

# Desafíos del sistema penal acusatorio

Patricia GONZÁLEZ RODRÍGUEZ  
Jorge WITKER  
Coordinadores



Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

# DESAFÍOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 851

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Miguel López Ruiz  
Óscar Martínez González  
*Cuidado de la edición*

José Antonio Bautista Sánchez  
*Formación en computadora*

Mauricio Ortega Garduño  
*Elaboración de portada*

# DESAFÍOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

PATRICIA GONZÁLEZ RODRÍGUEZ  
JORGE WITKER  
*Coordinadores*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
México, 2019

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad  
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio  
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 22 de marzo de 2019

DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 968-607-30-1189-1

## CONTENIDO

Presentación . . . . .	IX
Pedro SALAZAR UGARTE	
Introducción . . . . .	XI
Patricia GONZÁLEZ RODRÍGUEZ	
Jorge WITKER	
Justicia especializada... retorno a la inquisición . . . . .	1
Carlos Abraham CALDERÓN PAZ	
La interpretación del derecho penal mexicano en el nuevo sistema de justicia penal . . . . .	37
Enrique DÍAZ-ARANDA	
La reconfiguración inquisitorial del proceso penal acusatorio en Mé- xico . . . . .	55
Patricia GONZÁLEZ RODRÍGUEZ	
La investigación en el nuevo sistema de justicia acusatorio y oral. Ele- mentos en el caso de delitos cometidos con arma de fuego. . . . .	75
Carlos NATARÉN NANDAYAPA	
Beatriz RAMÍREZ SAAVEDRA	
Antecedentes legislativos de la regulación actual sobre arraigo y co- laboración con la justicia. . . . .	105
Roberto A. OCHOA ROMERO	
Obligaciones estatales en materia penitenciaria: el traslado de las ga- rantías del juicio justo a la ejecución penal . . . . .	131
Luis Javier PINEDA GONZÁLEZ	

Lo especial del procedimiento abreviado . . . . .	147
Miguel Ángel RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	
Ética en el nuevo sistema penal acusatorio y oral. Un primer acercamiento . . . . .	171
Javier SALDAÑA SERRANO	
La perspectiva de género en el proceso penal acusatorio . . . . .	205
Iris Rocío SANTILLÁN RAMÍREZ	
Derechos de las víctimas y la ley general de víctimas . . . . .	233
Jorge WITKER	
El fenómeno de la prisión preventiva en México bajo la vigencia del sistema de justicia penal de corte acusatorio . . . . .	257
Guillermo Raúl ZEPEDA LECUONA	

## PRESENTACIÓN

La investigación jurídica es responsable de aportar los elementos críticos insustituibles en el proceso de consolidación del sistema penal acusatorio en nuestro país. Por tal motivo, al cumplirse un poco más de dos años de la vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales, nuestros investigadores y profesores invitados describen, plantean y analizan los desafíos de algunas de las instituciones que conforman el sistema penal acusatorio.

El contenido de esta obra comprende la primera fase del desarrollo de la línea de investigación denominada “Sistema Penal Acusatorio en México”, que ha sido financiada por la Universidad Nacional Autónoma de México. Fue elaborada por académicos e investigadores de reconocimiento nacional e internacional que articulan reflexiones, inquietudes, dudas, críticas y soluciones a los desafíos que enfrenta el proceso de implementación de reforma procesal penal en nuestro país.

Las reformas constitucionales del 18 de junio de 2008 y del 11 de junio de 2011 son el fundamento de los estudios que contiene la obra, los que registran de paso, algunos de los procesos del cambio en el procedimiento penal mexicano, que se suma al movimiento de reforma procesal penal impulsada por diversos países de América Latina.

El marco de análisis y reflexión del libro hace énfasis en determinados problemas que el sistema acusatorio está exhibiendo en el proceso de consolidación —heredados muchos de ellos de un proceso de implementación deficiente— y muestra la necesidad de desarrollar investigaciones jurídicas multidisciplinarias de alcance amplio, que permitan construir soluciones a obstáculos que algunos ya identifican como coyunturales.

En este contexto, la obra desarrolla diversos temas bajo la propia visión y experiencia de los investigadores y expertos invitados, que han contextualizado las expectativas que se tuvieron a la vista al momento de diseñar el sistema penal acusatorio mexicano, y hacen un análisis del conocimiento acumulado a partir de la vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales, pero además promueven la urgente revisión de algunas instituciones procesales, de procesos administrativos y legislativos que requieren de adaptaciones o modificaciones en la fase de consolidación de la justicia penal acusatoria en México.



El propósito de la presente obra es constituirse en un ejercicio académico del cual emerjan sugerencias, recomendaciones y acciones concretas que permitan identificar las fallas del modelo de justicia bajo crítica, y con ello formular medidas o diseñar políticas públicas realizables con un trabajo perseverante de corto, mediano y largo plazo.

Pedro SALAZAR UGARTE

*Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas  
de la Universidad Nacional Autónoma de México*

Ciudad de México, enero de 2019

## INTRODUCCIÓN

La obra que el lector tiene en sus manos hace una exploración desde la perspectiva del modelo de justicia puesto en marcha en junio de 2008, sobre figuras procesales en las que es posible apreciar una amalgama entre la simultánea protección de los derechos y garantías que aumentan los mecanismos de protección de los detenidos y de las víctimas del delito; además, incorpora el estudio de una de las más importantes pretensiones ciudadanas acerca del adecuado funcionamiento del procedimiento penal acusatorio, y establece que su consolidación depende del abandono de las prácticas institucionales, que están llevando a la reconfiguración del sistema inquisitorial en el nuevo entorno procesal.

El libro incorpora reflexiones acerca de temas que poseen enorme relevancia para el adecuado funcionamiento del proceso penal acusatorio en México, en los que se analizan algunas de las garantías que, por una parte, son capaces de cautelar adecuadamente los derechos de quien aparece como probable imputado frente al Estado, y, por la otra, son abordados temas relacionados con los derechos de las víctimas, derivados del nuevo contexto procesal que ahora regula la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales.

En la obra destaca el estudio particular del principio de inocencia desde la perspectiva de las decisiones judiciales, la producción de la prueba técnica o científica mediante la aplicación de la ciencia forense en el proceso penal mexicano, la utilidad que refleja en la construcción de elementos o datos de prueba, en aquellos delitos relacionados con el empleo de armas de fuego, y finalmente, contempla las particularidades que tiene el procedimiento abreviado como una forma anticipada de terminación del proceso penal.

Una parte especial del libro está dedicada al estudio del arraigo y la colaboración con la justicia, que son figuras sometidas por el autor a un riguroso análisis, debido al potencial riesgo en el que colocan a los derechos fundamentales ante su incorrecta aplicación. Con suficiente profundidad se expone la importancia que cobra la perspectiva de género como una me-

Metodología científica en el desarrollo del proceso penal acusatorio mexicano, en aquellos delitos de violencia contra la mujer. Integra, desde el estudio del derecho comparado, el análisis y la visión de la realidad guatemalteca en el tema de género visto desde la especialización de los tribunales de justicia que han llevado la transversalidad hasta el quehacer jurisdiccional cotidiano.

Por otro lado, el texto examina con bastante claridad y precisión los derechos de las víctimas desde el enfoque de la legislación específica que los contempla y los cruza magistralmente con su vigencia ante la aplicación concreta del Código Nacional de Procedimientos Penales. Asimismo, incluye una confrontación de ideas sobre la posible reconfiguración del sistema inquisitorial en algunas prácticas institucionales derivadas de las funciones de procuración, administración de justicia y de la defensa penal pública.

De manera crítica, la investigación aborda una de las cuestiones de mayor trascendencia en la operatividad y funcionamiento integral del sistema acusatorio mexicano: la ética en las decisiones de los sujetos procesales y en la aplicación de las normas relacionadas con el enjuiciamiento penal mexicano.

De igual forma, se hace un análisis obligacional de la agenda en materia penitenciaria, que a pesar de su incorporación en la reforma de 2008 fue relegada a un plano secundario durante el proceso de implementación, y cuya irrupción ha sido parcial en el proceso de consolidación del sistema de justicia; agenda con repercusiones directas en el ejercicio pleno de los derechos de las personas privadas de la libertad.

En nombre de los coautores de la obra y en el propio, agradecemos el financiamiento institucional que ha brindado la Universidad Nacional Autónoma de México en el desarrollo de la línea de investigación denominada “sistema penal acusatorio”, y que como parte de sus actividades concentra los estudios realizados por los expertos en la materia, que llevaron a cabo investigaciones jurídicas objetivas sobre las instituciones procesales de mayor relevancia, en el desenvolvimiento actual del proceso penal acusatorio y su impacto en la realidad jurídica mexicana.

La línea de investigación tiene como objetivos estratégicos, no sólo replantear y proponer desde la investigación jurídica el estudio y análisis sistemático de políticas públicas dirigidas a corregir las fallas derivadas del proceso de implementación hacia la consolidación, sino enfatizar sobre los aciertos y el progreso de la justicia penal acusatoria en México, cuyo sistema

adquiere legitimidad, en la medida en que incorpore mecanismos eficientes de control ciudadano sobre las políticas públicas, que actualmente se dirigen hacia el proceso de consolidación de una justicia pronta, expedita, completa e imparcial para las y los mexicanos.

