propone la sustitución de los actuales Tribunales para Menores que han cumplido con dignidad la tarea para la que fueron creados, conforme a sus posibilidades, por el Consejo Tutelar para Menores... El Consejo ha de promover la readaptación social del menor... A la parte orgánica sigue la porción procesal también cuidadosamente reelaborada en relación con las vigentes normas sobre Tribunales para Menores, a este respecto es debido informar que se ha diseñado un procedimiento breve y expedito... Conviene poner énfasis sobre la preocupación evidente a todo lo largo del proyecto que se contiene en esta iniciativa de rodear de justas y adecuadas garantías el procedimiento sobre menores infractores... Hay pues, en esta Ley, de manera consecuente con las preocupaciones justas, legítimas, jurídicas mexicanas todo un sistema, toda una red de garantías destinadas

¹ “Se imparten a las alumnas clases de baile regional, canto, música, arte teatral y declamación, se organizan conjuntos artísticos para festivales, no sólo del propio establecimiento, sino para el exterior, particularmente instituciones oficiales. Con mucha frecuencia, las menores llevan su representación artística a funciones teatrales de importancia como el Palacio de Bellas Artes organizadas éstas generalmente por alguno de los departamentos de Gobierno. Por otra parte, las alumnas asisten una vez por semana al cine Coyoacán a recitales poéticos, fiestas teatrales o conferencias en distintos teatros de la ciudad. Además, algunos conjuntos oficiales o particulares, como compañías de títeres, canciones, grupos de baile etcétera, vienen de vez en cuando a dar funciones en el teatro del plantel”. Farfán Cano, Isabel y Elizon, Hortensia, *Los fines sociales de la casa habitación para mujeres*, México, Talleres Gráficos de la Penitenciaría del Distrito Federal, 1937, p. 56.

a hacer de este procedimiento no un trámite inquisitivo, sino un luminoso procedimiento claro, humanista y seguro.²

Bajo este esquema, surgieron los llamados “hogares colectivos”, que funcionaron de conformidad con la norma establecida en su momento, sobre todo para la atención de quienes se encontraban bajo los supuestos que la ley señalaba en su artículo 2o.

En esas instituciones, el trabajo técnico y asistencial fue fundamental para la atención de esta población, hacia la cual existe una obligación de atender, tal y como se ha señalado también así por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del *caso Villagrán Morales y otros (de los niños de la calle)*, en donde se señala la obligación del Estado para con su niñez, asignatura que hoy en día se encuentra pendiente de atender, observándose el problema acrecentado.³

Posteriormente, en el Código Penal de 1931, se incluyen de igual forma el tema de los menores de edad, con este enfoque y atención especializada.

Es importante precisar que estos cambios se dieron como parte de una transformación de las últimas décadas del siglo XIX, cuando en Estados Unidos de América se planteó un movimiento conocido como “Los salvadores del niño”, en donde se observaron demandas específicas respecto de los menores de edad, tales como sustraerlos de la justicia penal de adultos, establecimientos de tribunales especializados, extender acciones para los niños que se encontraran en situación de riesgo o abandono social y crear lugares diferenciados para los niños privados de la libertad. Como respuesta a este movimiento, se creó en Chicago el primer tribunal para menores en 1899, surgiendo un derecho especializado para menores de edad que infringían la ley penal.

² García Ramírez, Sergio, *Exposición sobre el proyecto de Ley de los Consejos Tutelares*. México, 1973.

³ “146. La Corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo cuarto de la Convención Americana sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños bajo su jurisdicción”. *Caso Villagrán Morales y otros (de los niños de la calle)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 19 de noviembre de 1999.

Desde 1924 se cuenta con un antecedente internacional importante sobre los derechos de la infancia en la Declaración sobre los Derechos del Niño de Ginebra. Éste es el primer instrumento jurídico internacional específico en la materia proclamado por la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU).

Dicha Declaración surgió a raíz de las condiciones en las que se encontraban los niños que habían sido víctimas de la Primera Guerra Mundial.

Surge después de la Segunda Guerra Mundial una nueva Declaración de los Derechos del Niño,⁴ proclamada igualmente por la ONU, reconociéndose los principios sustantivos:

- Interés superior del niño.
- Protección.
- Especificidad.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵ (conocida como Pacto de San José), se señala en el artículo 19 que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

En 1974, partiendo de estas bases, en México se continúa la consolidación de un sistema especializado, protector y respetuoso de los derechos de la niñez, que incluía normatividad, instituciones y personal, surgiendo una gran reforma al publicarse la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales, la cual permitió en toda la República mexicana la confirmación posteriormente de este sistema especializado, dentro del cual se privilegiaban los principios sustantivos señalados.

El 20 de noviembre de 1989 es aprobada finalmente la Convención sobre los Derechos del Niño⁶ por la ONU, razón por la cual en ese día se le reconoce como el día internacional del niño.

México ratificó el 21 de septiembre de 1990 este instrumento, por lo que de conformidad con nuestro sistema de justicia adquiere carácter vinculante, siendo ley suprema para nuestro país.

⁴ Aprobada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, en 1959.

⁵ Adoptada el 22 de noviembre de 1969.

⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 44/25.

La Convención contiene un preámbulo y 54 artículos, los cuales incluyen las diferentes características y condiciones de la niñez en el mundo, incorporando por ello un derecho especializado, en donde se rescata de manera prioritaria la conceptualización de este grupo de población en su artículo 1o., que señala: “Es niño toda persona hasta los 18 años de edad, salvo que en el estado parte haya adquirido la minoría de edad” y de igual manera se reafirma los principios sustantivos incorporados previamente.

En los artículos 37 y 40 de esta Convención se establecen las bases para la atención de los menores de edad que infringen la ley penal, en donde se señalan entre otros puntos, que

todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, al menos que ello se considere contrario al interés superior del niño y tendrá derecho a mantener contacto con su familia, por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

Así como que “los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o quienes se acuse o declare culpables de haber infringido las leyes penales”.

Complementariamente surgieron otros instrumentos como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores;⁷ las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad;⁸ y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.⁹

Consecuencia de lo anterior, en México se llevó a cabo otra reforma con la publicación de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, de 1990, la cual surge de conformidad con los criterios de la

⁷ Adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985.

⁸ Adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.

⁹ Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990.

Convención y de los instrumentos ya señalados, con el fin de cumplir con los compromisos derivados de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño.

Así, esta nueva Ley derogó la de 1974 y dio pauta también a cambios en toda la República mexicana, reforzándose en cada entidad federativa el sistema especializado que incluía personal, legislación e infraestructura.

La conformación de un sistema integral se llevó a cabo, pudiéndose observar de manera puntual, la atención a los subsistemas de prevención, procuración y administración de justicia, ejecución de las medidas y seguimiento, con base en los criterios de la ONU, con aciertos y desaciertos y con objetivos no cristalizados en muchas ocasiones.

El 31 de diciembre de 1994 se publica el decreto de reforma a los artículos 21 y 73, fracción XXIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con esto se dio el primer paso para establecer las bases jurídicas de la nueva política nacional en materia de seguridad pública; después, el 11 de diciembre de 1995 se publica la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, incluyéndose en esta Ley a los menores de edad que infringen la ley penal como parte de este sistema, mismo que se integró por primera vez dentro del ámbito de la seguridad pública. Por lo que su inclusión, posteriormente, en la conformación de la nueva Secretaría de Seguridad Pública en el 2000, fue inminente.

El nuevo concepto de seguridad pública se concibió, como la responsabilidad del gobierno en relación con:

- La prevención de los delitos.
- La prevención de conductas infractoras de menores de edad.
- La persecución y sanción de las infracciones cometidas por los menores de edad.
- La persecución y sanción de los delitos.
- La readaptación y reinserción social del delincuente y del menor infractor.

Esta ley fue derogada en el 2009, por la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, conservando únicamente dos referencias en cuanto al llamado sistema de justicia para adolescentes; no obstante, la dependencia administrativa de todas las instituciones para

menores de edad que infringen la ley penal, quedó inmersa dentro de esta legislación, como parte del sistema de seguridad pública.

Por otra parte, el artículo 4o. constitucional, de igual forma fue reformado en el 2000, señalándose de manera puntual el principio “del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos”, así como que “este principio deberá guiar al diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.

Como consecuencia a esta reforma constitucional, se expide en el mismo año, la Ley reglamentaria respectiva sobre la protección de los derechos de los niñas, niños y adolescentes, incluyéndose un apartado sobre el derecho al debido proceso en caso de infracción a la ley penal, posteriormente este artículo tuvo una nueva modificación en el 2011.

Después surgió la reforma al artículo 18 constitucional, misma que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 12 de diciembre de 2005, en ésta se puntualizaron diversos aspectos, tales como:

- Creación de un sistema integral de justicia para personas entre 12 y 18 años, a quienes se les atribuya la realización de una conducta tipificada como delito.
- Rehabilitación y asistencia para menores de 12 años.
- Creación de instituciones, tribunales y autoridades especializadas.
- Imposición de medidas de orientación, protección y tratamiento.
- Principios de interés superior del niño, protección y especificidad.
- Finalidad de reintegración social y familiar, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades.
- Formas alternativas de justicia.
- Garantía del debido proceso legal.
- Independencia entre las autoridades que efectúan la remisión y las que imponen la medida.
- Tratamiento interno como última ratio, por el tiempo más breve que procesa y únicamente aplicable a mayores de 14 años por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

En los artículos transitorios se señaló un plazo de seis meses para las entidades federativas y el Distrito Federal, para crear las leyes, instituciones y órganos requeridos, término que no fue respetado. Para el caso de la federación tuvo que llevarse a cabo una reforma en el 2009 al artículo segundo transitorio, para incluirla y que se legislara ante la laguna jurídica presentada, al no señalársele expresamente; adicionándose además un artículo tercero transitorio, dando un año para la expedición de la legislación federal y la implementación del sistema mencionado.

En el 2012, se publica la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, incluyendo en su artículo primero transitorio su entrada en vigor a los dos años de su publicación, término que tampoco fue respetado, reformándose en el 2014 para armonizarlo con la entrada en vigor del nuevo sistema penal, señalándose expresamente su aplicación

una vez que haya entrado en vigor el Código Nacional de Procedimientos Penales en la Federación, en todas las Entidades Federativas y del Distrito Federal, en los términos previstos en la declaratoria a que hace referencia el Artículo Segundo Transitorio del Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016.

Posteriormente, en el 2015, al reformarse el artículo 73 constitucional, esta ley es abrogada.¹⁰

Actualmente y en virtud de una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las entidades federativas y el Distrito Federal, conocen, tanto de los asuntos del fuero común, como del fuero federal, en tanto no se cuente con la legislación nacional correspondiente.

En 2014 se publica la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, con un capítulo sobre el derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso, señalándose que “la legislación en materia

¹⁰ “El Congreso de la Unión dentro de los 180 días naturales siguientes a la publicación de este Decreto en el *Diario Oficial de la Federación*, deberá expedir la legislación nacional en materia de justicia para adolescentes, previendo las disposiciones transitorias necesarias para diferenciar el inicio de su vigencia, en función de la etapa del proceso de implementación del Sistema Procesal Penal Acusatorio en que se encuentren. En razón de lo anterior, se abroga la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de diciembre de 2012”.

de justicia integral para adolescentes en conflicto con la ley penal, determinará el procedimiento y las medidas que correspondan a quienes se les atribuya la comisión o participación de un hecho que la ley señale como delito mientras era adolescente”. En esta redacción sigue respetándose la división en cuanto a un sistema de justicia integral especializado y no un sistema penal, como se ha dado llamar “modalizado”.

De igual manera existe un *corpus juris* que incluye también las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las ONU en cumplimiento de su mandato, como la Observación general núm. 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores (2007).

Tal perspectiva representa un avance significativo que evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos aplicables en materia de niñez, sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños.

Posteriormente, en el 2015, se reforma nuevamente el artículo 18 constitucional para señalar la finalidad del sistema en “la reinserción y reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades”, eliminando la rehabilitación para los menores de 12 años, considerando únicamente la posibilidad de ser sujetos de asistencia social. De igual forma, en cuanto al internamiento, se elimina la consideración de la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Hoy en día, en México se cuenta con 32 legislaciones que atienden estas disposiciones con un gran mosaico de interpretaciones en los diversos temas señalados, sobre la base a lo establecido, tanto en el artículo 4o. como en el 18 constitucional.

También existe la jurisprudencia internacional y nacional, así como las Opiniones consultivas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y un sistema de atención para privilegiar el respeto por los derechos humanos de la niñez, en donde la participación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México ha sido muy importante, pudiéndose observar en su último Informe especial sobre los centros de tratamiento interno para adolescentes que infringen las leyes penales, publicado en el 2015, datos significativos, entre los que destacan los siguientes:

Población de 4,448 varones y 286 mujeres en internamiento.

- 2,893 se encuentran cumpliendo una medida de tratamiento.
- 1,841 están sujetos a procedimiento.
- 4,438 se encuentran internados por delito del fuero común.
- 296 menores de edad están internos por delito de fuero federal.

Todo lo anterior, sobre una capacidad instalada de 8,728 espacios.

En ese mismo año, se reforma el artículo 73, en su fracción XXI, inciso c, relativo a las facultades del Congreso, señalándose ésta para expedir “la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismo alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común”, lo que conlleva a la realización de una serie de trabajos que se encuentran hoy en día elaborándose para poder llevar a cabo la consolidación de un sistema que a más de 10 años de la reforma constitucional, no refleja mejoría alguna, sino una desarticulación como sistema integral que debiera conformarse, acatando lo ordenado por el artículo 18 de la carta magna, la Convención sobre los Derechos del Niño y los estándares internacionales.

De lo anterior, se desprende que hoy en día el sistema integral señalado es una asignatura pendiente, por lo cual es necesario procurar la especialización que se exige en este mismo numeral, tanto para los tribunales como para las autoridades y las instituciones en derechos de la niñez y en todos los temas que permitan alcanzar el desarrollo armónico y pleno de esta población que de manera especial requiere ser visibilizada, como ya se ha señalado y bajo el entendido que a la fecha se continúan los trabajos legislativos para conformar la legislación que permita la mejor atención para esta población.

El derecho victimal, naturaleza y alcance

María de la Luz Lima Malvido*

La ética no da consuelo, da vuelo a la solidaridad,
a la tolerancia, al respeto mutuo.

Emmanuel Lévinas

I. DEFINICIÓN Y ALCANCE

ESTE TRABAJO aporta conceptos victimológicos y un panorama de lo que conforma esta nueva disciplina que hemos llamado “derecho victimal” que invoca el bloque de principios y elementos mínimos (bloque de convencionalidad) que integran la guía u hoja de ruta para el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas de atención a víctimas que debe aplicar el personal sustantivo, los defensores y asesores jurídicos en su actuar en los casos concretos.

Las comisiones de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), creadas en el ramo de la prevención del delito y tratamiento del delincuente, había omitido vincular y visibilizar la interconexión que debe existir entre las agendas de derechos humanos y la de justicia penal, ya que por más de 30 años, el interés del ramo estuvo centrado en el desarrollo e implementación de “reglas y normas” para la readaptación social del delincuente. Fue más tarde, en 1985, cuando se inicia la construcción y aplicación de estándares vinculados al tema de la atención a las víctimas de delitos, lo cual dió pie al nacimiento del derecho victimal.

Es una disciplina científica unívoca y autónoma, definida por primera vez en México en el artículo publicado en *Criminalia* titulado “Protección a las víctimas”.¹

* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, presidenta de la Sociedad Mexicana de Victimología, Ciudad de México 2016.

¹ Lima Malvido, María de la Luz, “Protección a las víctimas”, *Criminalia*, México, año LXVIII, núm. 2, 1992, p. 71.

La primera definición que acotamos del derecho victimal en 1992 fue la siguiente: “Es el conjunto de principios, valores, normas y procedimientos jurídicos locales e internacionales tendientes a requerir, posibilitar y controlar las prerrogativas y pretensiones de las víctimas del delito y abuso de poder”.

Estamos convencidos de que no es a través de las disciplinas jurídico-penales donde se deben ubicar las normas jurídicas que guían la relación que establece el Estado con las víctimas, sino que va más allá, a través de una vinculación autónoma, que claramente se observa al analizar la definición de “víctima” acotada en la resolución que aprueba la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder² aprobada en el Séptimo Congreso de la Naciones Unidas de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, en 1985, que se habían redactado previamente en Zagreb, durante uno de los simposios de la Sociedad Mundial de Victimología.

Dicha Declaración es considerada, a nivel mundial, el estándar internacional de los derechos de las víctimas, ya que aporta en su primer párrafo una definición completa de “víctima”, que ha servido de base para redactar convenciones y todas las legislaciones del mundo en materia victimal, penal, procesal penal e incluso para el derecho humanitario, a saber:

1. Se entenderá por “víctimas” a las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder.

El párrafo de dicho documento es el más importante para nuestro enfoque cuando se agrega:

2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, *independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente* de la relación familiar

² Adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Esta parte de la definición está incluida con algunos cambios en la nueva Ley General de Víctimas de México, en el párrafo cuarto del artículo 4o.:

La calidad de víctimas se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos en los términos establecidos en la presente Ley, con independencia de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo.

Esta relación del Estado con la víctima, existe más allá de que el aparato jurídico penal se eche o no a andar. Debemos por ello, acudir y desarrollar a esta ciencia, que convierte a la víctima en un emisor y receptor de actos y hechos jurídicos, conformando un conjunto de normas que delineen la relación del Estado con las víctimas.

La definición de este estándar internacional (la declaración) como lo mencionamos, ha sido incluida en convenciones internacionales, regionales, y lineamientos en torno al tema en todo el mundo. Un ejemplo de ello es la Convención sobre municiones en racimo,³ que en el artículo 1o. la incluye textualmente complementándola:

Para efectos de la presente Convención: 1. Por “víctimas de municiones en racimo” se entiende todas las personas que han perdido la vida o han sufrido un daño físico o psicológico, una pérdida económica, marginación social o un daño substancial en la realización de sus derechos debido al empleo de municiones en racimo. La definición incluye a aquellas personas directamente afectadas por las municiones en racimo, así como a los familiares y comunidades perjudicados.

Otro ejemplo es la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, por la que se establecen normas mínimas

³ Conferencia diplomática para la adopción de una convención sobre municiones en racimo, Dublín, 19-30 de mayo de 2008.

sobre derechos, el apoyo y protección de la víctima de delitos, que retoma la definición de la declaración con algunas variantes.⁴

Es imprescindible que quienes van a diseñar normas victimales, no tengan la tentación de comenzar a crear nuevas definiciones, ya que dicha labor debe ser guiada por el estándar internacional.

El incluir completa esta definición, asegura el alcance de quienes serán considerados como sujetos de derecho victimal, que será la base para establecer los requisitos de accesibilidad para obtener los servicios de atención y protección que provea el Estado.

Concebimos el estándar internacional de derechos humanos aplicado a las víctimas, como un marco consensado de normas y reglas mínimas, que garantizan y clarifican el contenido de los derechos fundamentales de las víctimas de delitos (núcleo esencial de sus derechos tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales), que son la guía obligatoria para la formulación de políticas públicas y sus procesos.

El propósito fundamental de dicho estándar es garantizar el goce y ejercicio de derechos, implementando los mecanismos de protección, programas y modelos de atención.

Existen el estándar general y los especializados, estos últimos son los lineamientos, normas jurídicas y procedimientos individualizados para cada tipo de víctima, grupo o comunidad victimizada. Ambos, se hacen efectivos a través de los protocolos de actuación, que son instrumentos normativos que describen de manera clara, detallada y ordenada el procedimiento que debe seguirse para la ejecución de un proceso, y al mismo tiempo, aportan un conjunto de elementos que permiten orientar y acotar la actuación del personal sustantivo con fundamento legal y sustento en la operación.⁵

De ahí que hemos definido el derecho victimal como la disciplina jurídica autónoma de derecho público, que tiene por objeto, el estudio y aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos

⁴ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, 25 de octubre de 2012, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 315, año 55, 14 de noviembre 2012, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32012L0029> (fecha de consulta: el 28 marzo de 2016).

⁵ Acuerdo A/176/12 de la Procuradora General de la República, por el que se establece la obligación del personal sustantivo de la Procuraduría General de la República para el uso de los protocolos de actuación.

para las víctimas del delito y del abuso del poder; así como los principios, normas y procedimientos internacionales, nacionales, estatales, municipales o comunitarios tendientes a requerir, posibilitar y controlar las prerrogativas y pretensiones de las víctimas del delito y abuso de poder.

Estas normas pueden consistir en el derecho de hacer, no hacer o recibir algo conferido por un tratado internacional, la Constitución del país, una norma, incluyendo la jurisprudencia y doctrina emitidas o dictadas por un órgano jurisdiccional nacional o internacional de derechos humanos competente.

El primer antecedente en México de la llamada justicia victimal se remonta a la segunda mitad del siglo pasado, con la creación de la primera Ley sobre Auxilio de la Víctimas del Estado de México. Ésta fue concebida de manera *sui generis*, bajo la inspiración y dirección del doctor Sergio García Ramírez, e intervención del criminólogo mexicano don Alfonso Quiroz Cuarón. Publicada el 20 de julio de 1969, 16 años antes de la Declaración de las víctimas de la ONU. Ésta contiene elementos más avanzados que la misma.⁶ Fue emitida por el licenciado Juan Fernández Albarrán, gobernador constitucional del Estado de México, mediante el decreto núm. 126, durante la XLIII legislatura.

La exposición de motivos de dicha Ley, la consideramos fundamental, ya que fue la primera vez que el gobierno reconoce como suya ésta nueva tarea de atender a las víctimas de delitos.

El Ejecutivo del Estado estimó que se avanzaba considerablemente en el auxilio a personas gravemente necesitadas de la ayuda pública y, por ello, se imprimió un correcto sentido a las percepciones obtenidas por el mismo Estado, como consecuencia de la actividad delictual, creándose instrumentos idóneos y funcionales para hacer realidad esa nueva tarea que el Estado se impuso a través de dicha Ley.

II. NATURALEZA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO VICTIMAL

Como ya lo mencionamos, resulta indispensable aclarar el enfoque epistemológico y la naturaleza de esta nueva rama del derecho, ya que

⁶ Lima Malvido, María de la Luz, *Política pública de atención a víctimas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2015.

en sus orígenes, se estiló aplicar a las víctimas exclusivamente un derecho asistencial, que tenía por objetivo realizar acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impedirían el desarrollo integral de ciertas personas, así como la protección física, mental y social de las mismas cuando se encuentran en estado de necesidad, indefensión, desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva.

De ahí el nombre de las primeras leyes, en las que existía una confusión, ordenando a las áreas de las procuradurías de justicia a realizar estas tareas. Véase a continuación, el nombre de algunas de las primeras leyes aprobadas que estuvieron o están vigentes. En orden cronológico:

- Ley sobre “Auxilio” a las Víctimas del Delito para el Estado de México, del 20 de agosto de 1969.
- La Ley para la Prevención de Conductas Antisociales, “Auxilio” a las Víctimas y Medidas Tutelares para el estado de Tamaulipas, del 12 de enero de 1987.
- Decreto núm. 119 que crea el Fondo para la “compensación a las víctimas” de los delitos del estado de Veracruz, del 18 de Julio de 1991.
- Acuerdo mediante el cual se crea la Unidad desconcentrada de la Secretaria General de Gobierno que se denominará Centro de “Atención” a Víctimas de Delitos del estado de Nuevo León, del 27 de enero de 1993.
- La Ley sobre “Auxilio” a las Víctimas del Delito del estado de Querétaro, del 24 de octubre de 1994.
- Propuesta de la “Ley de Justicia para las Víctimas del Delito en el Distrito Federal”, de abril de 1995, que elaboré y presenté a tribuna siendo diputada en la LVI legislatura federal la cual tardó en consensarse.⁷
- Ley para la “Protección” a Víctimas del Delito del estado de Puebla, 20 de marzo de 1996.
- Ley para la “Protección” a Víctimas del Delito en el estado de Chiapas, 15 de diciembre de 1997.

⁷ Lima Malvido, María de la Luz, *Modelos de atención a víctimas en México*, México, Porrúa, 2004.

- Fondo de “Protección” a las Víctimas de los Delitos y Ayuda a los Indigentes Procesados en el estado de Tlaxcala, del 9 de enero de 1998.
- Ley de “Auxilio” a las Víctimas del Delito del estado de Jalisco, del 31 de diciembre de 1981.
- Ley de “Protección” a las Víctimas del Delito para el estado de Sinaloa, del 16 de noviembre de 1998.
- Ley que crea el Centro de “Atención” para las Víctimas del Delito para el estado de Durango, del 10 de junio de 1998.
- Ley de “Atención” a las Víctimas del Delito del estado libre y soberano de San Luis Potosí, del 11 de abril del 2000.
- Ley de “Atención y Apoyo” a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal, del 22 de abril del 2003.
- Ley de “Atención y Apoyo” a la Víctima y al Ofendido del Delito para el estado de Guerrero, del 13 de octubre de 2004.

Como podemos observar, las leyes siguieron una tendencia similar asistencialista, por lo que las nombraron leyes de asistencia, auxilio, apoyo y protección, más que de justicia. Fue por ello que cuando elaboramos y presentamos la iniciativa de ley del Distrito Federal insistimos en que el nombre de ley debía ser, la Ley de Justicia para las Víctimas del Delito en el Distrito Federal, para acotarla dentro del derecho victimal.

En las discusiones de expertos de las Naciones Unidas, precisamente cuando estábamos trabajando en la elaboración del Manual que serviría para la implementación de la declaración de principios fundamentales de justicia para la víctimas de delitos y del abuso de poder,⁸ insistimos y así lo decidió el grupo que era fundamental que se incluyera en el mismo la palabra justicia, para no caer en acciones de naturaleza asistencial, que aparta a las víctimas del objetivo de dicha declaración de obtener justicia.

El derecho victimal busca que las víctimas obtengan justicia, más allá de que coyunturalmente puedan ser sujetos de asistencia social.⁹

⁸ *Manual de justicia sobre el uso y aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delitos y Abuso del Poder*; Viena, 1996.

⁹ Ley de Asistencia Social, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 2 de septiembre de 2004.

Es importante que el profesionista aclare desde qué disciplina va a trabajar, para que enfoque adecuadamente su trabajo con las víctimas de delitos, ya que de eso depende el estándar que se compromete.

En la última década del siglo XX, principian a proliferar, en todo el mundo, las disposiciones legales que reconocen los derechos a las víctimas, y en este siglo, se ha llegado a una cobertura muy apreciable (México ha realizado ya cuatro reformas constitucionales, mejorando sustancialmente la situación jurídica). Con este material, se puede considerar que hay fuentes suficientes para reconocer que existe un verdadero Derecho Victimal, anclado en normas internacionales (próximamente se tendrá una Convención de derechos de las víctimas), constitucionales (en varios países) y locales, muchas de ellas independientes de los códigos penales, lo que da a este derecho una gran autonomía.¹⁰

La Constitución federal en su artículo 20, reformado el 3 de diciembre de 1993, reconoció por primera vez las garantías de las víctimas del delito, agregando un último párrafo que la letra decía: “En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica; a que se le repare el daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y; demás que señales las leyes”.

Éste es el nacimiento del llamado “derecho victimal mexicano” que da marco a estas nuevas garantías y que más tarde posibilitan su goce y ejercicio, a través de normas secundarias, mecanismos de protección y programas para hacerlas efectivas, que debe emitir cada estado de la República y la Ciudad de México. Si bien esta reforma al principio fue muy escueta e inclusive se criticó como un parche al texto del dicho artículo, fue evolucionando poco a poco y ampliando su contenido.

Resumiendo, los cambios cronológicos relativos a la inclusión de los derechos de las víctimas en la Constitución federal se encuentran en las siguientes reformas:

- En la tercera reforma del artículo 20 se reconocen de los derechos de las víctimas y ofendidos, del 3 de septiembre de 1993.

¹⁰ Rodríguez Manzanera, Luis, “Derecho victimal y victimodogmática”, *Eguzki-lore*, San Sebastián, España, núm. 26, 2012, p. 133.

- En la quinta reforma se agrega el apartado B ya dedicado sólo a las víctimas y ofendidos, del 21 de septiembre del 2000.
- En la sexta reforma el apartado B pasa a ser el C para ampliar los derechos de la víctima o del ofendido, respetándose en general todas las prerrogativas ya otorgadas, estableciendo el proceso penal acusatorio y oral, del 18 de junio de 2008.
- En la séptima reforma se agregan derechos relacionados al resguardo de identidad de ciertas víctimas, del 14 de julio de 2001.
- En la Constitución encontramos otros artículos además del 20 que incluyen normas de derecho victimal, tal es el caso de los artículos 1o., 2o., 17 y 18.
- La reforma al artículo 2o., inciso *a*, fracción II, reconoce y garantiza el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas y en consecuencia el que puedan optar por aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos internos, del 14 de agosto de 2001.
- La reforma al artículo 17, tercer párrafo, incluye la resolución de conflictos en casos de adultos, del 18 de junio de 2008.
- La reforma al artículo 18 adiciona la posibilidad de realizar resolución de conflictos en casos de justicia de menores, del 18 de junio 2008.
- Y la reforma constitucional al artículo 1o. que consideramos la más importante, da un giro de 180 grados estableciendo la primacía del respeto de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, así como en los tratados internacionales de los que México es parte. Incluyendo el principio pro persona establecido el 10 de junio de 2011: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.
- Más tarde, se publicó la Ley General de Víctimas (LGV) cuyo nombre debió ser Ley General de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, el 9 de enero de 2013. Ésta, a pesar de tener muchas inconsistencias que fueron parcialmente corregidas en la reforma que se realizó cuatro meses después de su publicación (3 de mayo de 2013), posee como novedad la inclusión de los principios del derecho victimal mexicano.

III. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO VICTIMAL

1. Definición

Los principios son formas de comprender y hacer funcionar el derecho para que sea justo. El filósofo, profesor y jurista Giorgio de Vecchio, representante del neokantismo italiano,¹¹ sostuvo que “los principios generales del derecho emanan de la razón jurídica natural y representan al mismo tiempo las directrices fundamentales del sistema positivo”.

Como en otras disciplinas jurídicas el derecho victimal tiene como fuentes: los principios generales del derecho a los cuales se recurre para la creación del derecho, la ley, las costumbres, la doctrina jurídica y la jurisprudencia.

Ese conjunto de principios, que son la guía de aspiraciones e indicadores que dan la orientación central al sistema, los incluye y define la Ley General de Víctimas en su capítulo II, artículo 5o.

Como afirma Norberto Bobbio,¹² los principios generales del derecho pueden ser agrupados de acuerdo con la materia a que pertenecen, y así, tenemos principios generales de derecho civil, mercantil, penal, administrativo, etcétera, que agregaremos nosotros del derecho victimal.

El derecho victimal necesita la reflexión del especialista para su interpretación, integración y limitación.

La naturaleza jurídica de los principios generales del derecho, les permite a éstos, ser considerados como principios fundamentales para la construcción de cualquier sistema jurídico (en este caso del derecho victimal). Además, cabe resaltar que los principios generales del derecho reúnen las características de ser generales, impersonales y abstractos.¹³

¹¹ Vecchio, Giorgio del, *Los principios generales del derecho*, 3a. ed., trad. de Juan Osorio Morales, prólogo de Felipe Clemente de Diego, Bosch-Barcelona, 1971, pp. 79 y 80.

¹² Bobbio, Norberto, *Principios Generali di Diritto*, citado por García Máynez, Eduardo en *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2002, p. 319.

¹³ Sánchez Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho y su importancia en la cultura de la legalidad*, 2008, p. 41, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/Eventos/Congreso07/Textos/5.pdf>, (fecha de consulta: 28 de marzo de 2016).

En materia victimológica, consideramos que el principal autor que a la fecha aporta más en el tema, es el profesor español Antonio Beristain, quien menciona, en repetidas ocasiones, el principio del *in dubio pro victima*, que se enfrenta, en caso de existir duda, al *in dubio pro reo*.¹⁴

Por otro lado, el profesor Alessandro Baratta, habla del principio de la primacía de la víctima, en que se respete su prerrogativa, se establezcan límites de la intervención penal, se dé prioridad a medidas restitutivas (en lugar de represivas); en una palabra, se le considere la parte principal del conflicto.¹⁵

Consideramos que los principios fundamentales de la justicia victimal son¹⁶

— <i>In dubio pro victima</i> .	— Subsidiariedad.
— Pro persona.	— Reciprocidad.
— Igualdad y no discriminación.	— Flexibilidad.
— Dignidad.	— Colaboración.
— Buena fe.	— Consenso.
— Enfoque diferencial.	— Territorialidad.
— Progresividad no regresividad.	— Solidaridad.
— Inmediatez.	— Confidencialidad.
— Jerarquía.	— Interés superior del niño.
— Transversalidad.	— Sustentabilidad.

FUENTE: Elaboración propia.

2. Las funciones de los principios

Las funciones de los principios, según considera Norberto Bobbio,¹⁷ son las siguientes:

¹⁴ Beristain, Antonio, *Víctimas del terrorismo. Nueva justicia, sanción y ética*, España, Tirant lo Blanch, 2007.

¹⁵ Baratta, Alessandro, “Requisitos mínimos del respeto a los derechos humanos”, *Capítulo Criminológico*, Venezuela, núm. 1, 1985, citado por Rodríguez Manzanera, Luis en *Derecho victimal y victimodogmática*, cit., pp. 131-141.

¹⁶ Lima Malvido, María de la Luz, “Derecho victimal y su construcción científica”, *Victimología*, Argentina, núm. 10, 2011.

¹⁷ Bobbio, Norberto, *Principios Generali di Diritto*, cit., p. 320.

- Dar la dirección, porque guían a los órganos públicos en la elaboración de leyes, reglamentos y protocolos.
- Permitir interpretar las normas,¹⁸ porque constituyen una base firme en la realización de dicha tarea. Ya que todo precepto jurídico encierra un sentido, pero éste no siempre se halla manifiesto con claridad.¹⁹
- Realizar la integración,²⁰ porque permite suplir la insuficiencia de las normas escritas.
- Establecer límites, porque nos ayuda a respetar el campo de acción para no rebasar y crear contradicciones internas.²¹

3. Clases de principios

Los principios del derecho victimal los dividiremos en dos:

- a) Generales, los que emanan de la Ley General de Víctimas (LGV) (principio pro persona, buena fe, enfoque diferencias, igualdad/no discriminación).
- b) Especiales, los que emanan de leyes victimales especiales tomando en cuenta las características específicas de esa clase de víctima (por ejemplo, principios rectores para las víctimas desplazadas internas,²² los principios y directrices básicos so-

¹⁸ Interpretación. “Indagación del verdadero sentido y alcance de norma jurídica, en relación con el caso que por ella ha de ser reglado” (Castan Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, España, Reus, 1980). Se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial obtiene la norma individual que le incumbe establecer (Muñoz C., Francisco y García A. Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 6a. ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2004, p. 121).

¹⁹ García Máñez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 129.

²⁰ Integración. “Creación y constitución de un derecho, o la tipificación de un delito no establecido en la ley recurriendo a otras normas, a la Analogía, a los Principios Generales del Derecho y a la Doctrina, para aplicarlos al caso particular. Se la usa para llenar vacíos legales (lagunas jurídicas). No se permite en Derecho Penal ni en Derecho Procesal Penal, pero sí en Derechos Victimal”.

²¹ Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit.*, p. 41.

²² Deng, Francis M., *Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la comisión derechos humanos, éxodos en masa y personas desplazadas. Informe del Representante del Secretario General*, Comisión de Dere-

bre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, a interponer recursos y obtener reparaciones,²³ principios rectores para menores víctima de delitos y testigos).²⁴

En la declaración mencionada de la ONU encontramos algunos principios que forman parte sustancial del derecho victimal, que deben guiar la interpretación y aplicación de normas jurídicas de esta naturaleza, y otros están contenidos en la LGV. Sólo mencionaremos en este artículo algunos.

A. Principio pro persona

Este es un principio eje porque permite dar un giro en el enfoque en el que, en cada determinación se ubica a la víctima en el centro.

Se ordena en la LGV que todas las normas, instituciones o actos que se desprenda de la misma deben ser interpretados de conformidad con los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, aplicando siempre la norma más benéfica para la persona.

Néstor Pedro Sagüés determina, que este principio pro persona tiene una doble vertiente o dimensiones. La dimensión del principio como preferencia interpretativa, según la cual, al determinar el contenido de los derechos se deberá utilizar la interpretación más expansiva que los optimice; así cuando realicemos una limitación a un derecho se debe optar por la interpretación que más restrinja su alcance. Se resalta, por otro lado, la dimensión del principio como preferencia normativa, en virtud de la cual “ante un caso a debatir, el juez... tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jerárquico”.²⁵

chos Humanos de la ONU, E/CN.4/1998/53/Add.2, 54o. Periodo de Sesiones, 11 de febrero de 1998.

²³ Asamblea General de la ONU Resolución aprobada 60/147, el 16 de diciembre de 2005.

²⁴ Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos Resolución 200/20, E/2005/INF/2/add.1.

²⁵ Sagüés, Néstor Pedro, “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en Palomino, José y Remotti, José Carlos

Esto es en virtud del principio pro persona, se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la los derechos o su suspensión extraordinaria... En virtud de este principio, siempre se debe elegir la norma jurídica internacional o de orden interno que sea más favorable a los intereses de la persona, y que ampare más ampliamente los derechos humanos.²⁶

B. Principio de igualdad y no discriminación

Un principio fundamental que la declaración de la ONU establece de manera explícita en el párrafo tercero de la misma donde indica que:

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

Mediante éste, se limita el trato diferenciado no racional o desproporcionado a cierta clase de víctimas. Estas características varían en los distintos ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, tratándose de indocumentados, o personas con antecedentes penales algunas legislaciones europeas limitan las prestaciones que otorgan a ciertas víctimas resultando discriminatorias.²⁷

C. Principio de dignidad y trato compasivo

Este principio se encuentra contenido en la declaración y se refiere a que la víctima debe ser tratada con compasión y respeto a su dignidad.

(coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, p. 39.

²⁶ Mayén, Gustavo, *Concepto y principios básicos de los derechos humanos*, 2012, disponible en: <http://dipronaturaleza.blogspot.mx/2012/08/concpeto-y-principios-basicos-de-los.html> (fecha de consulta: 29 de marzo de 2016).

²⁷ Este principio está contenido en el artículo 5o. de la Ley General de Víctimas.

La dignidad es un principio que tiene validez universal, destacado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que invoca en su Preámbulo la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana, estableciendo en el artículo 1o.: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales, ya que tienen su fuente y fundamento en ella como lo afirma Ferrajoli.²⁸

Este principio fue integrado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011, que estableció las bases para un “replanteamiento de la forma de entender el sistema jurídico mexicano a partir de la reconcepción y reposicionamiento de los derechos humanos”.²⁹

El principio de dignidad humana es concebido en la LGV como un valor, principio y derecho fundamental base y condición de todos los demás. Este principio implica la comprensión de la persona como titular y sujeto de derechos y a no ser objeto de violencia o arbitrariedades por parte del Estado o de los particulares.³⁰

D. Principio de buena fe

Otro principio es el de buena fe, por el cual las autoridades deben presumir la buena fe de las víctimas y no deberán criminalizarla o responsabilizarla por su situación de víctima, brindándole los servicios de ayuda, atención y asistencia desde el momento en que lo requiera, respetando y promoviendo el goce y el ejercicio efectivo de sus derechos.

²⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37 citado por Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, 2004, Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM.

²⁹ Medellín Urquiaga, Ximena, “Principio pro persona”, en *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013, p. 6

³⁰ Incluido en el artículo 5o. de la Ley General de Víctimas.

E. Enfoque diferencial

El principio del llamado enfoque diferencial y especializado, que reconoce que cada víctima o grupo de víctimas tiene distintas necesidades derivadas de sus características particulares o del grado de vulnerabilidad que tiene en razón de su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad y otros. Además de que cada una de las víctimas recibió diversas formas de victimización por lo que el impacto fue distinto y, derivado de ello, requerirá distintas estrategias de intervención.

Este principio debe tenerse en cuenta desde el diseño de servicios y protocolos, ya que deben realizar las adecuaciones estructurales necesarias para recibir a las diferentes clases de víctimas que establezcan los requisitos de accesibilidad. Por lo que el principio debe ser guía en el diseño de la política pública.

F. Progresividad y no regresividad

Este principio inculca que las autoridades que aplican el derecho victimal tienen la obligación de realizar todas las acciones necesarias para garantizar los derechos reconocidos en la ley y no podrán retroceder o supeditar los derechos, estándares o niveles de cumplimiento alcanzados.

Además, los derechos humanos tienen contenidos variables según la coyuntura histórica, y esto implica su permanente ampliación y mayor reconocimiento. A medida que la cultura evoluciona, tanto el concepto de “derechos humanos” como el contenido de los mismos también evolucionan para dar mayor protección al respeto de la dignidad humana.³¹

Este principio es de gran importancia pues en nuestro país hay siempre la tentación de desaparecer la labor que haya hecho la autoridad anterior, y así muchas mejores prácticas han desaparecido³² (por ejemplo, la Procuraduría Social de Atención a Víctimas).

³¹ Mayén, Gustavo, *op. cit.*

³² Un ejemplo es la desaparición de la Procuraduría Social de Atención a Víctimas, a pesar del acuerdo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de enero de 2014, en el que señala la transformación de éste, pero la realidad es que crean un nuevo organismo con otra visión y misión. Lima Malvido, María de la Luz, *Política pública en atención a víctimas, cit.*, 2015.

Tratados internacionales y leyes victimales incluyen más principios que deben ser cuidadosamente analizados para lograr la justicia que anhelan esa clase de víctimas.

IV. EL DERECHO VICTIMAL: PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL

Debido a esta diversidad de victimizaciones, es necesario estructurar el derecho victimal en parte general y en un derecho victimal parte especial.

Definimos al derecho victimal parte especial como el conjunto de estándares, normas jurídicas, lineamientos, procedimientos y protocolos especializados que permiten brindar una atención con calidad y enfoque diferencial a cada clase de víctima, grupo o comunidad. Este derecho se hace efectivo a través del modelo de atención correspondiente.

El artículo 73 constitucional establece que el Congreso de la Unión tiene facultad para expedir leyes de secuestro, desaparición forzada, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, emigración e inmigración. Todas estas víctimas que se mencionen en las respectivas leyes tienen o tendrán prerrogativas y pretensiones diversas, que son parte de ese derecho victimal parte especial.

Hay ahora diversas leyes y una norma oficial técnica (conocidas como NOM) que establecen derechos y mecanismos de protección para las víctimas que conforman el derecho victimal parte especial.

- Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, *Diario Oficial de la Federación*, del 27 de diciembre de 1991.
- Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, *Diario Oficial de la Federación*, del 11 de junio de 2003 (fondo).
- Ley de Migración, *Diario Oficial de la Federación*, del 25 de mayo de 2011 (reglamento y circulares).
- Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas, *Diario Oficial de la Federación*, del 25 de junio de 2012 (fondo).
- Ley General de Acceso a la Mujeres a una Vida Libre de Violencia, *Diario Oficial de la Federación*, del 10 de febrero de 2007.

- Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, *Diario Oficial de la Federación*, del 30 de noviembre de 2010.
- Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, *Diario Oficial de la Federación*, del 14 de junio de 2012.
- Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005 sobre Violencia familiar, sexual y contra las mujeres.
- Criterios para la prevención y atención (modificación a la Norma Oficial Mexicana) NOM-190-SSA1-1999 sobre Prestación de servicios de salud.
- Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia, *Diario Oficial de la Federación*, del 24 de enero de 2012.
- Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, *Diario Oficial de la Federación*, del 4 de diciembre de 2014.
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en materia Penal, *Diario Oficial de la Federación*, del 29 de diciembre de 2014.

Además, contamos con un sinnúmero de leyes estatales que replican los lineamientos victimales de las leyes generales o federales. Y poco a poco se han ido armonizando las mismas. Éstas contienen conceptos jurídicos nuevos que no son uniformes, ya que el legislador realizó su tarea antes de que los científicos acotáramos los alcances de los conceptos victimológicos.

Así algunos son los siguientes:

<ul style="list-style-type: none"> — Víctima potencial. — Acciones afirmativas. — Casas de acogida. — Acompañamiento. — Acuerdos reparatorios. — Casa de medio camino. — Asistencia victimológica. — Victimización. 	<ul style="list-style-type: none"> — Protocolo de atención. — Acompañamiento. — Flujograma de servicio. — Riesgo victimal. — Indicador conductual. — Alarma de género. — Casa de justicia. — Refugio.
---	---

<ul style="list-style-type: none"> — Directa e indirecta. — Prevención victimal. — Victimizable o victimable. — Victimante. — Factor victimógeno. — Transversalización. 	<ul style="list-style-type: none"> — Indicador de abuso. — Proceso terapéutico. — Perspectiva de género. — Empoderamiento. — Hoja de ruta. — Reparación simbólica. — Resiliencia. — Riesgo victimal.
---	--

V. DERECHOS DE PARTICIPAR

¿La participación de las víctimas es un principio o es un derecho? Es un hecho que las víctimas han buscado canales de participación, pero al no tenerlos institucionalizados se organizan enseñándonos en el trascurso del tiempo como han sido capaces de desplegar manifestaciones y movimientos sociales muy significativos, muchos de los cuales han logrado impulsar parte del contenido del derecho victimal.

Por ello, debe realizarse un análisis riguroso de la línea del tiempo para sistematizar como ha influido la participación de este “nuevo actor” (sociedad civil) en nuestros países y en otras latitudes en la construcción de éste discurso científico, analizando los casos paradigmáticos que han cambiado la realidad (por ejemplo, el *caso González y Otras [campo algodoner] vs. México*).³³

Una de las novedades de la Ley General de Víctimas (LGV) es que reivindica la idea de que la victimología no sólo es una ciencia, sino que es un movimiento social. Como esta ley lo demuestra desde los antecedentes, la redacción, la presentación y el cabildeo hecho por los grupos de la sociedad civil y las víctimas.

En su articulado podemos mencionar de manera clara, la apertura que se hace para que las víctimas y a las organizaciones de la sociedad civil participen de manera activa.

³³ *Caso González y Otras (campo algodoner) vs. México*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 16 de noviembre de 2009, disponible en: http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoGonzalezOtrasVsMexico_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm (fecha de consulta: 26 de marzo de 2016).