Patricia GONZÁLEZ RODRÍGUEZ  
Jorge WITKER\*  
*Coordinadores*

Ciudad Universitaria, enero de 2019

---

\* Investigadores en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

## JUSTICIA ESPECIALIZADA... RETORNO A LA INQUISICIÓN

Carlos Abraham CALDERÓN PAZ\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Justicia especializada... retorno a la inquisición.* III. *La "justicia especializada" y el juez natural.* IV. *La "justicia especializada" y el derecho a la igualdad.* V. *La "justicia especializada" y la imparcialidad del juez y del fiscal.* VI. *La "justicia especializada" y la victimología.* VII. *La "justicia especializada" y limitación de garantías del acusado.* VIII. *Reflexiones finales.* IX. *Fuentes de consulta.*

### I. INTRODUCCIÓN

En Latinoamérica, Guatemala tiene el orgullo de ser el primer país en transitar desde sistemas inquisitivos decimonónicos a un sistema acusatorio moderno. Es justo reconocer que esto ocurre gracias al quetzalteco Edmundo Vásquez Martínez, cuando siendo presidente de la Corte Suprema de Justicia inicia esta tarea, que luego de mucho tiempo logra hacerse realidad.

El modelo a seguir es el Código Tipo para Iberoamérica, un proyecto elaborado con insumos que provee las pocas experiencias existentes en nuestro continente, especialmente el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, de la República de Argentina, y en menor medida el Código Procesal Penal de Costa Rica, procedimientos que derivan de aquel insigne sistema mixto de 1808 gestado durante la Revolución francesa.

El sistema procesal pretendido pone dos pilares como su fundamento: el respeto absoluto a los derechos humanos contenidos en normas constitucionales y los que se encuentran en normativa internacional relativa a la

---

\* Doctor en derecho. Profesor e investigador en el Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala y miembro del Consejo Consultivo del Instituto de Investigaciones del Departamento de Estudios de Posgrado de la misma entidad.

región como la de ámbito universal, así como la promoción y creación de instituciones y mecanismos ágiles, fiables y efectivos para desarrollar la persecución penal con incidencia en el fenómeno criminal.

En el sistema moderno acusatorio pretendido, los procedimientos inquisitivos fueron sustituidos en su mayoría, pero no así la mentalidad y las prácticas enraizadas profundamente, en especial en muchos rancios jueces que se han resistido a hacer realidad la transformación. Por ello, ha sido necesaria la introducción de más reformas, adiciones, enmiendas y reglamentos, para decirles e imponerles con mayor detalle qué hacer y qué no hacer.

La prisión preventiva, herencia del sistema inquisitivo, aún pareciera que no ha sufrido cambios; esto sigue igual, y en algunos casos, peor; las cárceles son las mismas, cada vez más vetustas, hacinadas, insalubres, etcétera.<sup>1</sup> Aun así, el proceso de transformación continúa. Si regresamos en el tiempo y vemos cómo actualmente se trabaja, se notará la diferencia. Se ha avanzado, pero falta mucho por lograr. La jubilación de muchos operadores en el sistema era necesaria para empoderar a nuevos abogados de un nuevo procedimiento y darle avance; las unidades de capacitación y universidades hacen un esfuerzo de formar nuevos profesionales del derecho; pero es aquí donde también hay criterios obsoletos que al difundirse, permiten conservar las mismas malas prácticas, que impiden al sistema, desarrollarse como debiera ser.

Transformar un Ministerio Público, casi decorativo, en sistema inquisitivo, e introducirlo al sistema adversarial, en donde pasa a ser sujeto procesal esencial, al punto de que se constituye en el verdadero eje central del sistema acusatorio, ha sido una ardua tarea sin terminar. La impunidad es el primer efecto de su mal trabajo o lo dejado de hacer; de ahí que políticamente adquiere un protagonismo especial.

En la estructura del Estado, ahora se tiene un órgano extrapoder de la triada estándar derivada del constitucionalismo del siglo XIX. El nombramiento a cargo del Ejecutivo le da un matiz especial y peligroso, pues la persecución penal pública está en sus manos, lo cual pudiera ser muy riesgoso para los derechos fundamentales, en caso no actuar correctamente.

Otro reto no menos importante fue la implementación del Servicio Público de Defensa Penal, una antigua dependencia del Organismo Judicial, que inicia en la ciudad capital con el nombramiento de algunos abogados para hacerse cargo de la defensa técnica del sujeto pasivo del proceso penal. No obstante, en el resto del país no funcionaba de esta forma, ya que el sis-

---

<sup>1</sup> Calderón, Carlos, *El encarcelamiento preventivo en Guatemala*, Guatemala, Editorial Oscar de León Palacios, 2006.

tema judicial nombraba a abogados colegiados del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, quienes trabajaban *ad honorem*, sin ningún tipo de estipendio. No obstante, fue el primer paso en la futura consolidación del Instituto de la Defensa Pública Penal, puesto que ya se había prohibido lo que antes se hacía de manera normal: que estudiantes del cuarto año de la carrera de abogado y notario, sin ser graduados, asumieran la defensa de un acusado.

En este tema de mucha relevancia se avanzó, ya que como producto de los Acuerdos de Paz,<sup>2</sup> se creó el Instituto de la Defensa Pública Penal en julio de 1998,<sup>3</sup> como entidad autónoma para hacerse cargo de asignar un abogado a personas que en materia penal no tuvieran los recursos económicos para pagar uno de su confianza.

Muchos años después, también se creó un ente inexistente, al cual se le confía la tarea de la investigación científica en todas las diferentes ramas de las ciencias y otras disciplinas auxiliares del derecho penal. Esto parece imposible ante la falta de presupuesto, y cuando las carencias también pasan en cuanto a profesionales especializados en tan variadas temáticas. Se trata del Instituto Nacional de Ciencias Forenses (Inacif), cuyos inicios representaron una hazaña, pero que ahora funciona proveyendo de expertos y peritos forenses, que con su arte, ciencia y técnica coadyuvan en la investigación de la verdad en todo proceso judicial, especialmente en el área penal.

Los avances en materia de persecución penal se siguieron alcanzando, se fueron logrando con la capacitación y la provisión de tecnología de punta en la investigación; un evidente aporte se dio por parte de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG),<sup>4</sup> con su tesonero apoyo se logró la implementación de los métodos especiales contra la criminalidad organizada, se fortaleció el sistema de protección de sujetos procesales y se superó en buena medida la falta de coordinación institucional entre fiscales del Ministerio Público y su ente auxiliar, la Policía Nacional Civil.

---

<sup>2</sup> Acuerdo de Fortalecimiento del poder civil y el papel del ejército en una sociedad democrática, suscrito entre la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URGN) y el gobierno de Guatemala, en México el 19 de septiembre de 1996.

<sup>3</sup> Decreto 129-2007 del Congreso de la República de Guatemala.

<sup>4</sup> El acuerdo de implementación de la Comisión Internacional contra la impunidad en Guatemala, es celebrado entre el secretario general de las Naciones Unidas y el gobierno de Guatemala, firmado en Nueva York el 12 de diciembre de 2006. Da vida a una fiscalía internacionalizada como una forma de cooperación internacional, para contribuir en la erradicación de cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad incrustados dentro del Estado. Más información: <http://www.cicig.org>.

Dentro de este contexto, con buenas intenciones, se promueve un movimiento internacional a favor de la reivindicación de derechos de las mujeres. En el país, un grupo de profesionales, mujeres en su mayoría, son quienes se preocupan por el tema. Se unen personas que, lejos de la buena intención, buscan aprovechar la coyuntura para sus intereses particulares y sectarios. Este movimiento da como resultado la emisión, por parte del Congreso de la República de Guatemala, del decreto 22-2008, “ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer”.

Aunque todo parece estar bien, más aun para quienes dirigen y/o trabajan en el sistema, todo es perfecto, y se presume con aspavientos de lo logrado, especialmente quienes están en altos niveles. Quienes trabajan en la fiscalía de la mujer y juzgados y tribunales de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer se ven muy orgullosos de su trabajo diario, cuando se les escucha, se les visita o se leen sus “fallos”, me viene a la mente el cuento del “El emperador y su nuevo traje” de Hans Christian Andersen.

Y es que, ignorándolo o no, de jueces especializados, pasaron a ser “inquisidores”, que conspirando junto al fiscal y apoyados por los peritos del Inacif, preparan la función del día; todo el sistema avanza con cierta inercia premeditada, la meta, sumar a la estadística una condena más; en su interior no sé como lo perciben, pero parecen estar muy convencidos de que hacen el bien, de que lograrán erradicar del país los femicidios y la violencia contra la mujer.