La LGV establece que las víctimas y organizaciones tendrán los siguientes derechos, entre otros:

- A participar en la formulación, implementación y seguimiento de la política pública de prevención, ayuda, atención, asistencia y reparación integral (artículo 7o., fracción XX).
- A participar activamente en la búsqueda de la verdad de los hechos y en los mecanismos de acceso a la justicia que estén a su disposición, conforme a los procedimientos establecidos en la ley de la materia (artículo 7o., fracción XXVII).
- A participar en espacios colectivos donde se proporcione apoyo individual o colectivo que le permita relacionarse con otras víctimas (artículo 7o., fracción XXXIII).
- En los casos que impliquen graves violaciones a los derechos humanos, a solicitar la intervención de expertos independientes, a fin de que colaboren con las autoridades competentes en la investigación de los hechos y la realización de peritajes. Las organizaciones de la sociedad civil o grupos de víctimas podrán solicitar que grupos de esos expertos revisen, informen y emitan recomendaciones para lograr el acceso a la justicia y a la verdad para las víctimas (artículo 12, fracción XIII).
- Las víctimas tienen derecho a intervenir en el proceso penal y deberán ser reconocidas como sujetos procesales en el mismo, en los términos de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, pero si no se apersonaran en el mismo, serán representadas por un asesor jurídico o en su caso por el ministerio público, y serán notificadas personalmente de todos los actos y resoluciones que pongan fin al proceso, de los recursos interpuestos ya sean ordinarios o extraordinarios, así como de las modificaciones en las medidas cautelares que se hayan adoptado por la existencia de un riesgo para su seguridad, vida o integridad física o modificaciones a la sentencia (artículo 14).
- Las víctimas tendrán derecho a optar por la solución de conflictos conforme a las reglas de la justicia alternativa, a través de instituciones como la conciliación y la mediación, a fin de facilitar la reparación del daño y la reconciliación de las partes y las medidas de no repetición (artículo 17).

- Los familiares de las víctimas tienen el derecho a estar presentes en las exhumaciones, por sí y/o a través de sus asesores jurídicos; a ser informadas sobre los protocolos y procedimientos que serán aplicados; y a designar peritos independientes, acreditados ante organismo nacional o internacional de protección a los derechos humanos, que contribuyan al mejor desarrollo de las mismas (artículo 21, párrafo cuarto).
- Las organizaciones de la sociedad civil, tales como asociaciones profesionales, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas, podrán proporcionar a la autoridad competente, los resultados que arrojen sus investigaciones de violaciones a los derechos humanos, con el fin de contribuir con la búsqueda y conocimiento de la verdad. Las autoridades deberán dar las garantías necesarias para que esta actividad se pueda realizar de forma libre e independiente (artículo 23).

VI. REFORMAS CONSTITUCIONALES PROPUESTAS

Por lo que hace a la participación de las víctimas deberíamos dar un paso más adelante, como lo hace la LGV, estableciendo el derecho de participación de las víctimas de delitos, en el apartado C del artículo 20 constitucional. Por un lado proponemos el siguiente texto:

C. De los derechos de la víctima o del ofendido

...

V. A participar en la formulación, implementación y seguimiento de la política pública de prevención, ayuda, atención, asistencia y reparación integral. Las leyes establecerán los mecanismos para hacer éste derecho efectivo.

...

Por otro lado, a pesar de que se ha sostenido la constitucionalidad de la LGV, queremos también proponer el contenido de una reforma que consideramos necesaria a nivel constitucional.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

...

Fracción (nueva) Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los estados, la Ciudad de México y los municipios,

coordinarán sus acciones en materia de *justicia para las víctimas de delitos del abuso del poder*, así como de la participación en estas tareas de los sectores público y privado; velando en todo momento por el interés superior de las víctimas; cumpliendo con los estándares contenidos en leyes generales y tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte.

VII. CONCLUSIONES

Necesitamos, por tanto:

- Hacer una nueva apropiación de la forma en que concebimos a las víctimas y nuestra relación con ellas, basándonos en la ética del otro (Lévinas).³⁴
- Trabajar en la sistematización de leyes victimológicas especiales para construir conceptos que den contenido epistemológico uniforme al derecho victimal para lograr una armonización legislativa.
- Trabajar con las víctimas y las organizaciones que las representan para impulsar canales institucionales de participación que sigan enriqueciendo leyes de derecho victimal (por ejemplo, observatorios ciudadanos).
- Realizar un riguroso análisis de la línea del tiempo para sistematizar el cómo ha influido la participación de este “nuevo actor” (sociedad civil) en nuestros países y en otras latitudes en la construcción de éste discurso científico, analizando los casos paradigmáticos que han cambiado la realidad.
- Y finalmente, poner a consideración las dos reformas constitucionales que propongo.

³⁴ Varas, Ibar, “Lévinas: el otro como víctima”, *Revista de Filosofía y Sociología Política*, año 2, núm. 4, 2006.

Reformas constitucionales sobre derechos de las víctimas			
3o. reforma 3 de septiembre de 1993	5o. reforma 21 de septiembre de 2000	6o. reforma 18 de junio de 2008	7o. reforma 14 de julio de 2011
En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: X... <i>En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asistencia jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando lo requiera y, los demás que establezcan las leyes.</i>	En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrá las siguientes garantías: B. De la víctima o del ofendido I. Recibir asesoría jurídica, <i>se informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y cuando lo solicite, se le informe del desarrollo del procedimiento penal.</i> II. Coadyuvar con el ministerio público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba como el que cuente, tanto en la averiguación previa como el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes. Cuando el ministerio público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa. III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia. IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el ministerio público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el jugador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. <i>En la figura procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.</i> V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a comparecer con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley. VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.	<i>El proceso orden penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, e inmediación.</i> A. De los principios generales: C. De los derechos de la víctima o del ofendido: I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal. II. Coadyuvar con el ministerio público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahogue las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer las recursos en los términos que prevea la ley. Cuando el ministerio público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa. III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia. IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el ministerio público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño. <i>V. Al respecto de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.</i> <i>El ministerio público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos intervinientes en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación.</i> VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución en sus derechos. VII. Interponer ante autoridad judicial las omisiones del ministerio público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no gresca, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.	En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: ... V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delitos organizados; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

Fuente: Lima Malvido María de la Luz.

Otras reformas constitucionales relacionadas con los derechos de las víctimas			
Artículo 1o. constitucional 3o. reforma 10 de junio de 2011	Artículo 2o. constitucional 1o. reforma 14 de agosto de 2001	Artículo 17 constitucional 2o. reforma 18 de junio de 2008 párrafo tercero	Artículo 18 constitucional 5o. reforma 18 de junio de 2008 párrafo sexto
<p>En los Estados Unidos Mexicanos todas las <i>personas gozará de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales</i> de los que el Estado mexicano sea parte, <i>así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.</i></p> <p>Las normativas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.</p> <p>Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la <i>obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos</i> de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, <i>investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos</i>, en los términos que establezca la ley.</p> <p><i>Queda prohibida toda discriminación</i> motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que <i>atente contra la dignidad humana</i> y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.</p>	<p>A. Esta Constitución reconoce y garantizar los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:</p> <p>II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de la Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.</p>	<p>Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma...</p> <p><i>Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversia. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requiera supervisión judicial.</i></p>	<p>Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a previsión prisión preventiva...</p> <p>Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y en interés superior del adolescente.</p> <p><i>Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente.</i></p> <p>...</p>

Fuente: Lima Malvido María de la Luz.

MESA X

La Academia Mexicana de Ciencias Penales y la criminología en México

*Luis Rodríguez Manzanera**

I. INTRODUCCIÓN

ESTAMOS CELEBRANDO, muy dignamente, el 75 aniversario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, así como el 75 aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Pero además, en este 2015, estamos conmemorando el 40 aniversario de la constitución de la Sociedad Mexicana de Criminología, así como 40 años de la institución de la Academia Mexicana de Criminológica, y los 15 años de la Sociedad Mexicana de Victimología.

Coincidentemente, festejamos también los 40 años de la fundación del ILANUD, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente.

En lo internacional, se recuerdan los 60 años de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (ahora Reglas de Mandela) y los 30 años de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia, relativos a las víctimas de delitos y a las víctimas del abuso de poder, ambas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

El próximo año, 2016, estaremos de fiesta por los 40 años de la creación del Inacipe, Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Entre las actividades conmemorativas de todos estos aniversarios, las XVI Jornadas sobre Justicia Penal que organiza la Academia Mexicana de Ciencias Penales, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se dedicó a revisar el desarrollo jurídico y de las ciencias penales en estos 75 años.

* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, profesor titular de la asignatura Criminología en la UNAM, investigador emérito en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe).

Nos corresponde hacer referencia a la ciencia criminológica y los aportes que la academia y los académicos han brindado para desarrollar lo que puede considerarse como la escuela mexicana de criminología. Hacemos una rápida revisión de los orígenes, mencionando a los autores que han tenido una intervención significativa en el desenvolvimiento de la criminología, poniendo énfasis en la academia y sus miembros. A continuación relatamos diversos aspectos de la revista *Criminalia*, eje central de la difusión y desarrollo, entre otras materias, de la Criminología. Finalmente, exponemos los orígenes de la academia y señalamos las aportaciones de los académicos en materia criminológica.

La criminología en México

No es la intención de este breve escrito hacer una historia de la criminología en México, la empresa rebasaría en mucho los objetivos del trabajo. Sin embargo, se considera necesario al menos mencionar aquellos criminólogos mexicanos y extranjeros que han tenido una influencia eminente en la formación de la criminología mexicana. En primer lugar, los mencionados son importantes por su obra escrita, tanto por manuales o tratados de criminología como por ensayos, artículos o investigaciones. Es verdad que hay muy importante bibliografía extranjera, pero su impacto en México no ha sido trascendental por no estar traducida o por la dificultad para conseguirla. En segundo término, los apreciamos por su labor magisterial y su actuación en la cátedra, tanto para aquellos que ha impartido clase en México como los que han recibido alumnos mexicanos en el extranjero. La formación de criminólogos es fundamental, todo profesionista de valía reconocerá quienes fueron sus maestros; el punto será de gran utilidad cuando se elaboren los árboles genealógicos de la criminología mexicana. El tercer considerando es la actuación en la práctica; materialmente todos los mencionados han estado en el quehacer criminológico, dirigiendo instituciones, realizado peritajes, diseñado programas, resolviendo casos concretos. Hay una gran cantidad de juristas, penalistas, criminalistas, médicos, y otros especialistas de primera línea, que han tenido relación con las ciencias penales, pero en esta ocasión se mencionan sólo aquellos que han escrito, enseñado y actuado en el área crimi-

nológica (independientemente de que hayan brillado en otras áreas de conocimiento).

En cuanto al extranjero, en principio reconocemos la influencia italiana, con los ya remotos positivistas, los tres evangelistas de la criminología: César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo (que orientan a Baca, Vergara, Almaraz, el Código Penal de 1929, etcétera). Los grandes maestros del siglo XX, Alfredo Nicéforo, Franco Ferracuti y Benigno Di Tullio (profesores de Franco Guzmán, Rodríguez Manzanera, Malo Camacho, Barreto Rangel), y más adelante Alessandro Baratta y Massimo Pavarini, con la corriente crítica (Tenorio, González Vidaurri, de la Barreda).

Mención especial merecen los españoles, por una parte los del exilio español, que viven y mueren en México, como Constancio Bernaldo de Quirós, Mariano Ruiz Funes y Mariano Jiménez Huerta (reconocidos por todos los mexicanos, principalmente por Alfonso Quiroz Cuarón y Héctor Solís Quiroga). Por otra parte, los maestros Marino Barbero, Antonio Beristain, Luis Arroyo Zapatero, José Luis de la Cuesta, que han impartido clase y conferencias en México, y actualmente Antonio García-Pablos, Vicente Garrido, Santiago Redondo, entre otros.

En cuanto a los argentinos, además de los que han vivido en México, como Raúl Zaffaroni, Hilda Marchiori y Marcó del Pont, han sido muy importantes Elías Neuman y Pedro David. De Venezuela debemos mencionar a Rosa del Olmo y Lolita Aniyar, y sus esfuerzos por crear una criminología latinoamericana. Otros autores que han tenido ascendiente en México, principalmente por la traducción y publicación de sus obras, son los alemanes Hans von Hentig, Claus Roxin y Hans Göppinger, los franceses Vacile Stanciu, Jean Pinatel y Georges Piccá, y los canadienses José María Rico, Denis Szabó e Irvin Waller.

En México tenemos una larga e importante trayectoria en materia criminológica, que principia en el siglo XIX con las publicaciones y el trabajo de campo de Julio Guerrero, Manuel Vergara, Francisco Martínez Baca y Miguel S. Macedo, que ahora rinde remarcables éxitos académicos.

Ante la imposibilidad de hacer una relatoría, pues ya se expresó que no es la intención hacer una historia de la criminología en México, ni detenernos en la vida y obra de los grandes maestros, se presenta un cuadro con los nombres de los autores extranjeros y otro de

los criminólogos mexicanos de mayor prestigio y trascendencia en la criminología mexicana.¹

Hemos resaltado a los grandes maestros de la Criminología que han pertenecido a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, agregando una “n” si son miembros de número, una “s” si son supernumerarios, y una “c” para los correspondientes.

En el primer cuadro se hace una división por nacionalidades, y el segundo está dedicado a los mexicanos.

En el cuadro de criminólogos mexicanos se agrupan los autores que nacieron en los finales del siglo XIX, para mencionar luego a la asombrosa generación que nació en la primera década del siglo XX y que en mucho dominó el panorama (junto a la generación anterior) en la primera mitad y parte de la segunda del siglo XX, remarcable aquí la figura señera del maestro Alfonso Quiroz Cuarón.

A continuación se señalan los autores nacidos en la primera mitad del siglo XX, para mencionar luego a aquéllos que, nacidos ya en la segunda mitad, han logrado posicionarse en el ambiente criminológico.

Hasta aquí el recuerdo de aquéllos que han gestado, desarrollado y dado brillo a la criminología mexicana; es claro que en el siglo XXI llega una nueva generación, con grandes promesas y varias realidades, autores que asombran por su madurez, a pesar de su juventud, y que reconocen y siguen los pasos de sus maestros.

Hay una producción muy abundante de obras, artículos e investigaciones, el interés por la materia crece y hay un aumento de instituciones dedicadas a la enseñanza de la criminología, de círculos de estudio, de asociaciones y academias, que son mencionadas en el cuadro.

No es posible terminar este apartado sin referirnos a las grandes asociaciones científicas, sin las cuales sería imposible comprender el desarrollo de la Criminología en México y su enseñanza. En primer lugar encontramos la Academia Mexicana de Ciencias Penales (AMCP), la decana de las asociaciones (1940), a continuación la Sociedad Mexicana de Criminología (SOMECRIM, 1975), sigue la Academia Mexicana de Criminalística (1975); completan el cuadro la Sociedad Mexicana de Victimología (SMV, 2000) y la Asociación Nacional de Funcionarios y Exfuncionarios para atención de Menores Infractores (ANFEAMI, 2001).

¹ Los cuadros han sido elaborados por el autor, quien acepta y pide perdón por los errores u omisiones en que pudo haber incurrido.

La actividad de estas organizaciones ha dejado una profunda huella, tanto en sus publicaciones (por ejemplo, la revista *Criminalia*, de la AMCP, con más de 80 años de publicación ininterrumpida) como en la realización de congresos (16 de la SOMECRIM, 17 de ANFEA-MI), o bien en la organización de cursos, conferencias, foros, y todo tipo de reuniones científicas.

Es indudable que a nivel internacional el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), situado en Costa Rica, ha tenido influencia en México por sus publicaciones y múltiples actividades.

A nivel nacional el punto de referencia es el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), que en un principio fue diseñado como Instituto Nacional de Criminología, y que ha sido el centro de desarrollo de investigación, cursos, posgrados y abundantes publicaciones criminológicas, así como la revista *Mexicana de Ciencias Penales* (ahora *Iter Criminis*).

Finalmente, mencionaremos al Consejo Nacional de Instituciones de Enseñanza Criminológica (CIECRIM), fundado en 2010, que reúne a 30 Universidades e Institutos que ofrecen grados y postgrados en Criminología.

II. REVISTA *CRIMINALIA*

En la historia de la criminología y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, ocupa un lugar fundamental la revista *Criminalia*, que nace en 1933 por iniciativa de cuatro penalistas mexicanos, Raúl Carrancá y Trujillo, Luis Garrido, José Angel Ceniceros y Francisco González de la Vega, formándose a continuación un Comité de Redactores-Propietarios.

Publicada en un principio en forma por demás modesta (un periódico mensual en forma de tabloide), se distribuía gratuitamente entre los miembros del foro, los funcionarios y las universidades. La intención original era explicar el nuevo Código Penal de 1931 y discutir sus alcances, ya que los principales colaboradores de la revista habían participado en su redacción.

Rápidamente, *Criminalia* se fue convirtiendo en el medio de difusión de las modernas teorías penales y criminológicas, cambió su formato al de revista y abrió sus páginas a escritores nacionales y extranjeros.

Hoy por hoy, *Criminalia* es la revista especializada en ciencias penales más antigua en el mundo; sus más de ochenta años de publicación, materialmente ininterrumpida, denotan su éxito y su perseverancia. En ella han escrito los criminólogos más importantes tanto nacionales como extranjeros, en ella puede encontrarse tratado casi cualquier tema referente al crimen, a la criminalidad o al criminal; cuando deseamos investigar sobre algún problema criminológico, o un alumno nos pide orientación, lo primero es consultar *Criminalia*, nos podemos llevar verdaderas sorpresas.²

Han sido directores de *Criminalia*: Raúl Carrancá y Trujillo y J. Ángel Cenicerros (1933-1936), José Ángel Cenicerros (1936-1971), Luis Garrido (1972-1973), Raúl Carrancá y Rivas (1976-1981), Luis Rodríguez Manzanera (1982-1991), Olga Islas (1992-1993), Fernando García Cordero (1994-a la fecha).

Es de justicia mencionar que, en mucho, el alma de *Criminalia* lo fue el académico Javier Piña y Palacios: colaboró con ella desde el inicio de su publicación hasta su muerte acaecida en 1983; en temporadas aparece como “secretario”, se ocupó de ella en las ausencias de los directores y a la vez recolectaba artículos, corregía pruebas, hacía el editorial, veía la imprenta, etcétera (y en una larga época, *Criminalia* fue mensual).

La Academia Mexicana de Ciencias Penales

La revista *Criminalia* dio origen a la Academia Mexicana de Ciencias Penales (AMCP), ya que el grupo que integraba la redacción decidió formar un organismo que sirviera de base, de lugar de reunión y discusión, de sede de conferencias y mesas redondas. Así, nace la AMCP en diciembre de 1940, corporación de número, con 30 sítiales, cuyos miembros fundadores fueron: Francisco Argüelles, Raúl Carrancá y Trujillo, José Ángel Cenicerros, Carlos Franco Sodi, Luis Garrido, José Gómez Robleda, Francisco González de la Vega, José Ortiz Tirado, Emilio Pardo Aspe, Javier Piña y Palacios, Alfonso Teja Zabre y José Torres Torija.

² En este punto puede ser útil la bibliografía de ciencias penales que formamos con el apoyo de Rafael Santa Ana, con los trabajos publicados en los primeros 50 años de *Criminalia*, México, Porrúa, 1988.

Ahora, procedemos a hacer una brevísima referencia a los académicos que han tenido una influencia importante en el desarrollo de la criminología en México, y que hemos resaltado en el cuadro correspondiente.

Es claro que no todos los criminólogos destacados han llegado a pertenecer a la academia, pero sí encontramos una mayoría muy representativa. Lo que es muy remarcable es que materialmente todos los mencionados, activos en el siglo XX, académicos o no, nacionales y extranjeros, han publicado en *Criminalia*.

Muy especial importancia la tienen los Académicos españoles, los que vinieron a México y aquí murieron, como Mariano Ruiz Funes, Constancio Bernaldo de Quirós y Mariano Jiménez Huerta; a los dos primeros se debe en gran parte los primeros desarrollos de la Criminología en México, fueron los maestros de Quirós y Funes, quienes impartieron las primeras clases de Criminología en la UNAM, tanto en licenciatura como en doctorado, sus libros (*Criminología*, México, Cajica, 1948, de Bernaldo de Quirós; y *Estudios criminológicos*, Cuba, 1952, de Ruiz Funes) son de nuestros primeros textos; Jiménez Huerta, en sus múltiples artículos y en los tomos de su *Derecho penal mexicano* (Porrúa), desarrolla temas criminológicos.

Entre los académicos españoles, que no radicaron en México, sobresalen Luis Jiménez de Asúa, quien dio importancia suprema a la criminología (que en el futuro se “comiera” al derecho penal), López Rey, con su *Criminología* (España, 1973), y Antonio Beristain, su enorme obra, sus clases y conferencias en México.

En cuanto a los criminólogos mexicanos que influyen en el desarrollo inicial de la criminología, cuya obra es anterior al nacimiento de la Academia, es indispensable mencionar a Julio Guerrero (*Génesis del crimen en México*, 1901), Francisco Martínez Baca y Manuel Vergara (*Estudios de antropología criminal*, 1899), Miguel S. Macedo (*La criminalidad en México, medios para combatirla*, 1897), Carlos Roumagnac (*Los criminales en México: ensayo de psicología criminal*, 1904), José Almaraz (*El delincuente*, s.f.).

Pero, sin ningún demérito para aquellos precursores, es la asombrosa generación que nace en el ocaso del siglo XIX y en los albores del XX, a la que se debe el arranque de las ciencias penales en general y de la criminología en particular, en una forma ya sistemática.

Su influencia fue enorme en todos sentidos, no solamente en la elaboración y difusión del Código de 1931 (aún vigente), y en la publica-

ción de *Criminalia*, sino en la cátedra y en la administración pública, pues entre ellos encontramos varios que destacaron como rectores, gobernadores, magistrados, ministros, senadores, jueces, procuradores, etcétera; todos fueron Maestros (con mayúscula) y, como dato interesante, ninguno superaba los 35 años de edad al elaborar el Código y al fundar *Criminalia*.

Estamos ante un grupo de pensadores del renacimiento, en el sentido de que, al terminar la revolución, les correspondió el inicio de la construcción del México moderno, y, por otra parte, su amplísima cultura y la diversidad de intereses.

Aunque la mayoría eran juristas, incursionaron en las nuevas ciencias (como la criminología), y en el más actualizado conocimiento científico: sociología, psicología, antropología, psicoanálisis, y sus aplicaciones al ámbito penal.

La conformación multidisciplinaria de la Academia Nacional de Ciencias Penales, con médicos, psiquiatras, criminólogos, sociólogos, les permite asomarse a los diferentes campos del conocimiento y a los diversos aspectos de la criminalidad.

En un principio, la Academia se organiza con las siguientes comisiones: derecho penal, procedimientos penales, biología criminal, medicina legal y criminalística, delincuencia infantil, y penología y ciencias penitenciarias. Poco tiempo después se agregaría la criminología.

La participación de los académicos en cuestión criminológica es muy abundante, a través de artículos, ponencias a congresos, conferencias, etcétera; a guisa de ejemplo, tratándose de libros, mencionaremos:

- Buentello, *Higiene mental* (1956).
- Carrancá y Trujillo, *Principios de sociología criminal y derecho penal* (1955).
- Ceniceros, *Derecho penal y criminología* (1954).
- Garrido, *La criminología en la obra de Cervantes* (1956).
- Garrido y Ceniceros, *Delincuencia infantil en México* (1936).
- Gómez Robleda, *El tipo sumario* (1949).
- González Bustamante, *Colonias penales e instituciones abiertas* (1956).
- González de la Vega, *Derecho penal mexicano*, 3 ts. (1934-1936).

- González Enríquez, *El problema sexual del hombre en la penitenciaría* (1942).
- Graue, *Prostitución en la Ciudad de México* (1950).
- Piña y Palacios, *La colonia penal de Islas Marías* (1970).
- Torres Torija, *Antropología judicial* (s.f.).

Un lugar especial lo ocupa Alfonso Quiroz Cuarón, pues es el primer criminólogo en ingresar a la Academia, y había sido el primero en obtener el grado en criminología en la UNAM (1939); discípulo de Ruiz Funes y Bernaldo de Quirós, los substituye en las cátedras de licenciatura y doctorado en la UNAM, y se convierte en el padre de la criminología mexicana.

Su accionar en el campo criminológico fue muy abundante, organiza la policía Bancaria y el departamento de investigaciones del Banco de México, crea centros de selección y formación policial, interviene en la modernización de los laboratorios de criminalística y en el Servicio Médico Forense, inicia la coordinación con INTERPOL, colabora en la fundación de los Patronatos de Reos Liberados y los Centros de Integración Juvenil, es parte fundamental de la gran reforma penitenciaria, es presidente fundador de la Sociedad Mexicana de Criminología, entre otras cosas.

Su obra escrita es abundante, notables sus peritajes y estudios de criminales, mencionemos tan solo algunos de sus libros: *Asaltos a bancos en Venezuela y América* (1964), *El costo social del delito* (con Raúl Quiroz Cuarón, 1970), *El tipo sumario* (con Gómez Robleda, 1949), *La criminalidad en la República mexicana* (1958), *Medicina forense* (1977), *Psicoanálisis del magnicidio* (con Samuel Maynes Puente, 1965), *Tendencia y ritmo de la criminalidad en México* (1939), *Un estrangulador de mujeres* (1952), *Una teoría económica de los disturbios* (1970).

Por su parte, Javier Piña y Palacios fue un gran impulsor de la materia: organiza la primera Maestría en Criminología, en el Instituto que llevó su nombre (Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal), fue presidente de la Sociedad Mexicana de Criminología, director de Lecumberri, participó en la gran reforma penitenciaria, dirigiendo el Centro de Capacitación para Personal de Reclusorios.

Independientemente de los fundadores y de aquella primera generación ya mencionada, son varios los académicos que incursionaron en temas criminológicos; ante la imposibilidad de enlistar los artículos

y estudios publicados, haremos referencia tan solo a los libros más importantes:

En Criminología se destacan García Ramírez, *Cuestiones criminológicas y penales contemporáneas* (1981), *Criminología, marginalidad y derecho penal* (1982); Colín Sánchez, *Así habla la delincuencia* (1987); Franco Guzmán, *La prostitución* (1973); Lima Malvido, *Criminalidad femenina* (1988); Márquez Piñero, *Criminología* (1991); Rodríguez Manzanera, *Criminología* (1979).

En penología y penitenciarismo encontramos a Carrancá y Rivas, *Derecho penitenciario, penas y cárceles en México* (1974); García Ramírez, *Manual de prisiones* (1970), *La prisión* (1975), *Los personajes del cautiverio* (1996); Malo Camacho, *Historia de las cárceles en México* (1980); Sánchez Galindo, *Manual de conocimientos básicos para personal penitenciario* (1974); Ojeda Velázquez, *Derecho de ejecución de penas* (1984); Rodríguez Manzanera, *Penología* (1998), *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión* (1984).

En criminalística podemos mencionar a Moreno González, *Manual de introducción a la Criminalística* (1977).

Por su parte, en menores infractores tenemos a Tocavén García, *Elementos de criminología Infanto-juvenil* (1979), *Menores infractores* (1993); Villanueva Castilleja, *Menores infractores y menores víctimas* (2004), *Los menores infractores en México* (2005); Rodríguez Manzanera, *Criminalidad de menores* (1987).

Entiéndase esta sucinta exposición como un apuntamiento para desarrollar una historia de la criminología en México, y como un homenaje a nuestros maestros, que han puesto las bases y cuyo ejemplo aspiramos a seguir.

Producción y mercado del conocimiento criminológico en México

*Sergio J. Correa García**

ES PARA mí un honor participar en las XVI Jornadas sobre Justicia Penal dedicadas a conmemorar el 75 aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra máxima casa de estudios y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Con tal motivo se nos pidió disertar sobre la evolución que en dicho periodo de tiempo han tenido las ciencias penales en nuestro país, desde luego en la especialidad respectiva, en mi caso la criminología.

I. ENFOQUE A SEGUIR PARA DESARROLLAR EL TEMA

La forma ortodoxa que suele usarse para explicar la evolución de cualquier disciplina consiste en mencionar pioneros, principales actores, desarrollos y logros relevantes. Sin embargo, por lo que respecta a la criminología mexicana —y debido al subjetivismo reinante en nuestro medio en relación con dicho saber— el énfasis lo pondré en tres perspectivas que, considero, pueden abonar objetividad al análisis: a) los retos relevantes que enfrenta hoy en día la criminología dentro del mercado mundial de conocimiento;¹ con especial referencia a La-

* Doctor en ciencias penales y política criminal, miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ “Producción y mercado global de conocimiento”, lo entendemos como actividad desplegada por grupos académicos, institutos y organismos especializados —nacionales e internacionales hegemónicos o no— que generan conocimiento científico y tecnológico bajo desigualdad de condiciones de poder político y legitimación científica, que se traduce en una influencia selectiva y tendenciosa de dicho saber en las decisiones económicas, políticas y sociales (locales y globales) que se toman día con día en materia de gobernabilidad y seguridad pública, justicia penal y lucha contra el crimen y la violencia. Un mercado de conocimiento que pone en permanente tensión el uso del conocimiento a favor de los intereses del mercado o a favor del hombre y el desarrollo sustentable. En relación con la criminología y conocimiento en el mercado para profundizar más Sparks, Richard y Loader, Ian, *Situating criminology: on the*

tinoamérica, y, por lo mismo, México; b) las situaciones, personajes y decisiones que dieron origen en nuestro país a un conjunto de saberes —hasta ahora poco sistematizados— reconocidos bajo la rúbrica *criminología* y la posición que actualmente ostenta dicho saber en nuestra sociedad, y c) los retos actuales que esta criminología nacional “en capullo” debe afrontar para mejorar su organización y sistematización; con el propósito de que la misma sea reconocida unánimemente como conocimiento científico autónomo y como “producto-valor” de crítica social en abono a la democracia nacional y al desarrollo humano sustentable.

En cuanto a la situación mundial cabe señalar que coexiste una criminología dominante (del norte) misma que, históricamente, ha monopolizado el conocimiento y ejerce una enorme influencia en el sur a través, principalmente, de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas² y —para la región latinoamericana— también la Organización de Estados Americanos (OEA). Por una parte encontramos criminologías regionales caracterizadas por buscar sus propias identidades (latinoamericana, africana, europea y oriental).³ Incluso, existen intentos en pro de una criminología identificada con intereses propios de una serie de naciones denominadas BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica). De igual manera se produce a nivel mundial conocimiento científico y tecnológico fuera de la criminología que ha demostrado gran influencia en las decisiones mundiales en materia de seguridad y lucha contra el crimen.⁴

Hoy en día el destino de la criminología del sur depende de la habilidad de sus líderes para posesionarla con mayor contundencia en el mercado global de conocimiento, con el propósito de defender las culturas locales de los embates de la imposición mundial mediática; también para influir en el diseño de políticas internacionales donde estén presentes los intereses de la región. Bajo este esquema si bien es

production and consumptions of knowledge about crime and justice, 5a. ed., Reino Unido, The Oxford Handbook of Criminology, 2012, pp. 3 y ss.

² Marek Redo, Slawomir, *The Power of United Nations ideas to counter crime globally*, Helsinki, HEUNI, 2012.

³ Smith, Cindy J. et al. (eds.), *Routledge Handbook of International Criminology*, Nueva York, Routledge, 2011.

⁴ Como son organizaciones no gubernamentales que trabajan en áreas relativas a derechos humanos, justicia social, gobierno, género, pacificación y desarme, entre otras que tienen estatus consultivo en la Organización de las Naciones Unidas. Marek Redo, Slawomir, *op. cit.*, p. 126.

importante la filosofía y doctrina que inspiran discursos; en Latinoamérica lo relevante es garantizar solidez de la producción científica, su desarrollo progresivo, su identidad y viabilidad para influir decisiones a partir del desarrollo humano como contrapeso a la imposición. Sostenerse en la democracia y en los derechos humanos es la estrategia más inteligente para competir en el libre mercado de las ideas y las decisiones, en un esquema desigual entre intereses de mercado y ciudadanía.

Por otra parte, la desventaja de la criminología se agudiza en Latinoamérica por la combinación de cuatro factores desafortunados: 1) profunda desigualdad y heterogeneidad social; 2) altos niveles de criminalidad, violencia, corrupción e impunidad (sintomáticos de un desmantelamiento de instituciones penales democráticas); 3) declive de la calidad de vida de grandes sectores de la población, y 4) una ciencia criminológica que no ha logrado conjuntar —de manera eficiente— sus estructuras (cognitiva, política y social) y estar así en posibilidad de formular medidas propias que sean tomadas en cuenta para democratizar los sistemas penales.

Pero ¿cuáles son los rasgos distintivos de ese control social que actualmente se está imponiendo a escala mundial?

II. CONTROL SOCIAL EN LA MODERNIDAD TARDÍA

1. *Tendencias relevantes*

Atestiguamos en la modernidad tardía el desmoronamiento del control penal moderno, la expansión de la irrupción y la fragmentación de las identidades nacionales. También la crisis del sistema internacional y, consecuentemente, el cuestionamiento de la gobernabilidad y seguridad mundiales. Una globalización convulsionada que produce conflictos intercivilizacionales, grandes migraciones, el regreso al unipolarismo, el aumento alarmante del terrorismo, la violencia y las prácticas genocidas. La vuelta de signos ominosos que se creían en vías de superación, como epidemias, hambrunas, pestes, esclavitud, etcétera. El control penal pasa de “solución” a “problema”. Así en palabras de John Lea pronunciadas en una conferencia dictada en la Universidad de Gent (Bélgica) en 2003:

Hoy en día queda más o menos claro que los heraldos del siglo XXI no anuncian una época posmoderna repleta de diversidad y prosperidad,

sino, por el contrario, una renovada era de inestabilidad y conflicto, y una creciente amenaza a la sobrevivencia física del planeta. El crimen se ha convertido en la figura central de este sombrío escenario al mismo tiempo que va perdiendo gradualmente su función delimitadora de la irrupción de un proceso normal pacífico de construcción de los órdenes económico, social, político y cultural de la vida; cobrando fuerza “por el contrario” como el motor de la dislocación planetaria. El crimen va dejando de ser el escape de los gases venenosos del automóvil, para convertirse en el motor mismo que produce dichos gases.⁵

Frente a dicha dislocación y a partir de nuevos escenarios de *governabilidad* registrados a partir del 11 de septiembre (9/11); se ha impuesto por el norte un sistema limitante de derechos y garantías —que sustituye el control democrático por otro represivo— cuya prioridad (o pretexto) es combatir el terrorismo; situación que ha catapultado una renovada cultura represiva de cara al tercer milenio. Destacan, al respecto, los siguientes estudios: *La cultura del control* (Garland, 2001); *Gobernando a través del crimen* (Simon, 2007) o *Efectos penales del neo-liberalismo* (Reinier 2007; Wacquant 2009).⁶ De igual forma: *Filosofía en tiempos de terror: un diálogo entre Habermas y Derrida* (2003) y *Criminología, civilización y nuevo orden mundial* (Morrison, 2006). En este mismo sentido también, *Security, Territory and Population, Lectures at College de France 1977-1978* (Foucault, 2009); Lemke, Thomas. 2011. *Bio-Politics: And Advanced Introduction* (Lemke, 2011); “Biopolitics”, en *The Cambridge Foucault Lexicon* (Mendieta, 2014) y *The Oxford Handbook of Contextual Political Analysis* (Goodin y Tilly, 2006).

La nota relevante de dicho control posmoderno “es que la valoración de las fuerzas conformadoras de contenidos políticos y académicos se mide ahora más por tendencias y coyunturas y menos por épocas o modelos epistémicos”. Sobresalen las siguientes tendencias:⁷

⁵ Lea, John, “*Introducing crime and modernity*”, ponencia dictada en enero de 2003 a estudiantes de la University of Gent, Bélgica, disponible en: <http://www.bunker8.pwp.blueyonder.co.uk/misc/introcmd.htm>

⁶ Reiner, R., *Law and order: an honest citizen's guide to crime and control*, Polity Press, Oxford; Wacquant, Loic, “*Punishing the poor: the neoliberal government of social insecurity*”, Durham, Duke University Press, 2009, p. 12.

⁷ En los siguientes puntos traducimos de manera libre algunos pasajes de Sparks, Richard y Loader, Ian, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

A. Politización del crimen

El delito no es manejado más “tras bambalinas” por expertos. Se ha convertido en el centro de disputas políticas. Toda vez que dicho tema influye en el electorado, el delito es objeto de cálculos políticos matemáticos en el corto plazo y desemboca en una competencia de la reacción gubernamental. En este contexto las decisiones políticas se encuentran más sometidas al escrutinio ciudadano y de los medios; y muchas veces, influenciadas por mercenarios de emociones populares. Las víctimas emergen como nuevos actores políticos y representantes del interés público. El resultado es un ambiente político hiperactivo, volátil e inestable, en el cual resulta problemático “el razonamiento y la demostración de la evidencia o verdades de los problemas” que fundamenten lo que se decide.

B. Regreso del estado punitivo

En la tarea de enfrentar el incremento de la inseguridad y las demandas de orden (ocasionadas por la marginalidad y la contracción del bienestar social) el castigo cobra mayor fuerza (material y simbólica) como factor central del manejo del orden y control de la población marginal. La prisión regresa como instrumento de regulación social acompañado por una era de supervisión penal masiva. Emergen nuevos poderes para controlar desviaciones y delitos con alto impacto social y la policía se convierte en el pivote para resolver conflictos. La cuestión penal se reduce a la protección de la seguridad ciudadana cotidiana de las clases media y alta y a encubrir los delitos cometidos por personas que pertenecen a dichos estamentos.

C. Una revolución silenciosa del control penal

La soberanía de la autoridad es acompañada por lo que David Garland (2001) denomina “estrategias adaptativas” para el manejo del riesgo del crimen. La prevención situacional transforma el medio ambiente para reducir oportunidades delictivas. Se registran crecientes apoyos multisectoriales y esfuerzos gubernamentales para alimentar una burocracia emergente de tecnócratas a nivel micro para prevenir

conflictos cada vez más locales geográficamente hablando. Lo anterior viene acompañado por una mayor demanda de tecnología aplicada al control espacial de la criminalidad.

D. Diversificación de la policía y la seguridad

El Estado se ha convertido en un agente más que distribuye el castigo y ejerce la gobernanza. El escenario del control está cooptado por ciudadanos, agencias privadas (escuelas, hospitales, centros de desarrollo comunitario, iglesias, empresarios, planificadores privados, etcétera). Estas agencias tienen cada vez mayor influencia en el manejo de la prevención del delito, en alternativas de justicia, en la prestación de servicios de seguridad a personas y edificios, en el manejo de prisiones, centros de detención e instituciones de justicia para jóvenes transgresores.

E. Flujos globales de crimen y política criminal

Bajo condiciones de globalización se registra una aceleración en la intensidad y extensión de flujos de capital, personas, ideas y bienes a través de países. El mundo se transforma en redes y flujos en vez de lugares y fronteras; y estas condiciones favorecen que el crimen se mueva con facilidad entre fronteras y circuitos de intercambio de dinero, bienes y personas. De igual manera la tarea de planificadores e instituciones se globalizan como se globalizan las políticas anticrimen. Hemos habilitado una era de “elites planificadoras internacionales”, promovido políticas y empresas anticrimen “movibles”, y “tanques pensantes” mundiales que desempeñan, hoy en día, un papel determinante en el diseño de políticas globales innovadoras. Ahora hay que atender a los “viajeros de la cuestión criminal”.⁸ Lo anterior significa entender los alcances y formas que las políticas asumen en diferentes localidades y contextos; y también, explicar por qué determinadas políticas o modelos fallan al ser trasplantados de un lugar a otro.⁹

⁸ Melossi, Dario *et al.*, *Devianza e immigrazione: una ricerca nelle scuole dell'Emilia-Romagna*, Bolonia, Regione Emilia-Romagna, 2011.

⁹ Sparks, Richard y Loader, Ian, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

Ahora bien, conforme a la narrativa de David Garland en su obra *La cultura del control* (2001),¹⁰ el esclarecimiento de este “complejo” posmoderno radica en conocer sus elementos principales y cómo estos se entrelazan las diferentes agencias, las prácticas y los discursos, los principios que organizan los elementos, las líneas de flujo que generan soluciones, en lugar de ver el tema como un todo. Apreciar el todo desde sus opuestos dice poco del proceso de transformación —de los hechos cotidianos— en los que se patentiza el cambio.

Por una parte al autor citado le preocupa la relación pasado-presente: ¿qué de lo pasado sigue vigente?, ¿qué de lo actual sigue siendo práctica cotidiana y cómo se ajustan instituciones pasadas a las nuevas?, ¿el presente será novedoso del todo o presentará ambigüedades y contradicciones del pasado y del futuro?

2. Nueva cultura del control: ¿en qué ha cambiado?

Para Garland, el cambio no es de instituciones, ya que estas permanecen intactas. “Lo que cambia es el uso que se les da, la estrategia de su funcionamiento y el significado social”. Así:

A. Abuso de la prisión

El uso de la prisión se ha intensificado, por ejemplo, con penas privativas de libertad de mayor duración, con el ostensible alargamiento de la prisión preventiva, la expansión de controles de conductas y espacios, el predominio de determinadas razas, estratos sociales o nacionalidades en la población reclusa y la proliferación del autogobierno e invasión de actividades criminales intramuros.

B. Aparente cambio de la policía

De igual forma los cambios en el papel social de la policía han cambiado sensiblemente. Ahora se tiene una policía socialmente más participativa, involucrada en los problemas locales vecinales y abier-

¹⁰ Garland, David, *The Culture of Control: Crime and social order in contemporary society*, Reino Unido, Oxford University Press, 2001.

tos a participar en programas comunitarios interinstitucionales. Sin embargo, su estructura burocrática, los enormes costos de su mantenimiento, o las percepciones de autoritarismo y abuso de fuerza poco han cambiado.

C. Alternativas de justicia retóricas

En el ámbito de la justicia, por ejemplo, la introducción de medidas alternas —como la justicia restaurativa— si bien ha despertado gran interés entre las diferentes audiencias por la frescura de sus planteamientos y por el optimismo de sus difusores, en la práctica cotidiana este tipo de justicia sigue siendo excepcional y está muy lejos de ser una forma alterna generalizada de solución de controversias.

D. Relativa cultura victimal

Aunque la cultura victimal ha generado un buen número de organismos de defensa de derechos y se han incorporado leyes y reformas a diferentes codificaciones, el sistema penal sigue centrándose en el aspecto transgresor y su castigo respectivo y no en la prevención y restitución victimal efectivas.

E. Ningún cambio en el modelo prisión/rehabilitación

De manera sorpresiva, los fines de la pena privativa de libertad y los medios para lograr la readaptación de los sentenciados —a pesar de una cultura opuesta a tal modelo ampliamente difundida entre las décadas de los ochenta y noventa— siguen intactas tanto en adultos como en justicia juvenil. No se ha desmontado el aparato penitenciario-rehabilitador y todos sus componentes —políticos, técnicos, humanos y materiales— siguen en pie.

F. Declinación de la autonomía de la justicia penal

Hace treinta años los especialistas y operarios del sistema penal eran plenamente autónomos: decidían políticas, prácticas, tiempos, forma-

ción de personal, criterios de evaluación de su trabajo, sus propios insumos técnico-científicos, etcétera. Hoy esa situación ha cambiado, el político es el que dirige los ritmos de la justicia desplazando a los especialistas; la presión de la opinión pública y de los medios han convertido a la justicia en un *reality show*; los legisladores deciden nuevas leyes y reformas sin consultar a especialistas; además de sufrir la intromisión permanente de expertos internacionales “dicta modelos”.

Ahora, la política criminal es populista sometida a criterios y cálculos tanto políticos como tecnocráticos, y además sujeta a la manipulación de los sectores sociales y de la comunidad asesora internacional.

G. Extensión y naturaleza del cambio estructural

Lo que ha sucedido es el que sistema penal ha cambiado su sentido y énfasis; mientras que el campo relativo al control social se ha expandido hacia nuevas direcciones. De igual manera las agencias estatales y la sociedad civil se han adaptado al crecimiento del crimen y a la inseguridad que acompañó los últimos momentos de la modernidad. El resultado es que la justicia penal es materialmente más grande que antes, pero el espacio —social y político— que ahora ocupa en el control es mucho más reducido debido al crecimiento de la seguridad privada y de las organizaciones comunitarias y la sociedad civil.

3. Criminologías de “la vida cotidiana” y la “de los otros”

Durante los últimos años se ha registrado una marcada diversificación de la criminología. Pero han surgido dos nuevas tendencias diametralmente opuestas entre sí, la criminología de “la vida cotidiana” y la “de los otros”, que contrastan con la *criminología de bienestar* que ve al crimen como síntoma de privación social. La criminología de bienestar sigue vigente, goza del respeto de académicos y operarios de la prevención y adquiere nuevos énfasis. Sin embargo, la competencia de estas dos nuevas criminologías es creciente, con una postura muy atractiva, sobre todo para politólogos y políticos.

Estas nuevas criminologías son, como decimos, “de la vida cotidiana” y “del otro”. La primera no cuestiona, sólo plantea como “no toparse con los delincuentes”; la otra magnifica el problema, separa “buenos” de “malos” para satanizar y eliminar al criminal.

El momento histórico de la primera son los últimos años de la modernidad criminológica de las oportunidades y ocasiones diferenciales, del “espacio defendible”, tolerancia “cero” o “riesgo”. La segunda se remonta a un esencialismo moral medieval (martillo de las brujas) que concibe al criminal como “diabólico”. Ambas criminologías tienen en común ir en contra del modelo de integración y cohesión sociales como estrategias para prevenir el delito a través del incremento del bienestar social. En vez de eso la primera, por ejemplo, se enfoca en las situaciones y procesos (factores de riesgo) presentes en la vida rutinaria de personas, espacios e interacciones, con el propósito de diseñar e introducir cambios en dichas estructuras cotidianas. Representa una forma de abordar el problema sin cuestionarlo, incidir de manera directa en modificar entornos, procesos e interacciones próximos “del día a día” o “cara a cara” donde los delincuentes ven oportunidades.

El mensaje de la criminología “de la vida cotidiana” es, aquí nos tocó vivir, el crimen es normal; no vamos a cuestionar la moralidad de los criminales, sólo “nos vamos a proteger de ellos”; mientras que, el mensaje de la criminología “del otro” es por demás contundente: “quita la manzana podrida para que no pudra a las demás”.

4. El control penal actual producto de la sociedad posmoderna

En síntesis en esta etapa se experimenta una creciente inseguridad económica que marginaliza sectores substanciales de la población; el dominio de una cultura consumista hedonista que combina extensión de libertades con espacios seguros y formas de control “relajados”; un orden moral plural que fuerza a crear condiciones de confianza con los migrantes que no tienen nada en común. También, relacionado con una “soberanía estatal” que es incapaz de regular una sociedad de ciudadanos individuales y diferenciados en grupos sociales; y a un incremento crónico de los índices de criminalidad que convive con bajos niveles de cohesión familiar y solidaridad comunitaria. Las características de una sociedad en riesgo permanente caracterizan las relaciones sociales y económicas actuales que se viven de manera superficial, por lo que nos aferramos al control, a la urgencia de segregar, fortalecer y excluir.

Este es el contexto que nos obsesiona para bajar los riesgos, aislar a las poblaciones peligrosas e imponer controles situacionales. Son las ansiedades profundas de la cultura actual de la inseguridad lo que nos

lleva a construir políticas conjuntas mediáticas, a manejar los espacios y a separar a la gente utilizando muros. Este modelo es sumamente tentador para la clase política de naciones centrales y periféricas que experimentan flujos migratorios intensivos, como las Américas, o la región Europa-África, o que padecen profundas desigualdades sociales.