## II. JUSTICIA ESPECIALIZADA... RETORNO A LA INQUISICIÓN

Una de las características que marcó a los jueces de los sistemas inquisitivos de la Edad Media fue la concentración de poder, la falta de imparcialidad y la falta de garantías a favor de los acusados. No exagerando, eso es lo que ahora a inicios del siglo XXI advertimos en Guatemala, encarnado en jueces de la justicia especializada denominada “Juzgados de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer”.

Sin darnos cuenta, regresamos a la Inquisición con instituciones modernas. El fiscal ejerce la acción pública, y el juez dejó de ser un juez pasivo, “contralor”, “juez de garantías”, para convertirse en un “juez de garantías de la víctima —mujer—”. Es un sistema penal que persigue “hombres”, aquellos que en nuestro contexto así nacieron y culturalmente se les asignó ese rol, dando por hecho que por ser “hombres”, son “machistas”, que son “violentos”, usando estos estereotipos y falsas premisas con carácter de indiscutibles y universales.



En todos los casos, asumen y generalizan una situación de hecho; refieren que históricamente entre hombres y mujeres han existido “relaciones desiguales de poder”, que consisten en “manifestaciones de control o dominio que conducen a la sumisión de la mujer y a la discriminación en su contra”.<sup>5</sup> Bajo este esquema “cuadrado”, “único”, se sobreentiende que todas las relaciones siempre son así y no admiten ninguna discusión, alternativa y menos defensa al respecto. Cual discurso autómatas y alienados, abiertamente el fiscal lo repite todos los días en las audiencias de primera declaración, en etapas intermedias, en alegatos de apertura y en conclusiones. Los jueces también lo reproducen diariamente al emitir resoluciones o sentencias condenatorias.

Sin duda, el tema es controvertido; cada una de estas palabras e ideas que a continuación se expresan aseguran polémica y descalificación de la intolerante vertiente que ha desvirtuado los legítimos procesos de reivindicación de los derechos de la mujer, pero el acercamiento a la complejidad es con fines eminentemente académicos, en ejercicio del derecho de libertad de expresión y como un mecanismo de prevención y lucha, ante estos entuertos que así considero. Si llegara a manos, o mejor aún, a la mente de quienes tienen la dirección de esta política institucionalizada, provocándoles algún sentimiento positivo o negativo, o al menos generándoles dudas de lo que hacen mecánicamente, habrá valido la pena plasmarlo en papel.

En un marco idealista, el pretendido efecto de este análisis sería obligar a que sean revisados, por quien corresponde, cada uno de los aspectos abordados, y que lo hagan con un espíritu fuera del egoísmo con relación a casi la mitad del género humano que vive en el país,<sup>6</sup> o al menos lo hagan por cautos, con el ánimo de prevenir, ya que nadie está fuera de ser víctima de la inquisición que acontece en los tribunales especializados, tomando en cuenta que muchas de las defensoras de este nuevo sistema tienen hijos, sobrinos, o cuando menos han tenido hermanos, amigos y padre. “Aún inocentes, pueden ser vulnerables a caer en esta pegajosa telaraña legal e institucional”. Quizá bajo esta última consideración, podrán descubrir cómo es el verdadero color del traje del emperador.

---

<sup>5</sup> Definición de relaciones de poder contenida en el artículo 3o., inciso g), de la Ley de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer. Además, al final del tercer considerando de la ley se afirma: “debido a las relaciones desiguales de poder existentes entre hombres y mujeres, en el campo social, económico, jurídico, político, cultural y familiar, por lo que es necesario una ley de prevención y penalización”.

<sup>6</sup> Según proyecciones del Instituto Nacional de Estadística, para 2015 Guatemala tendrá una población de 16.176,133, de ellos son 7.903,664 hombres y 8.272,469 mujeres. Disponible en: <http://www.ine.gov.gt/index.php/estadisticas/tema-indicadores>. Consulta realizada el 20 de marzo de 2016.

### III. LA “JUSTICIA ESPECIALIZADA” Y EL JUEZ NATURAL

Para abordar el tema, es necesario recordar la garantía del juez natural, para luego referirnos a la llamada “jurisdicción especializada”. Hablar de justicia especializada, es hablar de jurisdicción y competencia, es trastocar el principio denominado “juez natural”, y seguramente otros principios vinculados, especialmente las garantías orgánicas del sistema judicial.

El tema es conocido en Latinoamérica; no es ajeno al ámbito judicial hacer referencia a las formas sobre la distribución de competencia dentro de los distintos criterios, como territorio, materia, turno, grado y función. En cuanto a la materia, cada vez se ha ido distribuyendo de mejor manera; es común la civil, mercantil, familiar, tributaria, laboral, penal, administrativa, constitucional, agraria, y últimamente la de niñez y adolescencia. Para el caso de Guatemala, en materia penal, aun se han hecho otras subdivisiones en razón a especialización; por ejemplo, a partir de la vigencia del Código Procesal Penal (Decreto 51-92 del Congreso de la República), conocimos la materia de narcoactividad y de delitos contra el ambiente.<sup>7</sup>

Lo que podemos denominar “justicia especializada”, no es lo normal. La normalidad pasa por los juzgados ordinarios. Su existencia sólo se justificaría al existir circunstancias excepcionales. Para ello, habrá que analizar si efectivamente existen presupuestos para poder hacer alguna diferenciación, y que ésta sea admisible y válida dentro de lo que podemos llamar un “juicio justo”.

De acuerdo con el principio de igualdad de acceso a los tribunales, todos los casos deben ser tratados de igual forma. De esa cuenta, el principio 5 de los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura establece “Que toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos establecidos”. “Como lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos, un trato diferencial, como procedimientos penales especiales o tribunales constituidos especialmente para la determinación de ciertas categorías de casos, solamente es aceptable si esta basado en criterios razonables y objetivos”.<sup>8</sup> “El Comité de Derechos Humanos ha llegado a la conclusión de que, cuando no existen fundamentos razonables ni objetivos para justificar esta

<sup>7</sup> El Código Procesal Penal de Guatemala entró en vigencia el 1 de julio de 1994.

<sup>8</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general 32, párrafo 14; Comunicación 819/1998, caso *Joseph Kavanagh c. Irlanda*, dictamen del 4 de abril de 2001.

distinción en el trato judicial, estos tribunales especiales o procedimientos penales especiales son incompatibles con la garantía fundamental de un juicio justo”.<sup>9</sup>

En la Constitución política de la República de Guatemala,<sup>10</sup> según las malas experiencias vividas con la implementación de tribunales de fuero especial,<sup>11</sup> se estableció como un derecho humano fundamental para el ciudadano, la prohibición de que “ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén establecidos legalmente”.

Aun cuando esta norma es inteligible para cualquier ciudadano, no digamos para profesionales abogados, los mismos hacen peripecias jurídicas para eludirla. Se acude a formas sofisticadas, a disfraces, y se le da apariencia de legal a las aberrantes “creaturas jurídicas.” El asunto es sencillo. Todos los ciudadanos deben ser tratados por igual, sin distinción o discriminación, no importa el género, ni ninguna otra situación. La garantía del juez natural es de tal importancia, que constituye un fundamento del principio de legalidad, justicia e igualdad y garantías de independencia e imparcialidad. En la historia reciente tenemos varios ejemplos de cómo se ha burlado esta garantía. En 2000, por medio del acuerdo 8-2000 de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, ésta creó juzgados y tribunales denominados de “alto impacto”; era una idea colocada en la cúpula del Poder Judicial, por intereses particulares de nuestro vecino del norte. Estos órganos jurisdiccionales concentraron una competencia muy sui géneris,<sup>12</sup> solo delitos que se consideraran de alto impacto, con competencia territorial para conocer casos de las fronteras sur

---

<sup>9</sup> Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre Gabon. CCPR/CO/70/GAB del 10 de noviembre de 2000.

<sup>10</sup> Vigente a partir del 14 de enero de 1986.

<sup>11</sup> El 1 de julio de 1982, el gobierno de facto del general José Efraín Ríos Montt, instaurado luego de un golpe de Estado al general Romeo Lucas García, promulgó un paquete de leyes, entre ellas el Dto. Ley 46-82, que creaba los “Tribunales de Fuero Especial”. Nunca se supo dónde era su sede, quiénes actuaban como jueces ni qué procedimientos utilizaron; eran absolutamente secretos, sus sentencias impusieron muchas penas de muerte. Fueron suprimidos por decreto 93- 88 por el gobierno del militar Oscar Humberto Mejía Víctores a partir del 1o. de septiembre de 1983.

<sup>12</sup> Se le asignaron asesinatos, secuestros, narcoactividad, robo agravado de vehículos, ejecución extrajudicial, robo agravado de oficina bancaria, recaudatoria, industrial, comercial o mercantil u otra que conserven caudales o cuando la violencia se ejerce en contra de los custodios, sedición, contrabando y defraudación aduanera. Los casos vigentes debían trasladarse a estos órganos jurisdiccionales al sólo iniciar su funcionamiento, para que continuaran el proceso.

y norte del país. Pasado algún tiempo, la Corte Suprema de Justicia, por medio del acuerdo 28-2006, desapareció los juzgados y tribunales.<sup>13</sup>

Algunos años después se dio otro golpe a la norma constitucional. Ahora por medio del decreto 21-2009 del Legislativo, que creó los juzgados y tribunales penales de “mayor riesgo”, mediante la emisión de la “Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo”. Se dice en la referida ley, que hay procesos penales que generan la necesidad de proveer de mayores medidas de seguridad a jueces, magistrados, fiscales, testigos y auxiliares de justicia, etcétera, y que entonces se hace necesario que el caso sea tramitado en estos órganos jurisdiccionales, que funcionan bajo medidas especiales de seguridad, incluyéndose dentro de su competencia, aquellos delitos que el legislador consideró de mayor riesgo.<sup>14</sup> Estos juzgados y tribunales los concentraron en la ciudad de Guatemala.

Luego, la tendencia continuó con el decreto 22-2008, mediante el cual iniciaron funciones los juzgados y tribunales de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Según los delitos asignados dentro de su competencia, tienen como función esencial “juzgar hombres”; se trata de una especie de segregación legal o *apartheid* por razón de género. Dentro del órgano jurisdiccional se implementa lo que se denomina Sistema Integral de Atención a Víctimas (SAI), integrado en algunos casos exclusivamente por mujeres,<sup>15</sup> cuya función a cargo del secretario del tribunal y de profesionales

---

<sup>13</sup> El segundo considerando del acuerdo establece: Que seis años después de la creación de los Juzgados de Primera Instancia y Tribunales de sentencia penal designados para juzgar hechos considerados o calificados como de “alto impacto”, se ha observado que, además del considerable incremento de la criminalidad, la concentración y juzgamiento de tales ilícitos penales no han obtenido el resultado esperado y que lejos de favorecer la lucha contra el crimen organizado, se ha provocado un atraso en la impartición de justicia; situación que hace conveniente modificar la competencia de los Juzgados de Primera Instancia y Tribunales de Sentencia Penal que funcionan en toda la república, para que además de los delitos que conocen, tramiten los procesos de alto impacto, a fin de obtener tutela judicial efectiva en la materia del debido acceso a la justicia”. Para ampliar sobre inconstitucionalidad promovida, funcionamiento, asuntos conocidos y violaciones especiales los derechos humanos, etcétera, véase Calderón Paz, Carlos Abraham, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

<sup>14</sup> Según el artículo 3o. se consideran delitos de mayor riesgo, el genocidio, delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, desaparición forzada, tortura, asesinato, trata de personas, plagio o secuestro, parricidio, femicidio, delitos contemplados contra la delincuencia organizada, delitos cuya pena sea superior a quince años de prisión en la ley contra la narcoactividad, delitos contemplados en la ley contra el lavado de dinero y otros activos, delitos cuya pena máxima superior sea de quince años de prisión en la ley para prevenir y reprimir el financiamiento del terrorismo y los delitos conexos.

<sup>15</sup> SAI de los Juzgados y Tribunales especializados de Alta Verapaz y Huehuetenango. Organismo Judicial de Guatemala. “Segundo Informe Juzgados y Tribunales Penales de delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer”. Guatemala, 2013, p. 97.

de psicología, trabajo social, e incluso niñeras, es “brindar atención especializada a las víctimas”. Este “sistema” deberá “brindar apoyo a las víctimas, cuando sea necesario antes de prestar declaración o participar en cualquier diligencia judicial”, “recomendar la idoneidad y efectividad de las medidas de protección para apoyar a la víctima durante el proceso judicial y evitar su revictimización”, “brindar orientación a la víctima para superara la violencia de la cual fue objeto y los efectos colaterales”, “gestionar el apoyo ante instituciones públicas y privadas para salvaguardar su vida e integridad y favorecer las condiciones que permitan su desarrollo integral”, “informar a las víctimas de manera comprensible, del estado del proceso judicial y los efectos de las resoluciones”, “informar al juez o jueza de las necesidad de ampliar, sustituir o prorrogar las medidas de seguridad dictadas a favor de la víctima” y “monitorear el cumplimiento y efectividad de las medidas de seguridad a favor de la víctima”.<sup>16</sup>

Como puede advertirse, no se trata de un juez ordinario como cualquier otro, ya que está rodeado de este tipo de personal, quienes dan por sentado que siendo mujer quien denuncia, ya debe ser considerada “una víctima”. Si no lo es, deja de tener importancia, ya que de forma “innata” se le etiqueta así.

Como similitud entre éstos y los otros órganos jurisdiccionales penales, encontramos *prima facie*, que ambos aplican el Reglamento de Gestión para los Juzgados y Tribunales del ramo penal,<sup>17</sup> según el cual deben actuar conforme a su Manual de Funciones, con unidades de comunicación, de atención al público y audiencias.

En estos instrumentos reglamentarios se potencian los principios procesales de gestión oral, se deslindan con claridad las funciones administrativas y las judiciales, de tal cuenta que el juez se dedique a “juzgar”,<sup>18</sup> esto sirve para lograr imparcialidad e independencia en el juez, y se ha considerado una herramienta básica para lograr un sistema de corte acusatorio.

Con los órganos “especializados” encontramos inmediatamente una significativa diferencia entre el juez, frente al juez común, ya que cuenta dentro del juzgado, con una estructura de profesionales que junto a él, deben dar atención privilegiada a “las víctimas”; pero especialmente, al juez se le impone la obligación de regirse por el Reglamento de Gestión para los

---

<sup>16</sup> Artículo 17 del Acuerdo 13-2010 de la Corte Suprema de Justicia, “Reglamento de gestión para los Juzgados y tribunales con competencia en delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer”. Agosto del 2010.

<sup>17</sup> Acuerdo 24-2005 y 7-2006 de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>18</sup> Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Juzgados y Tribunales con competencia en delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, que le impone comportarse con empatía para con la víctima y la carga indebida de velar por sus “derechos”, en sentido contrario le impone animosidad en contra del “sindicado/acusado — hombre—”, que es el único sujeto a quien le corresponderá “juzgar” según la competencia asignada.<sup>19</sup>

En el curso de lo que vayamos complejizando se establecerá que la denominada “justicia especializada” no debiera existir, por cuanto no hay fundamentos razonables, serios y objetivos que la justifiquen, y, por el contrario, su existencia implica un retroceso en la administración de justicia penal, que pretende ser mediante un sistema acusatorio para cumplir con las garantías de un juicio justo.

#### IV. LA “JUSTICIA ESPECIALIZADA” Y EL DERECHO A LA IGUALDAD

Para analizar y discutir sobre este punto, se debe tener en cuenta el principio de igualdad, bajo criterios generalmente aceptados. Si la Constitución Política garantiza que al hombre y la mujer son iguales en dignidad y derechos, el punto de discusión será si existen razones que justifiquen hacer diferencias a favor de alguno de éstos géneros.

Con relación a las diferencias, la primera estriba en la existencia de jueces especializados, que juzguen hombres que se les atribuyen delitos cuyas víctimas son exclusivamente mujeres. Aunque debemos tener claro que la distinción no es sólo en cuanto a la creación del órgano jurisdiccional, sino también en cuanto a que estos delitos exclusivamente los pueden cometer los hombres, y, consecuentemente, las penas solamente ellos son susceptibles de sufrirlas.

Verifiquemos la igualdad de trato en el sistema legal por medio de un ejemplo. Si “A” agrede físicamente a “B”, y producen lesiones físicas que a criterio del médico forense se pueden curar en cuatro días, la consecuencia jurídica, de acuerdo con la ley, será la siguiente: Si “A” es mujer y “B” es un varón, el caso será conocido por un juez de paz, quien tipificará el hecho como una falta contra las personas —ni siquiera es un delito—, la pena mínima a imponer será de veinte días de arresto, y la máxima, de sesenta días de arresto, cualquiera que sea la pena de arresto, ésta será conmutable, la conmuta va de Q.5.00 hasta un máximo de Q.100.00 por día.

---

<sup>19</sup> Delitos de femicidio y de violencia contra la mujer.

Empero, si el sujeto “A” es hombre y “B” mujer, todo cambia. El caso se tramita ante el juzgado de primera instancia, y va a debate ante un tribunal de sentencia, ambos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, la conducta será tipificada como un delito de violencia contra la mujer en su manifestación física; la pena mínima a imponer será de cinco años de prisión conmutable a razón de Q.5.00 por día hasta un máximo de Q.100.00 por día, y la pena máxima será de doce años de cárcel inmutable. Toda pena mayor de 5 años de prisión es inmutable; se debe cumplir necesariamente la pena de prisión en un establecimiento carcelario.

Este mismo ejercicio puede hacerse en todos los casos de violencia contra la mujer, y será evidente la existencia de diferencias de mucha trascendencia en perjuicio de los hombres. En un reciente caso se condenó a un varón a dieciseis años de prisión por violencia física en forma continuada, y ocho años por violencia psicológica. La pena en total impuesta fue de veinticuatro años de prisión inmutable.<sup>20</sup> La desproporción en la pena en estos delitos es más que evidente. Recordemos que la condena mínima por un homicidio es de quince años de prisión, y la mínima, por un asesinato es de venticinco años de prisión, ambos inmutables.