Para finalizar podemos señalar que este modelo de control deja sin resolver problemas mundiales (estructurales y éticos) sumamente importantes como los siguientes:

- Gobernabilidad y seguridad global/local.
 - Economía, derechos humanos y biopolítica.
 - Criminalidad estructural y criminalidad dialéctica.
 - Conflictos entre civilizaciones.
 - Filosofía en tiempos de terror.
 - Desaparición de las demarcaciones científicas y emergencia de un mercado de conocimiento altamente predatorio y desigual.
- Los contenidos de las ideas se rigen por el mercado.

III. FUERZAS CONFORMADORAS. PERSONAJES Y DECISIONES “CLAVES” QUE DIERON ORIGEN Y DIRECCIÓN A LA CRIMINOLOGÍA MEXICANA

1. Criminología mexicana: entre los intereses del ciudadano y del mercado

Lo que está sucediendo a nivel mundial impacta ya a nuestro entorno. En la etapa modernizadora del sistema penal mexicano (décadas treinta a setenta) la construcción de la criminología —como la de las demás ciencias penales— se pensó como empresa pública en manos de intelectuales (pioneros y varias generaciones de seguidores), que cerramos filas en torno a estas disciplinas con el propósito de orientar al gobierno de la República en las tareas de combatir el crimen e impartir justicia en un Estado democrático y social de derecho.¹¹

¹¹ La visión del criminólogo mexicano en el siglo XX fue alcanzar una criminología entendida, como desarrollo coherente y progresivo de saberes diversos sustentados empíricamente y entrelazados de forma coherente; también como conocimiento con estructuras propias (cognitiva, política y social sólidas). Además, que fuera amplia-

Así pasó el tiempo y los 75 años que hoy celebramos no alcanzaron para institucionalizar —de forma suficiente— una criminología al servicio de la nación. A partir de la década de los noventa el paradigma de las ciencias penales tuvo que aprender a convivir con el de seguridad pública y, con ello, el advenimiento de nuevas alianzas entre políticos, militares, tecnócratas y medios de comunicación. También cobró fuerza la sociedad civil, como actor de primer orden en el cuestionamiento de las políticas públicas contra el delito y en defensa de los derechos humanos. Por una parte, con la reforma constitucional en materia penal de 2008 se prepara la llegada a México de un modelo de control “anglosajón” acusatorio y, por otra parte, cobra importancia el esquema de sociedad de riesgo, y, con ello, el relevo de instituciones como de actores; proceso, hoy por hoy, pendiente de implementarse, que despierta serias dudas en cuanto a su eficiencia y atingencia.

Por lo pronto, el proyecto nacional criminológico centrado en lo público empieza a verse “fuera de lugar” ante la mirada de nuevos “expertos” de la cuestión criminal que tienen la “genética” apropiada para los intereses del “nuevo sistema de justicia” y de “control social” que se mimetizan con gran agilidad: prevención situacional, justicia cotidiana, perfiladores criminales, empresarios penitenciarios, capacitación “por competencias”, expertos en argumentación jurídica y litigios, nueva justicia penal para adolescentes, jueces de control y de ejecución penal, justicia restaurativa, etcétera. A esta nueva dinámica

mente reconocida por la comunidad científica nacional y considerada como producto/valor por la totalidad de actores sociales que conforman un sector específico de desarrollo nacional e innovación (seguridad pública y justicia penal). Sin embargo, sólo fue un proyecto que si bien ha dado frutos importantes (*Libro blanco de la enseñanza de la criminología en México*, 2014; y arraigo de la criminología crítica en determinados grupos de intelectuales agrupados en asociaciones y/o trabajando en universidades y en ciertos sectores públicos y sociales) no ha alcanzado pleno desarrollo como proyecto integral. No encontramos ninguna fecha precisa que indique el momento, las circunstancias y los actores fundacionales a partir de los cuales la criminología se haya sumado al proyecto nación durante el siglo XX o en el presente; ni la incorporación, específicamente, de la criminología a la historia de la ciencia y a las instituciones y programas nacionales de desarrollo científico y tecnológico; ni como tampoco datos sobre su adición plena a planes y programas de estudios unánimemente reconocidos por centros de enseñanza superior —públicos y privados— existentes, como sucede con otras carreras y disciplinas. No encontraremos dato alguno porque —sencillamente— dicho evento es inédito en México. Es decir, es indiscutible la disparidad de rutas entre criminología, educación superior, desarrollo nacional y decisiones en materia de seguridad pública y justicia penal.

posmoderna habrá que agregar la acelerada privatización de la seguridad y el papel desempeñado por los medios masivos de comunicación en la promoción de una imagen “anglo” del criminólogo exhibida en las series televisivas policiacas. De la noche a la mañana un buen número de jóvenes mexicanos decidieron ser criminólogos a partir de un imaginario contracultural. La televisión, los medios electrónicos, la reforma constitucional penal de 2008 y el control social de “riesgo” abrieron las puertas a una “fiebre criminológica” que padecemos en la actualidad muy bien capitalizada por un sinnúmero de escuelas y centros formativos (la mayoría privados) que vieron en la “formación de criminólogos” un “negocio redondo”, como lo fueron y siguen siendo —ciertamente con menor medida— los centros de idiomas y computación en boga hace algunas décadas.

De la noche a la mañana los criminólogos que nos formamos en la segunda mitad del siglo XX no sólo quedamos divididos (por nuestras propias demarcaciones artificiosas y por nuestros propios intereses académicos y personales), sino también víctimas de un acelerado proceso de estigmatización por parte de nuevas oleadas de expertos que de pronto “abordaron el barco” y pretenden echarnos a la mar. De los tres frentes que caracterizaron la criminología nacional del siglo XX a saber: formación masiva de licenciados en criminología, proyecto de un sistema nacional de investigación en ciencias penales, y política criminal y criminología crítica, que no se ha logrado al menos hasta el momento integrar como un modelo que contrapese lo público con lo privado, el mercado con el desarrollo humano, y la economía con un proyecto político que garantice la vida y la viabilidad sustentable a la población nacional.

Pero ¿cómo llegamos a esta situación tan desoladora?

2. La situación por la que atraviesa la criminología nacional no se dio por “generación espontánea”

Antes que nada debemos admitir que la situación de la criminología en México —cualquiera que esta sea— no deviene por generación espontánea; es decir, no es producto de la fatalidad o de fuerzas invisibles que no podamos detectar y explicar. Como en todo fenómeno social —en el sentido más amplio de la acepción— el camino de nuestra criminología tiene que ver con “elementos sistémicos” (históricos,

políticos, jurídicos, sociales y culturales) que imprimen sentido al objeto de estudio. También momentos “coyunturales” que propician políticas erráticas frente al cambio delictivo. Se relaciona también con el trabajo de pioneros” y es resultante de “fallos académicos” que marcaron orientación a las ciencias penales —hayan sido éstos acertados o no—. De igual manera depende de la habilidad de sus líderes para ajustarse al “cambio social y tecnológico”, aprovechar la sinergia “de actores y fuerzas de la sociedad civil”; así como saber “capitalizar a favor de nuestra disciplina influencias internacionales racionales”; también depende de la infinidad de intereses que el crimen y la justicia despierte en cada actor social relevante, como de la interacción entre sistemas, estructuras y gente. Es decir, la sociedad se construye por hombres que toman decisiones y se apoyan en instituciones que ellos mismos crean.¹²

¹² Al respecto nos referimos al concepto de “política económica internacional” que consideramos perfectamente válida para nuestra temática: “la concerniente a los arreglos sociales, políticos y económicos que afectan el sistema global de producción, intercambio y distribución y la mezcla de valores derivados a propósito. Esos arreglos no son por «gracia divina» o por situaciones fortuitas de decisiones ciegas. Todo lo contrario, son resultado de acciones humanas tomadas en el contexto de instituciones hechas por el hombre y por grupos con intereses propios”. Balaam N., David y Veseth, Michael, *Introduction to International Political Economy*, Estados Unidos de Norteamérica, Prentice Hall, 2000. También aludimos al sentido polisémico de los asuntos relativos al crimen y su control, es decir, los diferentes significados e intereses que el tema crimen despierta entre actores relevantes, gobierno, operarios, especialistas, universidades, medios, sociedad civil, y víctimas, todos ellos directamente involucrados en la construcción de nuestras instituciones de justicia y de su conocimiento. Garland, David, *op. cit.*

Finalmente, una explicación coherente de la problemática posmoderna del control reconoce los siguientes elementos interconectados, sistemas, agencias, situaciones e individuos, como elementos influyentes —objetivos y subjetivos— a saber: a) el poder sistémico conformado por roles, discursos, instituciones sociales, prácticas institucionales, tendencias sociales y culturales, dimensionadas como civilizacionales (Foucault); b) el poder agencial que se almacena en actores —individualmente considerados— y determinan acciones, tendencias y opiniones en relación dialéctica con el poder sistémico, como es el caso de la comunicación existente entre: especialistas, policías, fiscales, jueces, magistrados y funcionarios de prisiones; c) el plano intersubjetivo, que explica el crimen como actividad situacional entre personas (por ejemplo, víctima-victimario), y d) el proceso individual-subjetivo que alude a la psico-biografía; es decir, el criminal como individualidad. La conducta es resultante de elementos sociales y psicológicos de cada transgresor. Layder, Derek (1997) *Modern Social Theory: Key Debates and New Directions*, Londres, University College Lon-

Con esta perspectiva podemos hacer un bosquejo de las situaciones, actores y decisiones claves que marcaron las condiciones de nacimiento, desarrollo y posición que este saber —cobijado en México bajo el término “criminología”— tiene actualmente en la sociedad nacional.

3. Actores y situaciones claves de la criminología mexicana

A. Políticas estatales

Considero que el actor que ha orientado y proyectado —con mayor contundencia y por más tiempo— las ideas criminológicas en nuestro medio ha sido el Estado mismo; en particular los gobiernos y sus respectivos programas en materia de seguridad y justicia. La razón es simple, el poder político —autoritario o en vías de ser democrático— ha sido y sigue siendo el único monopolizador de la cuestión criminal y los gobernantes en turno los responsables directos de dar sentido a los usos políticos de las ideas.¹³ La función de los ideólogos del po-

don Press, 1997; Garland, David y Sparks, Richard, *Criminology and Social Theory*, Oxford University Press, 2000.

¹³ A finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX se registra en nuestro medio un proceso más sofisticado y dinámico que Nils Christie denominó —a finales de la década de los setenta— la “expropiación de los conflictos”, la clase política, funcionarios de primer nivel y operadores del sistema penal (policías, ministerios públicos, defensores, jueces, magistrados, funcionarios y personal penitenciario como de justicia de menores), así como intelectuales al servicio del gobierno “secuestran” o se adueñan del asunto criminal; convirtiendo la administración de seguridad pública y justicia penal en un sistema social cerrado, con sus propios insumos y productos. Desde luego que el elemento sistémico del control social, la parte de la cultura a partir de la cual se pone al descubierto el por qué determinadas conductas, son distinguidas formalmente como delictivas, ¿quién es filtrado por la policía? ¿quién llega a sentencia y quiénes llegan a prisión?; como también contra quienes y por qué conductas se dirige el reproche moral son la estratificación y la desigualdad social mismas. En otras palabras los estados totalitarios o autoritarios son funcionales en sociedades —económica y socialmente— estratificadas y desiguales, para lo cual utilizan un sistema punitivo selectivo de la clase marginal que es legitimado por ciertos saberes aplicados tendenciosamente por el poder. Christie, Nils, “Conflicts as property”, *The British Journal of Criminology*, Londres, vol. 17, núm. 1, 1977.

Otros elementos secuestradores son la corrupción, la impunidad y la simulación que desvían el legítimo sentido de la investigación del delito, de la aplicación de la ley y el fin de la pena.

der es fundamental, ya que sirven como “correa de transmisión” entre las doctrinas que mejor legitiman el proyecto oficialista de nación y la filtración social de las ideas con el propósito de mantener dicho poder. Como equilibrio a dichos abusos, en determinadas etapas de la historia de nuestras instituciones de justicia, han operado abogados progresistas encargados de plasmar —en nuestras Constituciones y en la ley penal secundaria— los diferentes idearios políticos, sociales, penales y criminológicos, en su inmensa mayoría del exterior y, particularmente, así edificar las instituciones de la República en el periodo que nos ocupa (finales del siglo XIX, siglo XX y primeras décadas del siglo XXI), con un sentido racional y democrático; aunque la realidad social no se transforma solo con normas.

Así, los primeros discursos que sirvieron para legitimar el poder provinieron de Europa debido al arraigo jurídico español vigente en la Colonia. Estas posturas arraigaron hacia la segunda mitad del siglo XIX y no fueron otras que la antropología darwinista y la degenerescencia moral de Augusto Morel,¹⁴ muy convenientes para satanizar a las diferentes etnias indígenas, como seres involucionados o salvajes necesitados de educación. Sin embargo —y siguiendo la narrativa de Robert M. Buffington—ni la retórica liberal que promovía el individualismo e igualdad en el siglo XIX, ni la rúbrica porfirista de “orden y progreso” sustentada en la filosofía positivista, ni la retórica revolucionaria de “justicia y cohesión sociales”, cambiaron la dirección del reproche penal hacia la población marginal.¹⁵

En las décadas de los treinta a los cincuenta la situación de marginación indígena, campesina y proletaria auspició un manejo paternalista y profiláctico de dichos problemas sustentado en el asistencialismo, la psiquiatría criminal, el “saneamiento social”, la epidemia del crimen, la educación especializada y la prevención social positivista centrada en la familia, la mujer y la niñez; así como en el combate contra “el vicio”. Desde luego también a través de un efectivo control policial político.

A partir de la segunda mitad del siglo XX el crimen dejó de ser estructural y se volvió dialéctico (por un lado, un conflicto de clase

¹⁴ Sobre el tema puede consultarse Reich L., Peter, *Recent Research on the Legal History of Modern Mexico*, Estados Unidos de Norteamérica, Whittier Law School, 2011, disponible en: http://pages.uoregon.edu/caguirre/Reich_Reconstructing.pdf.

¹⁵ Buffington, Robert M., *op. cit.*, p. 186.

entre la elite política que monopolizaba la represión penal por un lado y, por el otro, formas autocompositivas para lidiar con los delitos no denunciados en ascenso y con la represión punitiva), situación que propulsó un imaginario social relativo al sistema penal como ineficaz y corrupto a partir —sobre todo— de movimientos sociales de gran proyección, como el de los médicos y estudiantes; éste último registrado en 1968, provocando una escalada de conflicto de clases entre el estado represor y una sociedad reprimida contestataria.

El *Crimen social*,¹⁶ como resistencia a la estratificación, agudizada la delincuencia (después del periodo estabilizador de la década de los cuarenta, hasta alcanzar niveles dramáticos en la actualidad), además de los cambios cualitativos de la delincuencia registrados entre las décadas de los ochenta a la década actual fueron endureciendo —aún más— las respuestas del Estado. De igual forma asesinatos de líderes sociales y periodistas, magnicidios, expansión del crimen urbano, procesos de descomposición de la policía y del sistema penitenciario, incremento de la mendicidad y explotación de mujeres, niños y migrantes, todo lo anterior tuvo como significado importantes cambios de finales del siglo pasado e inicios del siglo XXI. Asimismo la emergencia del crimen organizado y su acelerada especialización (tráfico de drogas, armas y personas) procesos que se dinamizaron a partir de la década de los ochenta. De tal suerte que el aumento de la desigualdad, la estratificación, la violencia y el crimen durante el siglo XX hicieron más represivas las respuestas de los gobiernos frente a dichos malestares y conflictos, que se han acumulando en el tiempo ejerciendo una presión social y política en aumento, aunado a la necesidad de nuevas formas de control para el tercer milenio que encara una inminente conflictividad social de mayores dimensiones y niveles preocupantes de corrupción e impunidad.

Es claro que la criminología positivista (tendencia auspiciada por el Estado mexicano) ha servido —a lo largo de centuria y media— para dirigir el reproche punitivo a los grupos sociales marginales al definirlos, como peligrosos sociales merecedores de penas para corregir enfermedades, estigmas y carencias personales y sociales. Todo lo anterior como velos para desviar la responsabilidad gubernamental de

¹⁶ Lea, John, “The contradictions of the sixties race relations legislation”, en National Deviancy Conference (eds.), *Permissiveness and Control: the Fate of the Sixties Legislation*, Londres, Macmillan, 1980.

tales carencias y dejar impunes los crímenes de poder y cuello blanco, así como para monopolizar el conocimiento, como forma de controlar opinión y sensibilidades públicas.

Cabe subrayar que si los contextos culturales propician culturas políticas democráticas, el cometido criminológico será espejo de dichas condiciones y su conocimiento se dará bajo situaciones de mayor libertad de pensamiento. Por lo que serán visibles tanto la crítica social y política como la modernización y democratización de infraestructuras, y prácticas penales; también una mayor equidad entre fuerzas e intereses del conocimiento.

Si, por el contrario, las circunstancias propician controles autoritarios, la criminología se plegará a las delimitaciones y funciones que le mandaten dichas estructuras de poder y su cultivo será opaco y maniqueo: “anidando en espacios de control burocráticos, militares, políticos y tecnocráticos”, monopolizando también el conocimiento en pocas manos.

La criminología nacional tiene una cita pendiente con el Estado y con sus gobernantes para abrir un diálogo entre conocimiento, democracia e innovación para contar con un sistema penal y seguridad pública racional y eficiente.

B. Ciencias penales y ciencias sociales

Es claro que el delito y la justicia penal son fenómenos normativos (axiológicos y teleológicos) pero también hechos sociales. Por lo mismo e interpretando la noción que de criminología proporciona Emilio Durkheim: la tríada delito/pena/criminología son construcciones sociales ancladas en tres dimensiones culturales, la definición social del delito, la construcción histórica del castigo y producción de conocimiento.¹⁷

¹⁷ Durkheim tiene un punto de vista por demás particular y digno de tomarse en cuenta, ya que para él es de constatarse “la existencia de ciertos actos que presentan un carácter exterior y que, una vez realizados, determinan por parte de la sociedad esa reacción particular que se llama pena. Hacemos con ello un grupo *sui generis* al cual imponemos una rúbrica común: llamamos delito todo acto castigado, y hacemos del delito así definido el objeto de una ciencia especial: la Criminología”. Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, México, Porrúa, 1979, p. 8.

En el mundo académico, el dilema que planteó abordar el delito y la justicia penal desde una doble perspectiva —normativa y social— se resolvió de diferente manera según países y sistemas jurídicos (romano-germánico o *Comon Law*). En los primeros el aspecto normativo (dogmática y filosofía penal, proceso legislativo, aplicación de la ley, defensa de procesados) permaneció en las facultades de derecho. Por el contrario los aspectos sociales (explicación de la criminalidad, funcionamiento real del aparato de justicia y sus sentidos, delito, justicia y sociedad, entre otros) arraigaron en las facultades de sociología. Al respecto la sociología anglosajona delimitó un objeto de estudio más amplio (desviación y control social) y tendió un valioso puente entre los mundos normativo y social que es la sociología jurídica (en inglés *socio-legal studies of social control*). En cambio en países con tradición romano-germánica los dos ámbitos quedaron en las facultades de derecho, dando prioridad a lo dogmático y dejando en segundo término —o francamente desdénando— lo social.

Cabe aclarar que la criminología debe estar lo suficientemente alejada del derecho penal y muy próxima a las ciencias sociales, para construir libremente su objeto y salvarse de las ataduras dogmáticas y del juego de rivalidad de escuelas (clásica y positivista) heredada de países europeos latinos. No se debe confundir una corriente de pensamiento particular con la ciencia ni de catalogar a las disciplinas, como de primera y de segunda (principal y auxiliar). Pero también debe estar lo suficientemente cercana al derecho punitivo para fundamentar —con razones y evidencia fáctica— el sistema de justicia con el objetivo de hacerlo más democrático, eficiente y eficaz.

Pero ¿cuáles son las razones por la que la criminología en México quedó segregada como disciplina “auxiliar” del derecho penal y como materia optativa en las facultades de derecho? Con ello se aborta completamente un proyecto republicano modernizador sumamente importante y que hoy —ante los problemas de inseguridad y violencia— lamentamos no contar con tan valiosa disciplina.

Desde luego que una respuesta a dicho cuestionamiento requiere de una investigación de largo alcance, lo cual escapa a los propósitos del presente trabajo. Por lo que me limitaré a narrar una serie de situaciones, actores y decisiones que marcaron la evolución de la criminología nacional, desde mi particular punto de vista.

4. Bosquejo cronológico del devenir de la criminología mexicana

El régimen porfirista sustentado en la filosofía positivista empezaba a debilitarse al inicio del siglo XX. Se imponía la no reelección y la democracia y, con ello, entre otros elementos renovadores, la sociología como agente modernizador resultó muy valorada por las fuerzas liberales y significó “aire fresco” para el círculo intelectual cercano a Díaz que veía inminente su caída. Él mismo —en sus vanos intentos por refrendar “orden y progreso”— aprobó un plan de estudios en la Escuela de leyes donde se incluía dicha materia. En efecto la inquietud por modernizar la enseñanza del derecho se manifestó entre algunos intelectuales de la época, como Justo Sierra, Antonio Caso y Miguel S. Macedo —quienes superando la oposición inicial de Jacinto Payares— lograron incorporar en los planes de estudios de la Escuela de Jurisprudencia la materia en cuestión.¹⁸

Por otra parte y también en la Escuela de Jurisprudencia subía de tono la polémica entre la escuela clásica de derecho penal y el positivismo criminológico italiano¹⁹ que condujo al absurdo de identificar a la criminología sólo con el positivismo; lo que ocasionó una “rivalidad” artificiosa entre derecho penal y criminología. Sinrazón avivada décadas después por Jiménez de Asúa en su celeberrima sentencia “algún día la criminología llegaría a tragarse al derecho penal”. Las posturas entre escuelas desarrollaron visiones radicales (delito como ente jurídico vs. delito natural, libre albedrío vs. determinismo, delito vs. delincuente, legalidad vs. medidas de seguridad sin delito, carácter retributivo y proporcionalidad de la pena vs. sanción proporcional a la peligrosidad, seguridad jurídica vs. defensa social, código penal vs. código de defensa social, etcétera).

En el sentido precedente y siguiendo el pensamiento de Emilio Menéndez, magistrado de la Audiencia de La Habana:²⁰

¹⁸ Mendieta y Nuñez, Lucio, *Origen y desarrollo de la sociología académica en México*, México, p. 651, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1056/47.pdf>.

¹⁹ Para valorar con mayor detenimiento los aportes de Macedo puede consultarse González Bustamante, Juan José, “Contribución de don Miguel S. Macedo al estudio del derecho mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, núm. 22, abril-junio de 1956.

²⁰ *Ibidem*, p. 113.

...el movimiento positivista estaba contagiado, como todos los movimientos del siglo XIX, del fetichismo científico, y que, cuando el jurista se aparta de su propia especialidad que tiene el deber de seguir y se deslumbra con el espejismo de las llamadas ciencias experimentales o causales explicativas se aleja de su principal objetivo de contemplar el delito preferentemente como fenómeno jurídico y secundariamente como fenómeno sociológico o criminológico.

Miguel Macedo no sucumbió a tal fetichismo ya que en la revisión al Código penal de 1871 (Martínez de Castro) que le correspondió llevar a cabo rechazó la pertinencia y viabilidad de un nuevo código punitivo basado en los postulados de la criminología positivista; al tiempo de expresar serias dudas en cuanto al carácter efectivamente científico de dicha escuela que la habilitara para comprender la complejidad que representa el mundo social del crimen. Los estudios criminológicos de esa época se concentraban principalmente en investigación de factores telúricos, antropometría criminal y estadísticas de la delincuencia.

Desde mi perspectiva y considerando las dudas que Macedo tenía del carácter efectivamente científico del positivismo criminológico (reduciendo la supuesta rivalidad de escuelas a una reyerta entre penalistas clásicos y antropólogos) y leyendo entre líneas otras disertaciones de dicho pensador en cuanto a la importancia que la sociología despertaba entre algunos juristas de la época, así como también la conjurada disputa entre escuelas, como lo explica con toda precisión Emilio Menéndez; resulta evidente que en el espacio académico de la Escuela de Jurisprudencia, y en la sensibilidad de muchos intelectuales de la época, flotaba la inquietud en cuanto a qué tipo de disciplina científica debería encargarse del estudio de las dimensiones fácticas del delito y la justicia penal: criminología o sociología. Como lo veremos en los siguientes párrafos, la apuesta se inclinó hacia la sociología y a una especie de sociología jurídica en ciernes, que si bien es de imaginarse que fue pensada para incrementar el control político porfirista —ahora más directo hacia grupos sociales marginales donde se incubaba el descontento contra el régimen— hubiese podido convertirse —de haber echado raíces académicas— en el “caballo de hacienda” de la criminología en el México independiente.

Las ideas de Macedo influyeron en Justo Sierra quien el 13 de septiembre de 1902 pronunciara —en la apertura del Consejo Superior de Educación Pública refiriéndose a la Escuela de Jurisprudencia—:

Inmergir los estudios jurídicos en la ambivalencia de las ciencias sociales e históricas. Mientras se crea que nuestra leyes —agregó— son de generación espontánea, mientras la enseñanza dogmática haga suponer que el Derecho Romano nació de punta en blanco, como Minerva del cerebro de Júpiter, y de un salto franqueó los siglo medios y se convirtió en la única pero importante fracción del derecho civil actual, que tiene relación con el... mientras la Economía, la Política, la Sociología no ocupe en ella un punto de primer orden, el lugar que nos hemos dejado complacientemente a la vanguardia de la cultura latina en el continente será un mito.²¹

La postura a favor de la sociología de Justo Sierra y Macedo fructificó. En 1907 se expidió el nuevo plan de estudios de la Escuela de Leyes donde se incorporó la sociología como materia básica además de crearse la carrera de especialista en ciencias jurídicas y sociales y en ella los estudios superiores de sociología. En el artículo IX de dicho plan de estudios encontramos un hallazgo muy importante en el cual se advierte —sin mencionar a la criminología— que tanto la sociología como el derecho son disciplinas interconectadas (antecedente clarísimo de la sociología jurídica) llamadas a estudiar el delito y las instituciones:

Artículo IX. ...Se aplicará el objeto y dominio de esta ciencia, se estudiarán los caracteres distintivos de la sociedad y de los elementos que la constituyen, distinguiéndose, sobre todo, por su papel cooperativo, a los asociados, haciendo sentir la importancia de reducir constantemente el número de los que no cooperan al bien común y de los actos contrarios a la cooperación; se dará a conocer especialmente las formas importantes de ésta y la influencia de su perfeccionamiento y estabilidad para la coordinación interna de las sociedades; así como el desarrollo progresivo de las instituciones; se estudiarán, además, los diferentes medios de crecimiento, debilitamiento y extinción de las entidades sociales, y los métodos de investigación de los fenómenos relativos...²²

Sin embargo, la mancuerna derecho-sociología del presidente Díaz nunca tuvo una ejecución real ya que, en la revisión que de la bibliografía jurídica del siglo XIX y principios del XX hiciera Manuel Cruzado,²³ no aparece ninguna obra de carácter sociológico. De igual

²¹ Mendieta y Nuñez, Lucio, *op. cit.*, p. 651.

²² *Ibidem*, p. 652.

²³ *Ibidem*, p. 653.

forma en la cátedra de sociología en la que destacaron Antonio Caso y su continuador, el español Luis Recasens Siches no existe referencia clara de temática alguna vinculada con el estudio de la delincuencia.

En este punto sostengo la hipótesis (no confirmada todavía) que Antonio Caso —como acérrimo enemigo del positivismo y contrario a toda ideología oficialista, lo cual es entendible desde el espíritu reformador Casiano— en ello también sucumbió al fetiche positivista, confundiendo al positivismo con la ciencia misma. Samuel Ramos escribió al respecto: “Los ataques de Caso al positivismo, confundido por él con la propia ciencia, ponía trabas en México a la actividad científica, precisamente cuando era más que necesario estimular esa actividad”.²⁴ Caso llegó a sostener que el positivismo había decapitado a la ciencia. Así Rosa Krauze escribe que el positivismo para Caso: “...había limitado desesperadamente el espíritu humano y este fue su error, decapitar la ciencia, decir a la razón que consustancialmente anhela la verdad”.²⁵ Imagino que para Caso la criminología —debido al fetiche positivista— no tenía la más mínima posibilidad de considerarse científica.

El fetiche positivista no sólo había confrontado —de por vida— a la criminología con el derecho penal rebajándola a simple auxiliar del derecho punitivo, sino que ahora sucedía lo mismo con la sociología casiana, corriente en la que se formaron filósofos y sociólogos mexicanos insignes que desempeñaron un papel importante en la modernización y democratización del México posrevolucionario, como Eduardo García Maynes, Leopoldo Zea, Vicente Lombardo Toledano, Samuel Ramos, Manuel Gómez Morín, Xavier Icaza, Daniel Cosío Villegas.²⁶ La criminología secuestrada por el fetiche ni pudo subirse al proyecto efímero de la sociología jurídica promovida por Justo Sierra y Macedo, ni ocupar un sitio en la sociología casiana punta de lanza en la modernización y democratización del país. A la fecha la criminología como disciplina está desterrada de las ciencias sociales y es identificada por todos —políticos, académicos y ciudadanía en general— como una cuestión que compete a policías y carceleros. Ahora —más recientemente— asociada con criminalistas y médicos forenses.

²⁴ Hernández Prado, José, “El replanteamiento de la sociología profunda de Antonio Caso”, *Sociológica, Revista de Sociología*, México, año 9, núm. 24, enero-abril, 1994.

²⁵ Krauze, Rosa, *La filosofía de Antonio Caso*, México, UNAM, 1990, p. 56.

²⁶ *Ibidem*, p. 39.

Sin embargo, se registran importantes intentos por apuntalar a la criminología y “buscarle patrocinador”, el Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad (IIS), la Academia Mexicana de Ciencias Penales (AMCP) y, en particular, dos rectores de nuestra máxima casa de estudios: Luis Garrido e Ignacio Chávez. Con la creación del IIS, en 1939, bajo la dirección de Lucio Mendieta y Núñez, y con la revista auspiciada por dicho instituto (*Revista Mexicana de Sociología*) se institucionaliza la sociología nacional.²⁷ En la misma década un grupo de eminentes penalistas dieron a la luz el Código Penal de 1931; instituyeron la revista *Criminalia* y, a principios de la década de los cuarenta fundaron la Academia Mexicana de Ciencias Penales (AMCP) de la cual Lucio Mendieta fue miembro de número. La posición de Lucio Mendieta, como miembro de AMCP y simultáneamente director del IIS, posibilitó la incorporación de temas criminológicos al programa sociológico de la Universidad. Esta situación fue una gran oportunidad para que la criminología tuviera —como la tuvo en ese tiempo— un papel importante en la sociología nacional (publicaciones, investigaciones y un congreso nacional dedicado a la sociología criminal). De igual forma se funda en 1951 la Asociación Mexicana de Sociología y, en el mismo año, la Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales (ESPC). El rector en esos tiempos fue Luis Garrido, quien también auspició la carrera de criminología en dicha universidad y fungió como presidente de AMCP por muchos años dándole proyección y lustre.

No podemos pasar por alto a Manuel Gamio padre de la antropología mexicana y seguidor del movimiento de la antropología internacional bajo el liderazgo de Franz Boas. Gamio, desde la Dirección de Antropología de la Secretaría de Agricultura y Fomento emprendió importantes investigaciones integrales sobre los indígenas mexicanos desde los aspectos: arqueológico, histórico, antropológico, etnológico, etnográfico, social y económico. En esta Dirección tuvo la oportunidad de colaborar Lucio Mendieta con Gamio, lo que influyó para que más tarde se abriera una línea de trabajo en el IIS dedicada a estudios indigenistas. José Gómez Robleda, miembro fundador de la AMCP, colaboró en esta sección del Instituto de sociales junto con la antropóloga Ada D’Aloja con investigaciones de diferentes etnias.²⁸ Aquí se perdió

²⁷ Mendieta y Nuñez, Lucio, *op. cit.*, p. 656.

²⁸ *Idem*.

otra oportunidad para sacar de la trampa fetichista a la antropología criminal —identificada con César Lombroso— y, en su lugar, incorporarla al programa antropológico nacional de Gamio que nada tenía que ver con Lombroso.

Con esta nueva oportunidad perdida (con Gamio y nada menos que con Boaz); se desploma la titubeante alianza entre abogados y sociólogos, lo anterior al término de la gestión de Mendieta en el IIS y con los subsecuentes directores de la ECPS personajes con otras ideologías, además de ser sociólogos de profesión. Una nueva tendencia —que se inició con Antonio Caso— antipositivista y contraria a toda ideología oficial cobraría frutos en el ánimo de la ESCP; situación que escindió, de manera contundente y definitiva, las ciencias sociales de las ciencias penales. Además de avivar el distanciamiento de la UNAM con el gobierno, mismo que alcanzara su zenit en 1968 con el movimiento estudiantil. Por ende, la criminología se reduce a una materia optativa en los sótanos de la Facultad de Derecho como ya dijimos.

En 1965, Alfonso Quiróz Cuarón propuso al rector Ignacio Chávez las carreras de criminólogo y criminalista, en la Facultad de Derecho; proyecto que se abortó de forma por demás violenta pretextando que la UNAM no formaba “represores” del gobierno. Este fue el último aliento de la criminología en nuestra máxima casa de estudios. Su cripta es el edificio anexo a la Facultad de Derecho.

Pero también se ubican otras trincheras donde encontró acomodo la criminología, en diversos cursos de ciencias penales a nivel de grado y posgrado organizados en diferentes universidades. Destacan al respecto:

- El primer doctorado en Derecho Penal de la Universidad de Xalapa en la década de los cuarenta.
- El doctorado de la Facultad de Derecho de la UNAM.
- El primer programa de criminología en la época del rector de la Universidad Nacional, Luis Garrido ya referido.
- El programa de licenciatura y posgrado en Criminología —a instancias de la Sociedad Mexicana de Criminología— e impartido por la Universidad Autónoma de Nuevo León, mismo que se replica en varias universidades hasta llegar a la constitución del Consejo Nacional de Enseñanza Criminológica (CIECRIM) bajo la estafeta de Luís Rodríguez Manzanera.

- También la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM) ha organizado importantes maestrías como la de Sistema Penales comparados en coordinación con la Universidad de Barcelona cuyo responsable fue Fernando Tenorio Tagle.
- La Universidad Nacional ha promovido importantes espacios para la divulgación de las ciencias penales, en facultades y escuelas de derecho o en diferentes foros del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, sede de las jornadas de derecho penal que se celebran año con año.
- La entonces Escuela Nacional de Estudios Superiores de Acatlán (ENEP), que imparte estudios de posgrado en Política Criminal dirigidos por Esteban Righi y Augusto Sánchez Sandoval.

De las aulas y cubículos universitarios se han forjado generaciones de penalistas y criminólogos de gran prestigio —que dieron y siguen dando brillo— a nuestras ciencias penales. Fueron también miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales quienes enriquecieron, desde la universidad, el saber penal y criminológico nacional. Al respecto, cabe destacar el papel de criminólogos en la fundación de la Sociedad Mexicana de Criminología ya mencionada y en la de Victimología. De igual forma los criminólogos críticos mexicanos han fundado recientemente la Academia Mexicana de Criminología.

Otra importante veta criminológica ésta dentro de la administración pública a través de las áreas técnicas de las diferentes instituciones de justicia y seguridad (a nivel federal y en las entidades federativas) mismas que —de manera gradual pero sostenida— han incrementado, a lo largo de muchas décadas, su capacidad de innovación, laboratorios de criminalística y medicina forense, sistemas informáticos de inteligencia policial e investigación científica del delito, departamentos de estadísticas del delito y victimales, servicios especializados de atención a víctimas, programas de reinserción social, policía científica, profesionalización de personal, programas de prevención del delito, métodos y técnicas para la evaluación del desempeño público, seguridad penitenciaria, justicia de menores, tecnología aplicada a la seguridad urbana, sistemas de comunicación, tecnología informática, modernización administrativa, contraloría del desempeño, etcétera.

Existen —independientemente del INACIPE— otros institutos oficiales de formación que imparten enseñanza de posgrado y desarrollan,

exitosamente, tareas de investigación y difusión de las diferentes ciencias penales, como el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (IFP/PGJDF) espacio que acumula más de setenta años de vida productiva. En este sentido los cursos de criminología impartidos —desde finales del siglo XIX, hasta la actualidad por instituciones federales y estatales y de los entonces Distrito Federal y Territorios Federales— en materia de prevención y readaptación social del delincuente, como de justicia de menores, fueron las primeras agencias gubernamentales que dieron cobijo a la criminología desde los albores del siglo XX, bajo esquemas con fuerte influencia positivista.

Fue así como la evolución de la criminología nacional se define dentro del esquema de las ciencias penales, lo que le ha traído grandes beneficios ya que su objeto central —cuyo estudio lo comparte con el sistema punitivo a través de la política criminológica— representa una feliz conjunción que no hubiera tenido si su destino hubiese sido gravitar en la esfera de las ciencias sociales, viéndose reducida a una especialización social y su investigación a una especulación teórica estéril.

El instrumento para tal fin fue y sigue siendo el Instituto Nacional de Ciencias Penales (1976) y con él la culminación del proyecto innovador penal mexicano, la codificación penal, la difusión de las ciencias penales a través de *Criminalia*, la Academia Mexicana de Ciencias Penales y el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Llevó 85 años demarcar un nuevo ámbito científico en nuestro país —que rescatara “del fetiche porfiriano”— al derecho penal y a la criminología lanzándolos hacia un esquema de conocimiento y proyecto científico modernizador, bajo la rúbrica de las ciencias penales. Un esfuerzo que deberá aquilatarse en el momento de reflexionar sobre el futuro que habrá de emprender la criminología patria. Buena parte del impulso modernizador de México se debe a dichas instituciones que con gran visión resolvieron los avatares históricos de la criminología nacional incorporándola a la agenda de trabajo del INACIPE y de la AMCP.

El INACIPE ha promovido importantes investigaciones y estudios sobre diversas temáticas criminológicas; así como auspiciado la enseñanza de posgrado, difusión, extensión académica e intercambio científico y tecnológico por 40 años de fructífera vida institucional. La AMCP, por su parte, también ha proyectado a la criminología con abundantes estudios, eventos académicos de toda índole, intercambio

de especialistas (a través de miembros correspondientes nacionales y extranjeros), comisiones especiales de estudios, presencia en organismos internacionales, comunicación con gobernantes, altos funcionarios del sistema de justicia y de seguridad pública, jueces, magistrados, etcétera.

Por otra parte, no podemos soslayar tres factores democratizadores de la criminología patria que son la irrupción de la sociedad civil en los temas de seguridad y justicia, la construcción de una cultura de la legalidad a partir de los derechos humanos y el papel desempeñado por la criminología crítica²⁹ en nuestro país. El despertar de la sociedad civil (organismos no gubernamentales, sector privado, universidades y centros de estudios) que tradicionalmente se había mantenido distante a los temas de seguridad y derechos humanos y que ahora no lo están. Esta situación ha puesto en evidencia que los criminólogos no somos los únicos estudiosos de estos asuntos y, por lo mismo, debemos empezar a valor la criminología —menos de manera deductiva o jurídicamente formal—, más en términos sociales e institucionales. La criminología debe concebirse como un agregado de comunidades practicantes dentro de “límites objetos” más o menos coherentes ontológicamente —compartidos o disputados—. La criminología se ha convertido en un campo sumamente permeable en el que son esperables nuevos actores científicos provenientes de “cuarteles” inimaginables. Los líderes de la criminología nacional deben tener la habilidad para procesar estos nuevos saberes, como aportaciones o elementos a su propio conocimiento históricamente acumulado. En cuanto a los derechos humanos las recientes reformas al artículo 1o. de la Constitución federal abre los horizontes de la criminología, la libera de su carácter de disciplina auxiliar del derecho penal y le regala la posibilidad de abrirse a un campo de conocimiento mucho más amplio que es el desarrollo y la seguridad humanas. Por lo que respecta a la criminología crítica es innegable su compromiso con las víctimas de abuso de poder, su esfuerzo por poner en evidencia las verdaderas intenciones de sistemas penales antidemocráticos y de reconocerse ampliamente como un recurso intelectual a favor de la democracia y la humanidad. Las razones de su desarrollo en México, como en el resto de Latinoamérica, radica

²⁹ Sobre el origen y estado actual de la criminología crítica a nivel mundial y referencia a países particulares favor de consultarse Dekeseredy, Walter S. y Dragiewics, Molly, *Routledge Hanbook of Critical Criminology*, Nueva York, Routledge, 2012.

en la oposición al estado represor identificado —por razones incuestionables— con el positivismo y sus respectivas mutaciones posteriores hasta la actualidad. Si bien en sus orígenes, la nueva criminología surge contra la criminología oficial clásica cultivada principalmente en el Instituto de Criminología de Cambridge (en el Reino Unido); en nuestro medio gravitó y sigue gravitando en torno al cuestionamiento del estado represor y su inspiradora la criminología positivista. Nuevamente surge el fetiche positivista, otrora entre penalistas y criminólogos, criminólogos y sociólogos, y ahora entre criminólogos. Esta falacia tiene un componente real consistente en la descalificación de toda manifestación posterior al positivismo porfirista de carácter racista. Sin embargo, deslegitima todo conocimiento que no encuadre con su agenda de trabajo, por ejemplo, que estudie al delincuente en lugar de la criminalización, la delincuencia en lugar de la desviación, o la justicia desde otros planos que no sea el macro social, etcétera, lo cual es muy cuestionable. Recordemos que Caso, confunde la filosofía positivista con la ciencia; por lo que, nos llevaría a absurdos como descalificar a las ciencias sociales, educativas y del comportamiento por no ser críticas. Ahora la criminología la vemos atrapada entre la disyuntiva clínica/crítica; cuestión dogmatizada por el precario desarrollo teórico y científico que padece la criminología nacional.

Lo anterior obliga a comentar otro asunto crucial en la cronología de la criminología mexicana, la forma en cómo se ha procesado en nuestro ámbito la influencia del pensamiento criminológico mundial y las políticas criminológicas de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas. La forma en cómo viaja el conocimiento criminológico generado en el exterior hacia nuestro país; así como las perspectivas que tienen mayor acogida y el grado de asimilación de las mismas en los mundos, tanto político, como académico y social. Se realiza de manera espontánea (de acuerdo al interés de cada actor) a través de canales de transferencia elementales.³⁰ Lo an-

³⁰ El gobierno, en alianza con organismos internacionales, filtra determinados modelos de justicia y seguridad, así como tecnologías y modelos de intervención consecuentes con políticas públicas vigentes. Otros canales son, el intercambio —académico y tecnológico— del gobierno y las universidades con organismos internacionales especializados, programas académicos (investigación, docencia, divulgación, movilidad e inclusión) conducidos por grupos de especialistas en universidades o centros de investigación, actividad desplegada por asociaciones profesionales encargadas de divulgar conocimiento y hacer crítica gubernamental y social, organismos no guber-

terior no produce conocimiento coherente y consecuente con un proyecto consensado de desarrollo científico, tampoco institucionaliza a la criminología como conocimiento científico autónomo reconocido; pero sí, dispersa esfuerzos al atomizar perspectivas, aunque no produce condiciones para receptor conocimiento del exterior y adaptarlo a la explicación y propuestas de solución de los problemas nacionales. Además, no se ha desarrollado suficiente ciencia y tecnología mexicana en el campo criminológico, lo que imposibilita contrastar normas internacionales, políticas, modelos y acciones inherentes al desarrollo de la criminología y su recepción en México.

Finalmente y con el propósito de subsanar este último punto se propuso a la AMCP y al INACIPE la creación de un sistema nacional de investigación en ciencias penales y política criminológica que, de llevarse a cabo, generaría evidencia teórica y empírica sólidas, investigación especializada y nuevas acciones en materia docente, divulgación, transferencia, movilidad e innovación tecnológica y científica a través del INACIPE, como centro público de investigación. En concordancia con el documento publicado por la Asociación de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES) *Inclusión con la responsabilidad social* (2012)³¹ que plantea como prioritario para toda universidad pública y privada:

Establecer, entre las IES (Instituciones de Educación Superior) y las instancias correspondientes del gobierno federal y de los gobiernos locales, una agenda de investigación científica y humanística, basada en el principio de la responsabilidad social, que atienda problemas prioritarios para el desarrollo del país, como son la pobreza y la marginación; la inseguridad, la delincuencia y el debilitamiento del tejido social; la alimentación, el desarrollo sustentable y el desarrollo productivo regional.

De igual manera acorde con el diagnóstico de la UNAM denominado: “Elementos para la construcción de una política de Estado para

namentales con actividades especializadas en seguridad, derechos humanos y justicia penal, traducciones de obras realizadas por casas editoriales, eventos académicos diversos nacionales e internacionales, movilidad de estudiantes y profesores, y por conducto de redes académicas especializadas.

³¹ *Inclusión con responsabilidad social, elementos de diagnóstico y propuestas para una nueva generación de políticas en educación superior*, México, ANUIES, 2012, p. 100.

la seguridad y justicia en democracia”³² donde se propone: “la creación de un mecanismo formal en el seno de la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES) para diseñar un sistema nacional de vinculación para la investigación y desarrollo en materia de seguridad y justicia” (punto 31).

IV. PROPUESTA ÚNICA

De manera respetuosa, con el ánimo de aportar ideas con base en las atribuciones que le confieren la reglamentación interna respectiva de la Academia Mexicana de Ciencias Penales (AMCP), el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES) propongo que de forma conjunta con la comunidad criminológica nacional más representativa se forme un equipo de expertos con el propósito de cuestionar la forma en cómo, históricamente, se ha cultivado la criminología en México y plantear nuevas políticas y estrategias de desarrollo de cara a los retos que dicha disciplina enfrenta en los entornos nacional y mundial posmodernos en materia de seguridad, justicia y desarrollo humano sustentable.

³² Conferencia Internacional sobre Seguridad y Justicia en Democracia, “Elementos para la construcción de una política de Estado para la seguridad y justicia en democracia”, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2012, p. 38.

Breve historia de la criminalística mexicana contemporánea. Siglo XIX a la fecha

*Luis Rafael Moreno González**

Es injusto hacer tabla rasa de todo el pasado, sin reconocer, por lo tanto, lo que en criminalística aportaron los que nos antecedieron.

LA CRIMINALÍSTICA, es decir, la aplicación de la ciencia y de la técnica en la investigación de los delitos, constituye una herramienta fundamental en el curso del procedimiento penal. Tan cierto es que, como decía el maestro Alfonso Quiroz Cuarón, “sin la ciencia y la técnica no es posible hacer justicia. Generalmente —continúa el distinguido y respetado maestro— donde aparece la ciencia aplicada, la corrupción tiende a desaparecer. Que la corrupción disminuya y resplandezca la justicia basada en las técnicas criminalísticas, en beneficio de México”.¹ Estos deseos expresados en 1977, con motivo de la celebración del segundo año de vida de la Academia Mexicana de Criminalística de la que era socio, desafortunadamente no se han cumplido en su totalidad, ya que continúa la corrupción, la impunidad, así como la carencia de expertos, en el sentido estricto del término, y de suficientes laboratorios de criminalística con tecnología de punta.