Las razones de género o sexo no pueden ser invocadas para otorgar derechos o privilegios especiales a favor de uno o de otro, ya que esto está prohibido expresamente por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los artículos 1o. y 24, todos por igual deben tener igual protección ante la ley. En el mismo sentido, encontramos que el artículo 17, que se refiere a la protección de la familia, establece en el numeral 4, la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades entre los cónyuges dentro del matrimonio y en caso de disolución del mismo.

La igualdad entre el mismo género y sexo fue reafirmada cuando se emitió el decreto 9-2009 del Congreso de la República, Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas. Tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo pueden ser hombres o mujeres, como es lo correcto. La redacción de todos estos tipos penales está en un género neutro, lo cual implica igualdad entre pares, hombres y mujeres; no existen privilegios especiales.

Este asunto en particular, la igualdad entre hombres y mujeres como derecho humano, ha sido objeto de examen por la Corte de Constitucionalidad, al confrontarse el artículo 4o. constitucional con los supuestos de hecho establecidos en los artículos 232, 233, 234 y 235 del Código Penal, que establecían los delitos de adulterio y concubinato; se consideró que no

---

<sup>20</sup> Disponible en: <http://elquetzalteco.com.gt/quetzaltenango/locutor-pasara-24-anos-en-prision>. Consulta realizada el 15 de marzo de 2016.

era razonable la diferencia establecida en la ley, entre la misma condición fáctica. No existe ninguna justificación para hacer diferencias entre los actos del hombre y la mujer; este fue el motivo para eliminar del ordenamiento jurídico estas normas, que fueron declaradas inconstitucionales.<sup>21</sup> El hecho jurídico aconteció hace veinte años atrás. El razonamiento es el mismo en la emisión del decreto 9-2009 del Congreso de la República, cuando se emite Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas.

Recientemente, la Corte de Constitucionalidad analizó el mismo tema; ahora debía confrontar los artículos 5o., 7o. y 8o. del decreto 22-2008 con el derecho a la igualdad contenido en el artículo 4o. constitucional. En su breve análisis, citó el “considerando” tercero del Decreto 22-2008; refirió el “considerando” segundo como obligación internacional, y en la parte total del fallo literalmente encontramos:

...aprecia el Tribunal que existe una justificación, sustentada en una problemática social real, que determina y hace exigible un trato disímil entre hombres y mujeres en lo que a la prevención y penalización de la violencia en su contra se refiere. De esa cuenta, el legislador no asume —como la experiencia social lo demuestra— que exista un condicionamiento social o cultural que ubique al hombre en situación de vulnerabilidad, por discriminación o violencia, como sí sucede contra la mujer. Pues bien, una vez referida la existencia de una situación objetivamente desigual entre hombres y mujeres, que es lo que fundamenta la existencia de tipos penales específicos que protegen a la mujer contra la violencia física, sexual, psicológica o económica ejercida en su contra, resulta más que evidente que la protección penal que brinda la norma persigue un fin constitucionalmente legítimo;... Lo antes referido es base suficiente para descartar que la norma impugnada resulte atentatoria contra el derecho a la igualdad, pues han quedado abordados los dos elementos referidos: fundamento racional del trato desigual y legitimidad, desde la perspectiva constitucional, del fin perseguido mediante este...<sup>22</sup>

El argumento de la Corte de Constitucionalidad fue escaso; en resumen, se refirió a que podría tener algo de razonable la existencia de estos tipos penales; pero no se pronunció sobre las penas, sobre la existencia de la llamada “justicia especializada”, las prohibiciones sobre las causas de justificación; mucho menos al sistema SAI dentro del órgano jurisdiccional, el reglamento y protocolo.

<sup>21</sup> Expediente 936-95 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Inconstitucionalidad de carácter general, sentencia del 7 de marzo de 1996.

<sup>22</sup> Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 3009-2011. Inconstitucionalidad general parcial, sentencia del 23 de febrero de 2012.



En razón a que esto lo haya dicho la Corte de Constitucionalidad, no significa que esto sea verdad, y menos que tenga la razón, máxime si hacemos análisis comparados con otras realidades. La cultura guatemalteca no es ajena a la de América Latina, por lo que podemos referirnos por contexto a un caso particular, el de Costa Rica, en donde también se han aprobado los mismos instrumentos internacionales a favor de la mujer,<sup>23</sup> considerando que era necesaria la tutela judicial para el género creando estos tipos penales, pero sin cometer el error de crear “justicia especializada”, que evidentemente vulnera el principio de igualdad. En el caso de las penas a imponer por los delitos de violencia contra la mujer, encontramos mucha diferencia con las establecidas en nuestra legislación. En el caso de la violencia física, la pena en sentencia va de seis meses a un año; si la lesión le produjo incapacidad por hasta un mes, la pena es de ocho meses de prisión hasta dos años; en el caso de la violencia psicológica es de seis meses a dos años de prisión; en el caso de la violencia patrimonial, la pena va de seis meses a tres años de prisión; además, en cualquier caso, en el caso de condena, se pueden aplicar penas alternativas, como la detención de fin de semana, prestación de servicios de utilidad pública, cumplimiento de instrucciones y el extrañamiento.<sup>24</sup>

Aquí es prudente detenernos para hacer la siguiente reflexión: ¿estará debidamente justificado el no darle el mismo trato a las mujeres que a los hombres, en violencia de género?, y ¿qué pasa con el derecho a la igualdad, cuando existen otras personas que no encajan en este esquema dualista, de hombre y mujer, como todos los ciudadanos de la diversidad sexual: gais, lesbianas, bisexuales, travestis o intersexuales?, en donde la cuestionante es ¿por qué razón no tienen igual protección de la ley?, aun cuando pueden ser víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar.

## V. LA “JUSTICIA ESPECIALIZADA” Y LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ Y DEL FISCAL

En un sistema acusatorio, el juez debe ser absolutamente imparcial<sup>25</sup> frente a las partes; debe estar totalmente distanciado de los sujetos y de las pretensio-

---

<sup>23</sup> Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Violencia contra la Mujer.

<sup>24</sup> Ley 8589 de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, vigente a partir del 30 de mayo de 2007.

<sup>25</sup> Artículo 7o. del Código Procesal Penal.

nes en juego durante el juicio. Esta neutralidad exigida al juez, sencillamente no puede existir en el escenario en que debe desenvolverse el juez de femicidio y de violencia contra la mujer.

De igual forma, al fiscal, a quien por ley se le exige imparcialidad y objetividad en la formulación de peticiones, incluso obligado a pedir a favor de los sindicatos,<sup>26</sup> dentro de la justicia especializada de protección a la mujer, junto al juez, sus condiciones de trabajo se lo impiden, ya que debe cumplir con las obligaciones que le impone la ley especial, su reglamento, e incluso un “protocolo”,<sup>27</sup> y hasta el uso de un vocabulario repetitivo insistente en cada momento posible, de que se tendrán en cuenta los derechos de las “víctimas”. Tan sólo al ingreso del juzgado y/o tribunales, a todo aquel que ingresa le da la bienvenida un letrado, que dice textualmente: “Justicia especializada para Mi” (obviamente, es un mensaje que se le dirige a toda mujer que ingresa); en sentido contrario, obviamente, todo varón acusado sentirá un ambiente totalmente hostil hacia él. La sensación de parcialidad se siente fuertemente en el ambiente, y se confirma y reafirma en cada intervención del fiscal y del juez, quienes están debidamente instruidos y manejan el mismo lenguaje. Ellos dicen que están sencillamente “sensibilizados”. Quienes los ven de afuera fácilmente observan que están parcializados; ellos no lo ven en su posición o simplemente lo obvian, y no les importa la apreciación que se tenga de ellos o su parcialidad y compromiso “de género” a la hora de juzgar.

La conspiración en contra del sujeto pasivo del proceso y a favor de la mujer es institucional. Esta actitud, al final, tiene una clara repercusión en el quehacer del juez y fiscal especializado. Su alianza es institucional; así lo han convenido, de tal cuenta que han planificado cómo hacerlo a corto y mediano plazo.<sup>28</sup> Bajo estas condiciones, aun cuando se puede pregonar el derecho a la igualdad, para el juez y el fiscal es imposible cumplir con la

---

<sup>26</sup> Artículos 108, 290 y 398 del Código Procesal Penal.

<sup>27</sup> El “protocolo”, sin ser un reglamento, fue avalado por la Corte Suprema de Justicia, fue creado para estandarizar la interpretación de la aplicación de la Ley de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer. En el texto se dice que los responsables de aplicar la ley la deben considerar como vinculante, siempre y cuando no contradiga disposiciones legales de cada institución. Puede encontrarse en web: [www.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/Unidades\\_Administrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20compilaciones/Normativa%20Femicidio/1\\_documento\\_s/1-6-html](http://www.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/Unidades_Administrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20compilaciones/Normativa%20Femicidio/1_documento_s/1-6-html).

<sup>28</sup> Estrategia conjunta Ministerio Público y Organismo Judicial. Ampliación el acceso de las mujeres a la justicia especializada. Consultoría de alto nivel realizado por Vilma Masaya de Morán con insumos de los equipos institucionales y ONU mujeres. Julio 2014. Disponible en: <https://www.osarguatemala.org/%2Fusefiles%2FESTRATEGIA%2520MP%2520OJ%2520integrada.pdf>. Consulta realizada el 10 de marzo de 2016.

imparcialidad y la objetividad necesaria en todo caso. Si a lo anterior sumamos que la misma Corte Suprema de Justicia, por medio de la Unidad de control, seguimiento y evaluación de los órganos especializados en delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, no sólo vigila al juez, quien debe estar en total sintonía con las directrices dadas, su obligación es cumplir fielmente el rol asignado; esta especie de supervisión “especial” parte del “modelo creado”; tienen control del quehacer de cada juez y fiscal; según los evaluadores, quien aún no ha sido “sensibilizado”, es un problema que habrá que resolverse, y que debe “corregirse”.

Para asegurarse de su actitud de “parcialidad” a favor de la mujer, la Unidad de Control, seguimiento y evaluación no sólo puede actuar negativamente en contra del personal, sino que ha creado un sistema de premios y recompensas: se entrega un reconocimiento en acto público a todos aquellos jueces y fiscales que en sus funciones:

Aporten a la justicia especializada, calidad en atención a la víctima, cumplir la normativa nacional e internacional, hayan emitido decisiones que han ayudado a promover la justicia especializada con enfoque de género, demuestren interés en la preparación académica con respecto a temas de equidad de género, violencia contra la mujer y justicia con enfoque de género, su grado de sensibilización y su compromiso con la facilitación de justicia para las mujeres.<sup>29</sup>

No sólo la ley y el reglamento, y la institucionalidad creada provoca inercia a la parcialidad del juez y del fiscal, sino que el “protocolo” tuerce más la situación ya existente, pues se erige, según la Corte Suprema de Justicia, para “reivindicar los derechos de las mujeres, ya que por muchos años en nuestro país ha prevalecido una cultura androcentrista y misógina, por lo que resulta necesario establecer mecanismos para proteger sus derechos”.<sup>30</sup> Y porque “Se hace evidente la necesidad de incorporar un instrumento que viabilice y brinde en un conjunto de herramientas prácticas a las y los operadores de justicia, para la debida interpretación y aplicación de la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer”.<sup>31</sup> Bajo

<sup>29</sup> Disponible en: [https://ww2.oj.gob.gt/%2Fjusticiadegenero%2Fwp-content%2Fuploads%2F2014%2F10%2FBoletín-aniversario-unidad.pdf&usq=AFQjCNHoUOYAyFe-DKd\\_67uafjO2ip5jFA&cad=rja](https://ww2.oj.gob.gt/%2Fjusticiadegenero%2Fwp-content%2Fuploads%2F2014%2F10%2FBoletín-aniversario-unidad.pdf&usq=AFQjCNHoUOYAyFe-DKd_67uafjO2ip5jFA&cad=rja). Consulta realizada el 10 de marzo de 2016.

<sup>30</sup> Texto de la Corte Suprema de Justicia antesala de la justificación del protocolo.

<sup>31</sup> Justificación del protocolo. En el protocolo en el numeral 5 expresamente se adopta la metodología para el análisis de género del fenómeno legal que propone Alda Facio Montejo en su libro *Cuando el género suena cambios trae*. Se le obliga el juez a utilizarlo aun cuando dicha autora ha manifestado expresamente: “deseo tomar prestadas unas palabras de mi amiga la

estos argumentos, se pretende que el protocolo sea utilizado con carácter vinculante, aun sin serlo, de ahí que la interpretación es obligada para todo juez y fiscal conforme a los parámetros previamente establecidos. Aunque la ley no prohíbe salidas alternas al proceso, el protocolo sí.<sup>32</sup> De esa cuenta, ni el fiscal ni el juez admiten petición alguna de medidas desjudicializadoras, e incluso si éstas son solicitadas por la víctima.<sup>33</sup>

Se vocifera que estos juzgados y tribunales “especializados” surgen por premonición de convenios internacionales de derechos humanos. Al caso, vamos a hacer una revisión de cada uno de ellos y verificar si realmente corresponden a dicha expectativa. En primer lugar encontramos dos instrumentos no convencionales, de carácter no vinculante en Guatemala, que es la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>34</sup> y la Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.<sup>35</sup> En cada una de las partes de su texto no se impone la obligación a Estado alguno de crear “justicia especializada”; luego tenemos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención Belém do Pará”;<sup>36</sup> ésta sí tiene efecto vinculante para nuestro

---

jurista peruana Gladys Acosta, porque reflejan perfectamente lo que siento/pienso: «Antes de comenzar quisiera explicitar – que la presente reflexión tiene como punto de partida una actitud militante respecto a la causa feminista y por lo mismo, no pretende neutralidad». Y, aunque esta obra va dirigida a hombres y mujeres, no pretende neutralidad porque mi intención no es convencerlos/as de que mi posición es objetiva e imparcial. Todo lo contrario, desde mi experiencia y desde mi conciencia, deseo mostrar una forma de ver el mundo que es parcial, arriesgándome a que por esto se me acuse de subjetiva...”.

<sup>32</sup> Numeral 7, del Protocolo, textualmente dice: “No aplicación de medidas desjudicializadoras”.

<sup>33</sup> Proceso No. Delito de violencia psicológica, la víctima temiendo como consecuencia la aplicación de una pena mínima y conmutable, consideró adecuado reunirse con el presunto agresor y en presencia de la psicóloga del SAI y abogados, hicieron un acuerdo en documento privado, especialmente se buscaba en el mismo reanudar la relación materna con el hijo cuya custodia la tenía el padre, entre otros aspectos de interés para ella, presentó el acuerdo y requirió suspensión condicional de la persecución penal y un régimen de prueba de tres años. El fiscal ignoró la solicitud porque consultó a su jefa en Guatemala, quien le dijo que no podría accederse a este tipo de petición porque la ley lo prohíbe. El juez especializado expresó que no aprobaría esta petición. No obstante, en el Tercer Informe de evaluación, julio, 2013 y junio 2014, de la Corte Suprema de Justicia, el juez de primera instancia de femicidio de Guatemala aplicó en cuatro casos la suspensión condicional de la persecución penal, p. 79.

<sup>34</sup> Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2263 (XXII), del 7 de noviembre de 1967.

<sup>35</sup> Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

<sup>36</sup> Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de Asamblea General de Naciones Unidas.

país, aun cuando los compromisos para todos los órganos del Estado, de adoptar políticas públicas a favor de la mujer, del Congreso de la República de emitir leyes penales, civiles y administrativas, y otras actividades para el órgano jurisdiccional, ninguna de ellas se refiere a que deben crear órganos jurisdiccionales “especializados”.

Dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos de importancia al tema, tenemos la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,<sup>37</sup> de cuya lectura también se establece que en ningún artículo y disposición el Estado de Guatemala se encuentra obligado a crear órganos jurisdiccionales “especializados”.

Esta acción de institucionalización jurídica que materializa las “luchas de género”, seguramente es advertida por muchos como un avance, pero hemos dejado de tener un juez pasivo, un juez neutral, que asuma como árbitro entre las partes. Ahora tenemos un juez “activo”, que está al tanto de los derechos de la mujer, que ejerce de manera encubierta acción penal en contra del varón. Incluso el juez está obligado a atender peticiones del equipo SAI, que puede promover medidas de seguridad, actuando como parte del proceso, coadyuvante en la causa de la mujer. El juez pasa a ser una especie de vengador, un justiciero, un verdugo que interviene para cumplir con una misión: hacer “justicia” a favor de la mujer.

Podemos considerar la buena intención alrededor de la creación de esta justicia especializada; pero ello no impide que expresemos y hagamos apreciaciones objetivas y críticas al respecto.

Este trabajo hace una incursión en esa llamada “jurisdicción especializada” para tratar de describirla desde diferentes perspectivas. Para ello, es necesario partir del pensamiento, comprensión y confianza que en los órganos jurisdiccionales se actúa con “independencia” e “imparcialidad” por parte de los jueces, quienes encarnan esta justicia especializada; pero en realidad resulta difícil o simplemente no puede asumirse, cuando la sensación de sólo entrar a dichos despachos implica un cúmulo de energías negativas, que causan una afectación emocional e incluso física. Esto no sucede únicamente a lo personal, ya que de acuerdo con entrevistas, es experimentado por abogados y abogadas que asisten a los acusados, y especialmente defensores públicos, quienes de manera unánime tienen la misma opinión, a partir de la misma percepción.