Sin embargo, esto no quiere decir que en el transcurso de los años no hayan existido y existan criminalistas que han entregado todo de sí en beneficio de lo que la justicia mexicana se merece. De ellos precisamente voy a tratar, en especial de los que dieron vida a la investigación científica de los delitos y que dejaron escuela, al igual que de los alumnos y seguidores que nunca olvidaron su ejemplo ni sus lecciones.

* Médico cirujano por la UNAM, miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ Citado por Moreno González, L. Rafael, en *Evolución científica de la criminalística*, México, Academia Mexicana de Criminalística, 1977, pp. 47 y 48.

En México a fines del siglo XIX y principios del XX se empiezan a aplicar técnicas criminalísticas en la investigación de los delitos, principalmente, en la identificación de los delincuentes, como es el caso de la antropometría y de la dactiloscopia. A partir de este momento, la criminalística siguió un lento ascenso, con periodos de franco estancamiento, iniciando su rápido avance en 1971, con la aplicación del método científico en el curso de la investigación y del examen analítico-instrumental de los indicios, con técnicas de certeza. O sea, que antes se aplicaban sólo técnicas analíticas químicas de orientación, de probabilidad, algunas de certeza y muy pocas instrumentales.

Demos un claro ejemplo, en 1931, Teodoro González Miranda introdujo en nuestro país la “prueba de la parafina” que en general detecta compuestos nitrados, para determinar si una persona había disparado o no un arma de fuego. Técnica que dejó de aplicarse en la Dirección General de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, aproximadamente en 1975; no obstante, el Primer Seminario sobre Aspectos Científicos del Trabajo Policiaco, que celebró la Interpol en 1964, expresó que: “El Seminario no consideró que la tradicional prueba de la parafina tenga algún valor, ni como evidencia para llevarla ante las cortes, ni como segura indicación para el oficial de la policía. Por lo tanto, somos de la opinión que esta prueba no debería seguirse usando”.² Sin embargo, la recomendación de la Interpol sobre la “prueba de la parafina” se siguió aplicando en México durante 44 años, a pesar de su poca confiabilidad, hasta que en 1975 fue sustituida por la del “rodizonato de sodio” y la de “Harrison Gilroy”, cuyos resultados, aunque también de orientación, son más confiables que la “de la parafina”.

Aunque el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y Territorios Federales, expedido el 6 de julio de 1894, establecía que “tan luego como se haya dictado auto de formal prisión preventiva contra alguna persona, se procederá, para asegurar su identidad, a retratarla y a tomar sus medidas antropométricas conforme al procedimiento de Bertillón, cuando quede establecido este servicio”.³ El cumplimiento de esta disposición legal no fue sino hasta septiembre de 1895, con la inauguración del gabinete antropométrico de la Cár-

² Moreno González, L. Rafael, *Balística forense*, México, Porrúa, pp. 78 y 83.

³ Roumagnac, Carlos, *Elementos de policía científica*, México, Botas, 1923, p. 199.

cel de Belem, aunque le faltaba la base principal, es decir, la clasificación de las fichas signaléticas. Para subsanar las deficiencias de la antropometría, el propio Bertillón propuso el uso complementario de un valioso auxiliar que denominó “retrato hablado”. De igual manera, venciendo su resistencia, resolvió agregar las impresiones digitales a su famosa ficha antropométrica.

A instancias de don Carlos Rougmanac, en 1908, se aplicó el sistema dactiloscópico del argentino Juan Vucetich en la Escuela Correccional para Mujeres Menores establecida en Coyoacán.⁴

En 1920 se funda —conforme apunta el profesor Ernesto Abreu Gómez— la primera oficina de identificación dactiloscópica a cargo del profesor Benjamín A. Martínez, en el que fuera cuarto de baño del local que ocupaba la Inspección General de Policía del Distrito Federal, lugar en el que el benemérito profesor Martínez dio comienzo a su meritoria labor, dando muestras de auténtica vocación, al pagar con su exiguo sueldo, el primer millar de fichas.⁵

Oficina que, en 1926, convirtió en Laboratorio de Investigación Criminal, permaneciendo como su director hasta 1933, debido a habersele imputado el hecho de haber ofendido, a través de un artículo publicado en un semanario de la capital, al Poder Ejecutivo federal. De inmediato, se hizo cargo del Laboratorio hasta su muerte ocurrida en 1941, el señor Antonio B. Quijano.

Cuenta el profesor Ernesto Abreu Gómez, en su interesante obra *La identificación criminal y científica en México* (1951),

que el antiguo Gabinete Antropométrico de la Penitenciaría del Distrito Federal se anexó al Laboratorio de Criminalística e Identificación de la Jefatura de Policía y fue cuando comenzó a formarse un archivo dactiloscópico doble, por lo que se le denominó Gabinete Dactilo-antropométrico y su principal misión consistía en identificar a todos los detenidos contra los cuales se dictara auto de formal prisión y después expedir los documentos de identificación para agregar a su expediente penal, como ordena la ley respectiva.⁶

⁴ *Ibidem*, p. 235.

⁵ Abreu Gómez, Ernesto, *La identificación criminal y la policía científica*, Mérida, México, s. e., 1951, p. 35.

⁶ *Idem*.

A continuación, me voy a permitir rememorar lo que, en el curso de 55 años (1960-2015), dedicado al cultivo de la criminalística, he vivido, haciendo especial mención de quienes considero fueron pilares e hicieron escuela, así como importantes aportaciones al desarrollo de esta disciplina. Me disculpo, de antemano, si he omitido alguno.

Me ocuparé en principio de las contribuciones de los profesores Carlos Roumagnac y Benjamín A. Martínez, que considero fueron en México los dos pilares del inicio de la identificación criminalística de las personas.

Carlos Roumagnac (1875-1937)

Desde joven se dedicó al periodismo y a la traducción de obras francesas, fue miembro de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, y coautor, con Alberto Leduc y Luis Lara Pardo, del *Diccionario de geografía, historia y biografía mexicanas*, en el que redactó los temas geográficos. Profesor de la Escuela Científica de Policía de México, incursionó con éxito en los temas criminológicos y policiacos. Por lo que respecta a su obra *Elementos de policía científica* (1923), fue adoptada como texto en la escuela de la que era profesor.⁷

Benjamín A. Martínez Solís (¿?-1944)

Se le considera uno de los pilares de la criminalística mexicana, junto con Carlos Roumagnac de quien fue contemporáneo, fundó el Servicio de Identificación Judicial Militar, el Servicio de Identificación Dactiloscópica de la Policía de la Ciudad de México (1920), el Laboratorio de Investigación Criminal (1926) y el Servicio de Identificación del Ejército. Socio de la International Identification Association y de la American Academy of Political and Social Science. Asimismo, presidente honorario de la Asociación Mexicana de Detectives y vice-presidente del Primer Congreso Nacional de Policía, en el cual fue laureado por aclamación como policólogo. De su producción científica tenemos *Guía del operador dactiloscopista* (1923), *Dactiloscopia. Mis lecciones* (1930), *Jerga carcelaria*, “caló” (1930), *La*

⁷ Moreno González, L. Rafael, *Antología de la investigación científica*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2001, p. 229.

deportación su inutilidad, medios de corrección (1933) y *Doce observaciones. Heridas a boca de jarro* (1933), las dos primeras fueron las obras más consultadas.⁸

Teodoro A. González Miranda

Alumno y colaborador del profesor Benjamín A. Martínez en el Laboratorio de Identificación Criminal de la Ciudad de México. Informado de que en Cuba se había descubierto una técnica para poder determinar si una persona había disparado o no un arma de fuego, se dirigió a La Habana y se puso en contacto con el doctor Fernández Benítez, reconocido criminalista cubano, al igual que Israel Castellanos, autor del volumen *La prueba de la parafina* (1948). De regreso a México, en 1931, introdujo el procedimiento de Fernández Benítez, después conocido con el nombre “prueba de la parafina”, cuya correcta denominación debiera ser “prueba Iturrioz-Benítez”, debido a que es una modificación al procedimiento del doctor Gonzalo Iturrioz, quien tuvo la idea de usar la parafina como medio captatorio de los compuestos nitrados producto del disparo de un arma de fuego. En 1933, en el Laboratorio de Investigación Criminal de la Ciudad de México, en presencia del profesor Benjamín A. Martínez, su director, le demuestra al señor Ayres, Sheriff de California, de los Estados Unidos de Norteamérica, las bondades de la “prueba de la parafina”, trayendo como consecuencia su incorporación a los laboratorios de criminalística de la Unión Americana.⁹

Ernesto Abreu Gómez (1914-2006)

Fue alumno del profesor Benjamín A. Martínez Solís con quien vivió, a su lado, los albores de la policía científica en México, graduado de la Academia de Policía Científica de México, miembro de la Sociedad Mexicana de Criminología y de la Asociación Internacional de Identificación, materia en la que se especializó. En 1936, fundó la Oficina de Identificación Dactiloscópica de la Procuraduría General de Justicia de su estado natal (Yucatán), institución en la que desempeñó

⁸ *Ibidem*, p. 181.

⁹ *Idem*.

los siguientes cargos de los organismos que él fundó: jefe de la Oficina de Averiguaciones Previas, jefe de la Policía Judicial, profesor del Instituto de Capacitación, jefe del Departamento de Identificación y del Laboratorio de Criminalística. Aplicó por vez primera, en México, la informática con fines identificativos. Se le consideró en el 2000 el “Decano de la Criminalística”. En su obra *La identificación criminal y la policía científica en México* (1951), hace valiosas aportaciones a la historia de la criminalística mexicana.¹⁰

Fernando Beltrán Márquez

Investigador mexicano experto en identificación judicial y en técnica policial, fue discípulo de Benjamín A. Martínez. Por más de tres décadas prestó sus servicios a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, ocupando la mayor parte de ese tiempo la jefatura del Laboratorio de Criminalística e Identificación Judicial, formó a muchas generaciones de peritos en dactiloscopia, entre los que se destacó la profesora Arminda Reyes Martínez, autora de la obra *Dactiloscopia y otras técnicas de identificación* (1983).¹¹

José Gómez Robleda (1904-1988)

Médico de profesión con especialidad en psiquiatría, fue profesor en la Universidad Nacional Autónoma de México, en el Instituto Politécnico Nacional y en la Escuela Normal Superior de Maestros. Junto con Alfonso Quiroz Cuarón se ocupó del estudio de la personalidad de Ramón Mercader del Río, el asesino de León Trosky, y de Gregorio Cárdenas Hernández, mejor conocido como “el estrangulador de mujeres”. Tuvo bajo su responsabilidad, en 1929, la Sección Médica y de Laboratorio del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social. Asimismo, en 1940, presidió la Oficina de Peritos de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, revisando e innovando las técnicas aplicadas en el examen de los indicios. Incursionó con éxito en estudios de biotipología, sociología, criminalística, psiquiatría forense y criminología. Su producción científica fue, por tanto,

¹⁰ *Ibidem*, p. 17.

¹¹ Moreno González, L. Rafael, *Notas personales*, s.e.

abundante y variada, así tenemos *El síndrome universitario* (1935), *Pescadores y campesinos* (1943), *Problemas de la universidad* en colaboración con Lucio Mendieta y Núñez (1946), *Imagen del mexicano* (1948), por sólo mencionar algunos títulos representativos.¹²

Alfonso Quiroz Cuarón (1910-1978)

Máxima figura de la criminología mexicana que durante su vida se ocupó especialmente de que siempre y no por excepción se llevara a cabo el estudio científico de la personalidad del delincuente, así como de transformar las prisiones en verdaderos centros de tratamiento y de readaptación. Además, propugnó por la creación de laboratorios de criminalística para el examen técnico-científico de los indicios, en sus palabras: “Testigos mudos que no mienten”. Por lo tanto, sus intereses se encontraron preferentemente en el ámbito de la medicina forense, de la criminología, de la criminalística y del penitenciarismo. La primera, obra de César Lombroso; y la segunda, de Hans Gross.

En 1939, en la UNAM, presentó el examen para obtener el título de criminólogo, con la tesis *El examen somático y funcional. Su técnica*. Intervino, junto con los doctores Alfonso Millán y José Sol Casao, en el examen criminológico del homicida Higinio Sobera de la Flor, llamado por la prensa “el Pelón Sobera”. Igualmente, participó en la identificación y aprehensión de Alfredo Héctor Donnadieu, alias Enrico Sampietro, famoso falsificador de moneda.

Impartió durante muchos años las cátedras de Medicina forense y Criminología, en la UNAM. Fundó, en 1941, la sección de Investigaciones Especiales del Banco de México. Señaló reiteradamente la necesidad de seleccionar y capacitar a los futuros policías, y de crear el Casillero Criminal Nacional. Asimismo, que trabajaran en equipo en el lugar de los hechos el agente del ministerio público, el personal del laboratorio de criminalística, el médico forense y los agentes de la policía judicial. En resumen, fue un entusiasta y tenaz impulsor en México de la medicina forense, la criminalística, la criminología y el penitenciarismo. Entre sus obras más conocidas tenemos *La criminalidad en la República mexicana* (1958), *La pena de muerte* (1962), *Asaltos a bancos en Venezuela y América* (1964), *Psicoanálisis del*

¹² Moreno González, L. Rafael, *Antología de la investigación científica*, cit., p. 107.

homicidio, en colaboración (1965) y *Medicina forense* también en colaboración (1977).¹³

Maximiliano Ruiz Castañeda (1898-1992)

Médico, académico e investigador reconocido internacionalmente. Premio Nacional de Ciencias y Arte en el área de Ciencias Físico-Matemáticas y Naturales (1948), Orden Nacional al Mérito por el Gobierno de la República de Ecuador, Medalla Luis Pasteur, otorgada por el gobierno de Cuba; Condecoración al Mérito Científico, otorgado por el gobierno del Estado de México; Premio del Consejo para la Investigación Médica, otorgado por el presidente Luis Echeverría, etcétera. Descubrió la vacuna contra el tifus, la que se conoció como la vacuna antitífica castañeda, utilizada durante la Segunda Guerra Mundial.

Se le menciona en este trabajo con motivo de su tesis recepcional para obtener el título de médico cirujano, titulada *Estudio sobre la identificación de un individuo por una mancha de sangre* (1923), hasta hace poco tiempo grave problema criminalístico sin resolver. Asiste en 1991, invitado por el director general de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, al Laboratorio de Química, bajo la jefatura de la químico fármaco-biologa Martha Franco de Ambriz, a quien enseñó el procedimiento por él descubierto. Aunque no resolvía satisfactoriamente la cuestión, si fue un meritorio e importante paso que culminaría con la técnica del ácido desoxirribonucleico, descubierta accidentalmente por el genetista británico Alec Jeffreys (1985).¹⁴

Arturo Romano Pacheco (1921-2015)

Catedrático e investigador mexicano se especializó en antropología física. Entre sus trabajos más importantes destacaron los estudios realizados a las osamentas de Pakal “el Grande”, la Reina Roja de palenque, Eusebio Francisco Kino y especialmente el hallazgo e identificación de los restos de sor Juana Inés de la Cruz. A partir de 1971 la Dirección General de Servicios Periciales de la Procuraduría Gene-

¹³ *Ibidem*, p. 213.

¹⁴ *Ibidem*, p. 237.

ral de Justicia del Distrito Federal, cuenta con su valiosa presencia y colaboración, fundando, en 1992, el gabinete de antropología forense, primero y único en su género en la República mexicana. Su obra escrita es basta y de gran seriedad científica, contribuyendo de esta forma al desarrollo de la antropología en México.

Una vez reseñadas las figuras estelares que iniciaron y sentaron, a través de importantes aportaciones, las bases de la criminalística mexicana, mencionaré, como un acto de estricta justicia, a otros cuyo mérito fue el haber fundado importantes departamentos de identificación judicial, con base en las enseñanzas y ejemplo de Benjamín A. Martínez y Carlos Roumagnac, a saber: Luis Lugo Hernández y Luis F. Tuyu, en Yucatán (1916); Antonio Bárcenas Arroyo, en Hidalgo (1933); Rodríguez Sandoval, alumno del profesor Benjamín Martínez, en el Estado de México (1938) y Carlos D. Chavat, en Jalisco (1947), por mencionar algunos.

Mencionadas las personalidades que considero, por sus aportaciones a la criminalística, los pilares más significativos citaré a continuación, en la forma más breve posible, los momentos que, a mi juicio, son los de mayor trascendencia de 1959 a la fecha. Claro, no sin antes hacer notar el estado que han guardado, en el paso de los años, los servicios periciales de las Procuradurías de Justicia de las entidades federativas, específicamente de los laboratorios de criminalística, que en su mayoría eran más bien departamentos de identificación judicial, con una sección de química, en donde se aplicaba fundamentalmente “la prueba de la parafina”; es decir, no eran antes de 1971, en el sentido estricto de la palabra, laboratorios de criminalística. Razón por la que me concretaré a los servicios periciales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, que han sido siempre punto de referencia de los avances en materia pericial. Fiel reflejo, por lo tanto, de lo que ha acontecido en México, en el curso de la historia, de la disciplina a la que le dio vida Hans Gross. En lo referente al laboratorio de criminalística de la Procuraduría General de la República, se ha ocupado, más bien, de la identificación de estupefacientes y psicotrópicos, excepcionalmente de indicios de otra naturaleza, que sí realiza a partir del 2011.

En la década de los cincuenta —cuenta la maestra Martha Franco de Ambriz— la Procuraduría del Distrito se encontraba situada en las calles de Lafragua, frente al Monumento a la Revolución, y el Laboratorio de Criminalística consistía en un Archivo Dactiloscópico que

había sido creado desde 1938 y en un pequeño baño habilitado como laboratorio químico, en donde sólo se practicaba la “prueba de la parafina”, y los dictámenes de química de otra índole los practicaban los peritos en laboratorios particulares o con el auxilio de sus maestros. Existía, además, un gran salón que funcionaba como Dirección de Servicios Periciales, con un oficial administrativo, en donde se elaboraban los dictámenes de especialidades diversas: grafoscopia, balística, valuación, tránsito, incendios y explosiones, etcétera.¹⁵

Ahora bien, después de un largo periodo de letargo, en buena parte debido a que las autoridades no le daban la debida importancia al papel que jugaba la criminalística en el curso del procedimiento penal, cuando en realidad ha sido y es fundamental, inicia su etapa ascendente en 1971, en la Dirección General de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, al aplicar al examen de los indicios, tanto biológicos como no biológicos, métodos y técnicas analítico-instrumentales, que en gran parte eran desconocidas y que a continuación enumero, así como algunas aportaciones y logros de diversa índole que considero fundamentales.

1. La técnica de Walker.
2. La técnica del rodizonato de sodio y de Harrison Gilroy.
3. La espectrofotometría de absorción atómica.
4. La cromatografía en placa fina y de gases.
5. La espectrofotometría ultravioleta-visible e infrarroja.
6. La microscopía electrónica de barrido con analizador de rayos X.
7. La espectrometría de masas.
8. El inmunoanálisis.
9. La técnica electroforética.
10. Las técnicas cristalográficas y de desarrollo de color.
11. La fotografía en color.
12. La microfotografía.
13. La identificación computarizada de la marca y tipo de las armas de fuego, mediante el examen de los casquillos y proyectiles disparados (Ibis-Drug fire).
14. El sistema computarizado de identificación (Printrak).

¹⁵ Franco de Ambriz, Martha, *Apuntes de historia de la criminalística en México*, México, Porrúa, 1999, pp. 32 y 33.

15. La técnica de superposición foto-radiografía.
16. Técnicas odontológicas.
17. Técnicas histológicas.
18. La metodología completa para examinar sangre, semen y pelos.
19. Técnicas radiológicas de identificación.
20. Se funda el laboratorio de genética forense (1991).
21. Se establece un muestrario de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, en forma de productos farmacéuticos.
22. La técnica de la fosfatasa ácida.
23. Se metodiza la presentación de casi todos los dictámenes, fundamentalmente los emitidos con motivo del tránsito de vehículos y criminalística de campo.
24. Se aplican los lineamientos de trabajo del método científico en la investigación pericial.
25. Se capacitan peritos y, en otros casos, se complementa su formación profesional.
26. Se apoya el establecimiento o desarrollo de Direcciones de Servicios Periciales en los Estados.
27. Se abren las puertas de la Dirección de Servicios Periciales al estudiantado universitario, promoviendo visitas.
28. Se establece comunicación con organismos del extranjero (FBI, Scotland Yard).
29. Se edita el boletín *Indicios*, con trabajos de peritos del Laboratorio de Criminalística.
30. Se envían peritos a actualizarse tanto al Southwestern Institute of Forensic Sciences en Dallas (Texas), como al Lab Criminalistic del Departamento de Policía de Houston (Texas) y a Quantico Academy del FBI.
31. Se establecieron reuniones nacionales de directores de servicios periciales.
32. Nace en 1975 la Academia Mexicana de Criminalística, inspirada en la Academia Mexicana de Ciencias Penales (1940), gracias al entusiasmo de un pequeño grupo de criminalistas de la Dirección General de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

De igual manera, se organiza, en 1974, el Ciclo de Conferencias sobre “Metodología del Trabajo Científico”, publicado por *Criminalia*

en 1975, núms. 1-6, de enero a junio, dictado por distinguidos científicos, todos profesores e investigadores de la UNAM. Por mencionar algunos, el doctor Ruy Pérez Tamayo explicó el tema “La observación científica”; el doctor Carlos Biro Rosenblueth, “La hipótesis”; el doctor Jesús Kumate Rodríguez, “Planeación del experimento”, y el doctor Felipe Pardinas Illanes, “La demostración científica no experimental”.

Fue tal el interés de los peritos por los temas tratados, que se invitó nuevamente al doctor Pardinas Illanes para que abordara el tema “Metodología de la problemática criminalística”, conferencias que fueron editadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en 1976.

Se dio fin a esta etapa de formación y actualización profesional con la conferencia “El método científico en la investigación criminalística”, dictada por el doctor Jorge A. Serrano M., profesor de la Universidad Iberoamericana. Quedó constancia de la misma al publicarla la Academia Mexicana de Criminalística, en 1980.

La especialización de los peritos químicos era necesaria y se contó para ello con el valioso auxilio de la División de Estudios Superiores de la Facultad de Química de la UNAM, impartiendo los siguientes cursos: Curso intensivo teórico-práctico de espectroscopía ultravioleta visible aplicada a la investigación criminalística (1975), Curso intensivo teórico-práctico de espectroscopía en el infrarrojo aplicada a la investigación criminalística (1975), Curso intensivo sobre microscopía, sistemas ópticos especiales y microfotografía (1975), Curso intensivo de técnicas cromatográficas aplicadas al examen de la evidencia física (1976). Asimismo, la Escuela de Ingeniería Mecánica y Eléctrica del IPN, participó capacitando a peritos en hechos de tránsito y a peritos mecánicos. Con ambas instituciones, la UNAM y el IPN, se estableció fructífera comunicación.

Se inaugura en 1976 el Instituto Nacional de Ciencias Penales, organismo de enseñanza superior e investigación de las disciplinas penales, entre las que se encuentra la criminalística, obra del doctor Sergio García Ramírez, fungiendo como su primer director general el doctor Celestino Porte Petit, luz del derecho penal y maestro de penalistas.

En 1983, el químico Bob Warkentein, jefe del laboratorio de química del Departamento de Policía de Houston (Texas), imparte el ciclo de conferencias titulado “Técnicas analíticas forenses para la identificación de drogas”.

En 1984, el balístico forense Chuck Anderson, jefe de la unidad de balística forense del Departamento de Policía de Houston, imparte el ciclo de conferencias titulado “Balística forense identificadora”.

Así pasaron catorce años (1971-1985) de intensa labor de capacitación y actualización, me atrevería a decir de profesionalización de los peritos de la Dirección General de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Asimismo, en ese tiempo se dotó al laboratorio de criminalística de equipo moderno que permitiría el examen técnico-científico de los indicios, con resultados altamente confiables, o sea, se pasó a la época de la modernidad.