Cabe señalar que la falta de objetividad en los fiscales, aun cuando no sea un proceder legalmente aceptable, no afecta de tal forma la naturaleza de los órganos de “justicia especializada” instaurados para la “protección”

---

<sup>37</sup> Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

de la mujer. Quizá esta consideración sólo sea el reflejo de una realidad en donde los actores procesales nos hemos visto forzados a acostumbrarnos, porque con extraordinarias excepciones, el proceder del Ministerio Público carece de objetividad. Por ello, lidiar con una “fiscalía especializada” quizá fuera menos complicado; pero estamos ante una jueza o juez inquisidor, quien unido a la fiscalía, y con el apoyo del Inacif, forman un sistema que conspira y confabula en contra del hombre. La imparcialidad en el juez y objetividad esperada en el fiscal, no existe, ha sido mellada.

## VI. LA “JUSTICIA ESPECIALIZADA” Y LA VICTIMOLOGÍA

En criminología es reciente el estudio de la víctima, aunque las definiciones de libros especializados no consideran este elemento y se limitan al delito y al delincuente. Lo que ahora se llama el “redescubrimiento” de la víctima<sup>38</sup> y la progresiva incorporación al proceso penal con igualdad frente a un acusado, ha ocurrido cautelosamente.<sup>39</sup> Este desarrollo ha dado lugar a la llamada “victimología”,<sup>40</sup> que no es más que el estudio de las víctimas del delito. Todo ello ha conllevado, a que se les reconozcan derechos a las víctimas para intervenir dentro de un proceso penal, algo recientemente incorporado en nuestro sistema procesal, pero en ningún momento implica que el juez deba inclinarse frente a éstas o favorecerles de alguna manera.

La “justicia especializada” se integra con una estructura creada dentro del órgano jurisdiccional, que busca empoderar a la mujer, y de igual forma lograr la empatía de la supuesta víctima hacia el sistema judicial —el juez—. Pero el efecto es en doble vía, pues luego, el juez queda obligado a ganarse la simpatía de la acusadora. Esta organización dentro del aparato judicial tiene evidentes problemas, ya que la función del juez simplemente es “juzgar”, y no debe tener otras, ni siquiera en materia administrativa. No sería igual de atentatorio si la “justicia especializada” utilizara directamente a la Policía Nacional Civil —PNC— y a la Fiscalía de la Mujer, en donde debe haber personal especializado para una atención inmediata y eficaz, para atender con prontitud las necesidades que la víctima pudiera presentar, y no sólo actuar como ente guardián de los medios probatorios. Dentro del rol de separación de funciones, con propiedad es el órgano de persecu-

---

<sup>38</sup> García Pablos, Antonio, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 95.

<sup>39</sup> Mediante reformas al Código Procesal Penal (Dtos 18-2010 y 7-2011) se otorgan derechos a los agraviados en general.

<sup>40</sup> Bustos, Juan y Elena Larrauri, *Victimología. Presente y futuro*, Bogotá, Temis, 1993

ción penal y su auxiliar (PNC) a quienes les correspondería lograr la empatía de la víctima, en tanto no sólo se trata de su principal órgano de prueba, sino que sería innato deber velar por sus intereses y legítimas pretensiones,<sup>41</sup> además de que durante todo el proceso, es el ente obligado a evitar toda victimización secundaria que le pudiera sobrevenir.

A partir del ingreso de la víctima al sistema, su primer contacto es con la PNC y con la Fiscalía de la Mujer. Aquí vemos algún problema, aun cuando no estamos en sede jurisdiccional. Se da por hecho que el sistema ha cooptado supuestamente a una “víctima”, a quien, por rutina, conciente o no de lo que pueda significar, se le trata como tal. La situación se agrava cuando se le percibe como usualmente se le llama, una “víctima sobreviviente de violencia”, expresión que en muchos casos no es afortunada; es estigmatizante, y, en muchos casos, exagerada.

Llamar a la denunciante, “víctima”, y considerarla una víctima, no es más que etiquetarla como tal. Esto sucede de entrada, aun cuando puede no serlo. Para los casos en que sí estamos en presencia de una víctima, es oportuna la existencia de la Oficina de Atención a las Víctimas (OAV) en la sede fiscal, ya que en muchos casos se amerita una atención inmediata. La función de esta última debe ser eminentemente profesional, sin generar informes probatorios, ya que no le corresponde producir prueba, sino atender a la persona en sus inminentes necesidades, por lo que no debería estar vinculada con el fiscal, pues la teoría del caso debe formularla con base en la prueba, de manera imparcial y sobre una actitud investigativa objetiva.

Por su parte, el Sistema Integral de Atención a Víctimas (SAI), aun cuando no le corresponda, a partir de su estructura y funciones, genera el clima propicio para inclinar al juez a los intereses de las presuntas “víctimas”. El ambiente de trabajo del juez es el idóneo para afectar su ánimo; además, se le predispone, porque se le obliga a actuar con criterios de atención victimológicos:

los órganos jurisdiccionales deben adoptar todas las medidas tendientes a: “evitar que la víctima sea confrontada con su agresor, salvo cuando la ley expresamente señale que para la realización de un acto deben estar presentes la víctima y el victimario, evitar la utilización de juicio de valor que estigmaticen a la víctima, evitar el uso de terminología, acciones y comentarios misóginos, garantizar que en todo acto y diligencia procesal se exponga la identidad, integridad física y psicológica de la víctima, garantizar que la víctima reciba

---

<sup>41</sup> Esto es muy claro en las directrices de las funciones de los fiscales de Naciones Unidas, aprobadas en el Octavo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

atención especializada necesaria durante todo el proceso, en especial previamente a dar cualquier declaración en cualquier fase del proceso, evitar que la víctima declare innecesariamente durante el proceso, sin perjuicio de que le asiste el derecho de declarar cuantas veces ella lo considere, evitar que en interrogatorio a la víctima le sean dirigidas preguntas en las que se utilicen términos discriminatorios o estigmatizantes, garantizar que la víctima reciba información oportuna sobre el estado del proceso y el alcance de las actuaciones judiciales, minimizar los efectos colaterales que puedan derivar de la ejecución de medidas de seguridad.<sup>42</sup>

Estas enormes cargas sobre el quehacer del juez, evidentemente generan condicionamiento en su psiquis, y se traduce en actuar conforme a tales comportamientos. Lo anterior implica valorar enormemente y con respeto a esos jueces, que hacen considerables esfuerzos para dictar sentencias absolutorias, aun cuando saben que eso va en contra del sistema, en donde el despojarse de todas las cargas para mantenerse imparcial es realmente heroico.

Al juez se le exigen compromisos hacia las víctimas, que en adelante le impiden actuar de manera imparcial. Si estas funciones de atención a las víctimas o criterios de atención victimológico fueran de un fiscal a cargo del caso, no habría inconveniente, ya que esto es congruente con lo establecido en los artículos 117<sup>43</sup> y 124<sup>44</sup> del Código Procesal Penal, e incluso es acorde

---

<sup>42</sup> Artículo 4o. Acuerdo 30-2010, Reglamento de gestión para los juzgados y tribunales con competencia en delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

<sup>43</sup> Artículo 117. “Agravado. ... El agraviado, aún cuando no se haya constituido como querellante adhesivo de conformidad con el presente Código, tiene derecho a: a. ser informado sobre los derechos que le asisten en el procedimiento penal, b. recibir atención médica, psico-social, o cualquier otra que tenga por objeto reducir las secuelas del hecho delictivo, c. que el Ministerio Público escuche su opinión en el procedimiento, fundamentalmente antes de las decisiones definitivas o las provisionales que implican clausura o extinción de la persecución penal, d. a ser informado, convenientemente y oportunamente, de las decisiones fiscales y judiciales, e invitado a las audiencias en las que su opinión pueda ser vertida, e. recibir resarcimiento y/o reparación por los daños recibidos; f. a recibir protección cuando su integridad física corra peligro, como consecuencia de la persecución penal en contra del sindicado y g. a que existen mecanismos que disminuyan los riesgos de victimización secundaria durante el proceso penal. El Ministerio Público estará obligado a garantizar estos derechos por medio de sus órganos correspondientes, pudiendo para el efecto realizar convenios con instituciones públicas o privadas”.

<sup>44</sup> “Artículo 124. Derecho a la reparación digna. La reparación a que tiene derecho la víctima comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas las circunstancias como sujeto de derechos contra quién recayó la acción delictiva, hasta las alternativas posibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, la indemnización



a las obligaciones internacionales adoptadas por el Estado de Guatemala en los convenios internacionales a favor de la mujer, así como en las Directrices de las funciones de los fiscales,<sup>45</sup> todo ello, pese a que de forma ineludible, en las mismas normas se impone la obligación de imparcialidad al fiscal.<sup>46</sup> Tal como se incorporó en reformas procesales, la tutela judicial efectiva corresponde tanto a las víctimas como a los sindicados. Si bien la víctima tiene derechos, puede decirse que en todo caso son equivalentes a los del acusado; obviamente, se ejercitan dentro de cada rol y naturaleza. Esta es una obligación del juez y del tribunal, cualquiera que sea su intervención en el proceso penal.<sup>47</sup>

Los mecanismos para evitar la victimización están dados dentro del Código Procesal Penal; pueden solicitarse medidas cautelares y medidas de seguridad, las previstas en la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, las previstas por el Código Procesal Civil y Mercantil. Incluso las establecidas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, pueden instarse de forma autónoma y/o pueden aplicarse a instancia del fiscal. Existen además las cámaras *gessel*, los mecanismos de videoconferencias y los anticipos de prueba. También son varios los procedimientos que buscan evitar la revictimización, y que están establecidos en la Ley de Protección de Sujetos Procesales y otras Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal. Le corresponde al fiscal, o incluso al abogado de la presunta víctima, ponerlos a funcionar, pero no es una carga del juez.