En 1985 se desploma totalmente el edificio de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, a causa del sismo que azotó a la Ciudad de México, con lamentables pérdidas del personal que en ese momento estaba trabajando. Con el fin de no dejar de atender las peticiones del ministerio público, se instala la Dirección General de Servicios Periciales en una casa desocupada, en cuya cocina se establece el laboratorio de química. A pesar de tan lamentable situación, las solicitudes fueron siempre atendidas con eficacia y oportunidad. A fin de evitar el desánimo de los peritos por la pobreza de las instalaciones, el director de Servicios Periciales les recordaba las siguientes palabras del científico inglés Gamgee: “Jamás noté que la calidad de la jaula influyera en el canto del pájaro”. Efectivamente, las instalaciones las hacen los hombres, quienes, finalmente, son los responsables de su prestigio o desprestigio.

En 1992 se reinaugura el Laboratorio de criminalística de los Servicios Periciales con magníficas instalaciones, contando con el equipo que permitía el análisis científico de los indicios, es decir, aplicando tecnología de punta. En tan importante ocasión el director, en el discurso inaugural, expresó, “El día de hoy la procuración y administración de justicia reinicia su etapa ascendente, convirtiendo la criminalística en la esperanza de los inocentes y en el terror de los culpables”.

El intenso trabajo en equipo de los peritos de los Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, con el fin de elevar la calidad técnico-científica de la criminalística nacional y ponerla a la altura de los países más avanzados, trajo como consecuencia la modernización de los servicios periciales, así como la profesionalización de sus peritos. Despertar que tuvo feliz eco en las procuradurías estatales, actualizando algunos de sus procedimientos y técnicas.

Motivo de orgullo de la criminalística nacional fue la reinauguración (2011) de los Servicios Periciales de la Procuraduría General de la República, importante inversión del gobierno federal con el apoyo del Plan Mérida. Sus instalaciones excelentes; su equipo de análisis instrumental con tecnología de punta; el personal directivo formado profesionalmente, durante muchos años, en la Dirección General de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, contando, por lo tanto, con sólidos conocimientos y una gran experiencia.

Actitud científica, es decir, espíritu crítico; metodización de la investigación; toma de conciencia de los límites y alcances de la criminalística y de los errores en que los peritos pueden incurrir; capacitación y permanente actualización, trajeron como consecuencia el nacimiento de un nuevo tipo de experto, al igual que la renovación de los procedimientos y técnicas criminalísticos. En ello jugaron un papel muy importante los maestros Salvador Iturbide Alvirez y Javier Piña y Palacios, quienes, cuando tuvieron a su cargo la Dirección del Instituto de la Procuraduría del Distrito Federal, con gran acierto desempeñaron su importante responsabilidad.

Considero que actualmente la criminalística nacional camina por la senda de la modernidad. El que no desvíe su curso dependerá de que esté atenta a los logros científicos y tecnológicos que pueda aplicar en la lucha contra la criminalidad, fenómeno de patología social que sigue al hombre como la sombra al cuerpo.

Evolución de la medicina forense en México 1940-2015

*Mario Alva Rodríguez**

EN 1940, la Ciudad de México alojaba a un millón, 757 mil, 530 habitantes, hoy son 8 millones, 840 mil. El país contaba con 19 millones, 653 mil, 552 personas, hoy son 125 millones, 958 mil, 881 las que lo habitan.

En dicho año, la materia se denominaba generalmente como, medicina legal, era ejercida empíricamente por médicos con dedicaciones profesionales diversas, ya que no existía, de manera formal, la especialidad.

Las necesidades periciales médicas de las instituciones de procuración e impartición de justicia, se cubrían con la contratación temporal o permanente de médicos que deseaban allegarse un ingreso económico añadido al de su desempeño privado.

Por fortuna, algunos de ellos descubrieron que la materia era fascinante y que tenía gran relevancia para la resolución de los asuntos que habían motivado su intervención y, al perseverar en la ocupación, fueron adquiriendo conocimientos y experiencia, que los convirtieron en destacados expertos.

Sin embargo, hay que decir que el ejercicio de la medicina legal se daba en condiciones muy precarias, pues no existían locales apropiados, ni instrumental y equipo de apoyo y los sueldos eran muy bajos. Todo ello observable en las entidades federativas, con una moderada mejoría en algunas ciudades capital y, con mejor organización en el Distrito Federal.

El Servicio Médico Legal del Distrito Federal, se alojó en oficinas anexas a las cortes penales inmediatas a la Penitenciaría del Distrito Federal (Lecumberri) en donde los peritos resolvían sobre clasificación de lesiones, determinación de edad, delitos sexuales, psiquiatría, etcétera. En el mismo edificio se encontraba el laboratorio de toxicología.

* Médico cirujano de la Escuela Médico Militar, miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

La práctica de autopsias se llevaba al cabo en un local, totalmente inadecuado, del Hospital Juárez de la colonia de los Doctores en el Distrito Federal, tanto por los peritos del Servicio Médico Legal, como por los médicos del propio Hospital. Allí concurrían los estudiantes de las escuelas de Medicina y de Jurisprudencia, a recibir las enseñanzas de los profesores de la materia.

El Servicio Médico Legal para la administración de la justicia en el Distrito Federal se regía por la Ley Orgánica de los Tribunales Comunes del Distrito y Territorios Federales, expedida el 28 de enero de 1935, que en su artículo 219 expresaba: “El Servicio Médico Legal del Distrito Federal será desempeñado por los médicos de delegaciones, de hospitales, de cárceles y por los peritos médicos-legistas...”.

Existe de acuerdo con este ordenamiento, un cuerpo de peritos médicos independiente totalmente de las delegaciones, hospitales y cárceles, adscrito al Tribunal Superior de Justicia. Funciona de acuerdo con un Reglamento interior que fue expedido el 27 de junio de 1921 y que en su artículo 1o. establece que: “...el cuerpo de peritos médicos legistas contará para la realización de sus fines con una oficina, un anfiteatro de disecciones y un laboratorio para peritos químicos...”.

La misma Ley en su artículo 224 dice:

...habrá en la Ciudad de México 15 peritos médicos legistas que se encargarán del servicio médico legal del Distrito Federal y de los cuales, cuando menos tres deberán ser especialistas en psiquiatría y cuando menos dos deberán dedicarse a la resolución de los problemas relacionados con la Medicina del Trabajo...

Auxilian en sus labores, a estos peritos, dos peritos auxiliares, dos químicos toxicológicos, un anatomopatologista, un laboratorista clínico o bacteriólogo y el personal administrativo por un secretario que debe ser médico.

Una de las características de esta ley es la que dispone que

...el cargo de perito médico-legista se obtendrá por oposición ante Jurado, presentando el aspirante una prueba práctica y el desarrollo de un tema teórico de Medicina Legal; deberá reunir el que aspire al puesto de perito, los siguientes requisitos: tener más de 30 años de edad y cuando menos 5 de práctica profesional.

Desgraciadamente ésta sana disposición, ante la carencia de aspirantes idóneos, se vio sustituida en la realidad por un nombramiento directo proveniente de un nivel superior, que no siempre resultó acertado.

En 1940, el Servicio Médico Legal del Distrito Federal era la única institución colegiada de la materia de la República mexicana, por lo que solicitaban su auxilio, no sólo el Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales del cual dependía directamente, sino también la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, la Procuraduría General de la República, los juzgados de distrito, los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal para menores, los Tribunales Superiores de Justicia y las Procuradurías de Justicia de todas las entidades federativas.

Ante tan considerable demanda, se hizo evidente la necesidad de que el Servicio contara con instalaciones propias, una mejor dotación en material y equipo y un mayor número de personal. Fue así que el 24 septiembre de 1960 se inauguró el nuevo edificio en la calle de Niños Héroes de la colonia de los Doctores, en el que iniciaron labores el siguiente 9 de noviembre.

Por Decreto publicado el 29 de diciembre de 1961, se asignó a la institución el nuevo nombre de Servicio Médico Forense del Distrito Federal. Cabe mencionar aquí que ya en 1958, el Consejo Técnico de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México había cambiado el nombre de la cátedra de Medicina Legal al de Medicina Forense. Unos meses después la Facultad de Derecho de la propia Universidad adoptó la misma denominación para la materia.

La puesta en marcha del nuevo edificio mencionado pareció actuar como detonador en el reconocimiento de la importancia de la medicina forense por parte de las autoridades y médicos en todo el país. Esto se manifestó en tres ámbitos: primero en la remodelación o construcción de instalaciones mayormente adecuadas, segundo en la aparición de cursos para especialización de profesionales en medicina forense y en tercer lugar, en la efervescencia de reuniones, jornadas, simposios y congresos en todo el país.

La Dirección General de Servicios Médicos del Distrito Federal logró que en el Hospital Rubén Leñero se instalara una Agencia del Ministerio para facilitar la intervención pericial de los médicos que ahí laboraban y desde 1960 se autorizara la práctica de necropsias. En 1962 recibieron igual autorización los Hospitales de urgencias de Xoco y de Balbuena.

En el Servicio Médico Forense (SEMEFO) del Distrito Federal se organizó en 1964 el primer curso de adiestramiento en Medicina Forense, que contó con el apoyo de la División de Estudios Superiores de la UNAM y de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal que adquirió un carácter introductorio y tuvo una duración de diez meses.

En 1971 se desarrollaron en el puerto de Veracruz las primeras Jornadas para el mejoramiento profesional de los peritos médicos del estado. Ese mismo año se protocolizó el Colegio de Médicos forenses del estado de Veracruz y de la República mexicana.

En 1974 fundaron el Instituto de Medicina Forense con el aval de la Universidad Veracruzana. Allí mismo, se inicia la maestría en Medicina Forense, que tiene una duración de cuatro semestres. En los Servicios Médicos del Departamento del Distrito Federal se organizó, en 1974, el curso de especialización y maestría en Medicina Legal, con duración de dos años, impartido por la Asociación de Medicina Legal contando con el reconocimiento de la UNAM.

En 1980 se dio inicio a la maestría en Medicina Forense, con duración de tres años, en la Escuela Militar de graduados de sanidad, de la Universidad del Ejército y Fuerza Aérea.

En 1984 se formalizó el curso de especialidad en Medicina Forense, con duración de dos años, con sede en el Servicio Forense del Distrito Federal y aval académico de la sección de graduados de la Escuela Superior de Medicina del Instituto Politécnico Nacional.

Sucesivamente se fueron añadiendo sedes para la especialización, en varios estados de la federación, a saber: Guadalajara, Jalisco; Toluca, Estado de México; Culiacán, Sinaloa; Hermosillo, Sonora; Morelia, Michoacán; Monterrey, Nuevo León y otras más.

De entonces a la fecha se han impartido en todo el país, numerosos cursos sobre la materia, ya sea con el carácter de introductorios, actualizaciones, monográficos o de otro alcance. Dichos cursos se han efectuado en diversas instituciones universitarias, institutos de capacitación de Procuradurías de Justicia, el Instituto Nacional de Ciencias Penales, en Servicios Periciales y Médico Forenses y hasta en sociedades y asociaciones civiles, de alguna manera relacionadas con las ciencias forenses.

En las instalaciones del SEMEFO del Distrito Federal, se impartieron, en los años ochenta, los primeros cursos monográficos sobre odontología, antropología, entomología y psiquiatría forenses, que dieron lugar a la creación o a la consolidación de los Departamentos corres-

pondientes, primero en el servicio mismo y luego, como una consecuente necesidad, en los servicios de toda la República.

También en el SEMEFO del Distrito Federal se desarrolló un curso de formación de técnicos embalsamadores, cuyos egresados se esparcieron por el país. Por sus enormes repercusiones, es pertinente mencionar que la catástrofe consecutiva a los sismos de septiembre de 1985 significó para el Servicio una exigencia extrema, que lo llevó a su punto de saturación y hasta puso en riesgo su integridad material.

Afortunadamente, los extensos daños sufridos no afectaron a la estructura y se pudo continuar laborando gracias a la conducta responsable de los trabajadores y así se cumplió con las funciones legales y sociales que le competían.

Unos meses más tarde, las autoridades del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal dispusieron que se implementara una amplia remodelación del edificio, lo que le permitió continuar en actividad hasta el 2008, en que se muda a un moderno edificio situado a unos cuantos metros hacia el sur y más tarde (2011), cambia su nombre a Instituto de Ciencias Forenses.

En provincia, en la que, como regla general, las condiciones de toda índole (número y preparación de los peritos, anfiteatros, instrumental y equipo) iban a la zaga de las prevalecientes en el Distrito Federal las Procuradurías de Justicia locales emprendieron mejoras en las áreas de trabajo y en la capacitación de los peritos médico forenses.

Paulatinamente se han ido acortando las distancias y al presente se encuentran servicios médico forenses de alto nivel como son los de Guadalajara (Jalisco), que a partir de agosto de 1998 constituyeron el Instituto Jalisciense de Ciencias Forenses, los de Toluca (Estado de México), los de Culicán (Sinaloa), los de Monterrey (Nuevo León), etcétera.

Cierto es que todavía en muchos servicios médicos periciales periféricos se padecen carencias tanto materiales como humanas, que se deben corregir.

En México, hasta mediados del siglo pasado, las especialidades en las distintas ramas de la medicina se ejercían por simple elección de los médicos que así lo deseaban.

Ya desde fines del siglo XIX, en países de Europa y, más tarde, en los Estados Unidos, el carácter de especialista sólo se reconocía después de acreditar los correspondientes cursos diseñados para tal fin.

Fue bajo la influencia de este mecanismo que empezaron a implementar los cursos de especialidad de nuestro país.

Dichos cursos se han visto reforzados, en busca de las más altas calidades, por la aparición de los Consejos propios de cada especialidad. Estos tienen como función primordial controlar el nivel de preparación de los especialistas y promueven que el ejercicio de las especialidades sólo se permita a quienes estén certificados por el Consejo que le corresponde.

Se exige igualmente la recertificación periódica, generalmente con plazos de cinco años, para que los profesionistas perseveren en su educación médica continua y se mantengan actualizados.

En 1963 se fundó el primer Consejo que correspondió a la especialidad de Anatomía Patológica. Sucesivamente se han constituido nuevos Consejos; en 1974 la Academia Nacional de Medicina otorgó reconocimiento a diez Consejos, para 1990 ya eran treinta. Actualmente son 47, dentro de los cuales se encuentra el Consejo Mexicano de Medicina Legal y Forense A. C. que se constituyó en 1990.

Respecto al número de médicos especialistas certificados, en 1974 eran 500, en 2000 había 59,064 y desde entonces, se viene dando un incremento considerable en tal afiliación.

Como un elemento añadido de control y apoyo de los Consejos se formó en 1995 un Comité Normativo Nacional de Consejos Especialidades Médicas, compuesto tanto por representantes de la Academia Nacional de Medicina, como de la Academia Mexicana de Cirugía y de la Asamblea de Consejos de Especialidades Médicas, que se caracteriza por ser permanente, multidisciplinario, representativo y autónomo y que tiene la capacidad de otorgar la idoneidad y el refrendamiento periódico a los Consejos.

Resulta así que los médicos que pretendan obtener su registro como especialistas deberán exhibir el diploma universitario de la especialidad y el certificado del Consejo respectivo que cuente con el reconocimiento de idoneidad del Comité Normativo Nacional.

Para el registro de los certificados o diplomas de especialidad médica se deberá contar con la aprobación de la Secretaría de Salud y de la Secretaría de Educación Pública, que a través de su Dirección de Profesiones expedirá la autorización para ejercer la especialidad médica en cuestión.

También se han efectuado múltiples reuniones, jornadas y congresos, de alcance doméstico, local, regional, nacional e internacional, a todo lo ancho y largo de la República.

Tal proliferación de cursos y reuniones traduce lo que ya nadie pone en duda el interés y la enorme importancia que tiene la medicina

forense para una impecable administración de justicia. Claro está que aquellas actividades no sólo deben valorarse por su número, sino también por el cumplimiento con altas calidades científicas y éticas; pero sobre todo deben por ningún motivo, convertirse en jugosas fuentes de ingresos monetarios, lo que lamentablemente sucede con cierta frecuencia.

Una actividad colateral de gran proyección, llevada a cabo en los servicios médico-forenses es la docencia; actividad que desde 1940 se viene desarrollando y que seguramente seguirá en el futuro.

Las universidades, las escuelas y las facultades de medicina y derecho, las de odontología y enfermería, los institutos de formación profesional pericial y de policía, encuentran ahí materiales valiosos para la formación de sus alumnos. Los cadáveres son fuentes extraordinarias de conocimientos y la gran variedad de asuntos médico-legales que se ventilan ofrece opciones sin límite de aprendizaje, para los alumnos que acuden, independientemente de la clase de estudios que estén cursando. Lo mismo que se trate de pregrados, técnicas específicas e inclusive, de investigación.

De manera complementaria de los servicios médico-forenses han surgido numerosos autores de libros y artículos sobre la materia. Para justipreciar estas autorías es conveniente citar que los estudiantes de medicina legal, a mediados del siglo XX (1940), se veían en la necesidad de consultar obras de autores franceses, italianos y españoles ante la ausencia de textos actualizados de autores mexicanos.

Hay que recordar que la medicina forense se compone de un cuerpo de conocimientos de base que son válidos en todo el mundo, pero que también contiene criterios que se derivan de la legislación propia de cada país, lo que con frecuencia significa enorme diferencias.

Por ello, la necesidad de recurrir a la consulta de obras nacionales que llenen esos requerimientos. Por fortuna, esto ha venido aconteciendo y no es vano reiterar que los progresos de las ciencias médicas y las actualizaciones de las ciencias jurídicas, deben ser incorporados a los textos que se ofrecen a los estudiosos.

Hay ya una larga lista de autores nacionales, integrada a lo largo de estos últimos 75 años, que permite al lector particularizar, según el estilo y el tratamiento de los temas, en la elección que conviene más a sus fines.

Es justo reconocer que una de las debilidades de los servicios médico-forenses en nuestro país es la investigación científica. No obstante,

en dichos servicios existe un gran potencial para efectuarla, por la diversidad y el gran número de los asuntos que se les plantean, se tropieza de inmediato con la carencia de presupuestos específicos y con la inexistencia de plazas para investigadores.

A pesar de todo ello, y como resultado de considerables esfuerzos, se ha logrado concretar cierto caudal de investigadores de modestias proporciones; pero de interesantes contenidos.

Finalmente, resulta obligado mencionar la incorporación de los estudios de genética a la práctica médico-forense, principalmente para la identificación de personas vivas o muertas y para la determinación de la paternidad. Lamentablemente, se requiere de una tecnología de alto costo, lo que ha concentrado su adopción en las instituciones de la capital de la República y de algunas capitales estatales, las que, en casos especiales, auxilian a escalones que carecen de tan útil recurso.

CONCLUSIONES

A lo largo de los últimos 75 años la medicina forense en México ha experimentado una favorable evolución, transitando de un ejercicio profesional predominante empírico, a uno con bases en la medicina moderna y con franco impulso hacia la especialización.

Los servicios médico-forense han sido dotados, en una amplia mayoría, con edificios propios, nuevos o remodelados y equipados con mejores recursos materiales de trabajo.

Los empleados se han visto beneficiados con aumentos en sus percepciones salariales.

Las actividades médico-forenses, en su conjunto, han ganado un reconocimiento creciente por su importancia y trascendencia para la administración de la justicia, por parte de las autoridades, los profesionales de la medicina y el derecho y aun de los ciudadanos.

A las anteriores consideraciones, que tienen validez general, hay que añadir la aceptación de que existen muchas diferencias entre los servicios médico-forenses de las múltiples localidades geográficas del país. Se puede hablar de que se observan tres niveles de los mismos.

En un primer nivel están los pertenecientes a la Ciudad de México y a las capitales de los Estados de más fuerte economía. En ellos se cuenta con peritos médicos especializados, también con peritos en odontología, antropología y genética forenses y tienen laboratorios bien montados, con personal capacitado.

En el segundo nivel están los servicios con un núcleo de peritos médico forenses bien capacitados y con laboratorios en número limitado y con funciones que son distintas según cada localidad.

En el tercer nivel encontramos las unidades pequeñas, a veces con un par de peritos médicos y escasos auxiliares. Estas unidades pueden requerir ayuda de los niveles superiores, sea de asesoría o de exámenes de laboratorio.

Por supuesto que de esta situación surge el reto de incrementar el número y calidad de los recursos humanos y materiales, de acuerdo con las demandas de cada servicio.

Como meta prioritaria se debe propugnar porque todos los peritos médico forenses que laboran en las instituciones oficiales tengan acreditado la especialidad y, luego, su certificación y recertificaciones sucesivas por el correspondiente Consejo de Especialidad.

En la misma tónica y por las repercusiones que tiene la actividad docente, es recomendable que los profesores que impartan la materia de Medicina Forense en cualquiera institución educativa, no solo sean especialistas acreditados, sino también que cuenten con experiencia derivada de su propia práctica médico-forense.

La exigencia de la especialización no debe quedar restringida a los peritos médicos, debe extenderse a los peritos de otras materias que laboren dentro del servicio.

Es de recomendarse que los servicios médico-forenses incluyan en sus procedimientos a las llamadas autopsias alternativas, como son la autopsia psicológica y la autopsia virtual que tienen importantes indicaciones.

Ante la inminencia de la adopción generalizada del sistema penal acusatorio, es indispensable que los peritos reciban capacitación que les ilustre acerca del mismo y les permita participar atinadamente en las diligencias que les serán encomendadas, ya que el nuevo sistema propiciará que los peritos se vean cuestionados, no sólo respecto al contenido de sus conclusiones, sino también tendrán que explicar cómo se llegó a ellas.

Es premisa indiscutible que toda intervención pericial debe sujetarse a los principios de la ética. Como instrumento para fomentar su observancia, se propone la creación dentro de los servicios médicos forenses de comités de ética, en los que se ventilen, entre pares, los asuntos que la impliquen, pretendiendo con ello la toma de acciones correctivas, normativas y educacionales.

Evolución del Sistema Penal en México. Tres cuartos de siglo, edición al cuidado de la Dirección de Publicaciones del Instituto Nacional de Ciencias Penales, se terminó de imprimir y encuadernar en septiembre de 2017 en Impresos Lito Roda S.A. de C.V., Escondida 2, Col. Volcanes, Tlalpan, C.P. 14640, Ciudad de México.

El tiraje consta de 1000 ejemplares.

EVOLUCIÓN DEL SISTEMA PENAL EN MÉXICO

Tres cuartos de siglo

Esta obra es el producto de la concurrencia de treinta y cinco especialistas de diversos campos del conocimiento a las *XVI Jornadas sobre Justicia Penal* que tuvieron como propósito el análisis de la evolución del sistema penal mexicano, entre 1940 y 2015.

Los trabajos que integran la presente obra abordan la evolución de algunos de los protagonistas del sistema penal; los giros en la legislación penal sustantiva que han incidido en la teoría del delito, las reglas de imputación y la construcción de ciertos tipos penales; el procedimiento penal, que lleva necesariamente al examen del sistema acusatorio y de instituciones como la presunción de inocencia, la prueba y la prisión preventiva; las transformaciones en torno a la unificación de la legislación penal; el juicio de amparo en materia penal; el sistema penitenciario; el régimen de los menores que infringen la ley penal; el derecho victimal; la prevención del delito, así como la evolución en México de la criminología, la criminalística y la medicina forense.

Las reflexiones vertidas en este libro pretenden sentar las bases para vislumbrar los retos pendientes y los desafíos no atendidos, para así ofrecer algunas respuestas a la constante pregunta de cómo alcanzar la justicia penal.

ISBN 978-607-02-9631-4

9 786070 296314

ISBN 978-607-8551-09-5

9 786078 551095