Independientemente que queda mucho por hacer, enseñar y aprender sobre la victimología en Guatemala, el juez debe tener claro que los derechos de la víctima y la atención victimológica no es una carga que deba pesar sobre sus hombros.

## VII. LA “JUSTICIA ESPECIALIZADA” Y LIMITACIÓN DE GARANTÍAS DEL ACUSADO

Si consideramos el derecho del acusado a la presunción de inocencia en un proceso penal, no puede existir “una víctima” en el inicio ni en el curso del

---

de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito; para el ejercicio de este derecho deben observarse las siguientes reglas: ...”.

<sup>45</sup> Directriz 13, inciso d).

<sup>46</sup> Directrices 12 y 13, a) y b).

<sup>47</sup> Artículo 5o. “Fines del proceso. ... la víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen el derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos”. Esta adición se hizo por medio del decreto 7-2011.

proceso, porque simplemente no puede existir un “victimario”; sólo habrá un “presunto victimario”. Para conciliar el punto, sólo podemos encontrar compatibilidad para su coexistencia si utilizamos una figura de “presunta víctima”, bajo la clara premisa de que luego de la existencia de una sentencia firme que declare la existencia de un delito, es cuando en sentido legal y estricto estamos ante alguna auténtica víctima. Antes, para hacerse acreedora a beneficios en su condición, solo se favorece de un *in dubio* pro víctima, equivalente a la “presunción de inocencia”.

Ante esta premisa, el fiscal como ente investigador objetivo, debe actuar con suspicacia bajo la consideración de que “no toda denunciante será una víctima”. No puede dejarse sorprender de oficio para considerar a alguien como tal. Su obligación es profundizar la investigación para descubrirlo; no debe basarse en un testimonio que de entrada sabemos que es no idóneo. No puede conformarse con una entrevista o una de evaluación física o psicológica a cargo de los peritos del Inacif, que aun cuando es un órgano profesional investigador, no dedica tiempo a su función, ya que no obstante una evaluación y/o entrevista es larga (hasta una hora),<sup>48</sup> nunca hay una posterior evaluación o seguimiento alguno al caso.

El auxiliar fiscal del caso, en la investigación, debe actuar bajo criterios de mucha objetividad y responsabilidad; debe ser escrupuloso en todos los detalles; se debe descubrir como mínimo el entorno social, económico y psicológico de la “presunta víctima” para perfilarla y catalogarla como tal.

No perdamos de vista que en muchos casos la denunciante, cuando denuncia tiene el interés de ser considerada una víctima, por lo que es lógico que su testimonio es aportado en su favor. Ante ello, se debe descubrir y aportar oportunamente al juez cuál es el móvil del delito, el elemento subjetivo de manera clara, y que efectivamente exista un “dolo”, ni siquiera como dolo general, sino un “dolo específico”, que para los casos de los delitos de violencia contra la mujer debiera traducirse al “ánimo de controlar y subordinar a la mujer”; si esto no existe, no debe haber delito. Por ello la importancia de establecer la “idoneidad” del testimonio a partir de sopesarlo y contrastarlo con el elenco probatorio.

No de menor importancia es tener muy claro para el fiscal y el juez de la causa, que un dictamen médico forense puede derivar de un testimonio o de información “no idónea”, que se obtiene con base en información no verídica, inexacta o exagerada; lógicamente, tiene la gran probabilidad de

---

<sup>48</sup> En más de veinte años de experiencia en materia penal, esto es una constante en todos los informes médicos y psicológicos forenses, especialmente en los últimos años emitidos por el Inacif.

producir error.<sup>49</sup> De ahí que no es cierto que lo declarado por la víctima sea suficiente para condenar a una persona, “la prueba mínima suficiente” no significa sólo la versión de la “supuesta agraviada” y su correlativo informe. El asunto no es cuantitativo, en cuanto a que con esto es suficiente si hay concordancia; el asunto debe ser cualitativo en cuanto lleve a la convicción del juez más allá de toda duda razonable.

En la Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer<sup>50</sup> encontramos el reconocimiento de una situación de hecho, de un acontecimiento social, situación que se da por válida y cierta que probablemente existió en algún lugar y tiempo determinado. Pero en nuestro contexto poco objetivo y para caso individual, habrá que hilar más fino; todo deberá ser probado. Se dice como algo cierto y se generaliza:

Que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre.

Este reconocimiento lo encontramos también dentro de las definiciones del decreto 22-2008, en su artículo 3o., inciso g), en el cual se dice: “Relaciones de poder: Manifestaciones de control o dominio que conducen a la sumisión de la mujer y a la discriminación en su contra”.

Lo anterior es repetitivo constantemente en las sentencias emitidas por los jueces de femicidio y de violencia contra la mujer; se maneja como un hecho notorio, no se discute; el juez o jueza actúa bajo este estereotipo; no se indaga al respecto, pues no es un hecho controvertido, por lo que se utilizan estas premisas para determinar la responsabilidad penal y luego para sustentar una condena. Como verdad irrefutable, se considera “que el hombre es machista”, “es violento”, “históricamente han existido relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres”, “las mujeres están subordinadas respecto de los hombres”, “el hombre siempre busca la dominación de la mujer”, etcétera.

---

<sup>49</sup> Incluso dentro de los órganos y sujetos que intervienen en un proceso por violencia contra la mujer, para nadie es un secreto que los informes médicos forenses o peritajes, en muchos casos son elaborados a partir de “machotes” o modelos, en donde únicamente se cambian detalles de forma, como nombres, fechas y direcciones.

<sup>50</sup> Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en resolución 48/104, del 20 de diciembre de 1993.

El dar por hecho este estereotipo es peligroso, atentatorio para cualquier varón, pues muchas veces no es cierto. El arribar a su presunción sin pruebas atenta contra el principio de inocencia constitucional. Y es que es reiterativo que el fiscal no aporta pruebas, ni el juez lo requiere para darlo por acreditado y emitir una sentencia condenatoria. No obstante, esta situación acontece todos los días. Incluso, bajo el argumento de evitar la revictimización, a un acusado le es imposible que le admitan la realización de un careo en donde confronte a la testigo-víctima, con otro testigo, con el acusado o con un perito; bajo el mismo argumento se le deniega prueba encaminada a probar cómo es el comportamiento de la testigo-víctima, en sus relaciones sociales, afectivas, familiares, etcétera. No se admite una nueva reevaluación por otros peritos del Inacif, salvo a petición de la supuesta víctima, cuando el primero no le fue favorable a sus pretensiones.

A lo anterior, debe analizarse otra constante que atenta contra el derecho del presunto victimario, y es con relación a las medidas desjudicializadoras. Aun cuando la ley no prohíbe expresamente su consideración y aplicación, sí lo hace enfáticamente el Protocolo creado por el Organismo Judicial para ser instrumento de interpretación de la Ley de Violencia contra la Mujer,<sup>51</sup> así como otros documentos,<sup>52</sup> y el propio Reglamento de gestión para los juzgados y tribunales de competencia en delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.<sup>53</sup> Este criterio, a mi juicio es erróneo, y deriva precisamente de “criterios”; y no de la ley. Su establecimiento como parámetro de resolución cotidiana, posiblemente devenga de una obediencia no estudiada, de los puntos de vista específicos del Comité de Expertas, creado dentro de la Convención de Belém do Pará.

El Comité de Expertas insiste en su recomendación de prohibir los métodos de conciliación, mediación y otros orientados a resolver extrajudicial-

---

<sup>51</sup> Numeral 7 del Protocolo.

<sup>52</sup> Según la Corte Suprema de Justicia, en el tercer informe de evaluación de tribunales, “la aplicación de procedimientos desjudicializadores en los delitos contenidos en la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer es inadmisibles, tal como lo establece el artículo 5o. del acuerdo 30-2012”. El acuerdo es el 30-2010; se refiere Reglamento de Gestión para los Juzgados y Tribunales con competencia de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, no dice exactamente lo que se afirma, en él establece: “Artículo 5o. Indisponibilidad de la acción. Los hechos delictivos regulados en la Ley contra el Femicidio no admiten en momento alguno la suspensión o conclusión del proceso a causa de desistimiento, renuncia o conciliación de la víctima. La víctima deberá ser informada durante todo el proceso de manera clara y precisa sobre los alcances del procedimiento penal, los derechos y garantías que le asisten y los efectos de las resoluciones judiciales en especial que aún y cuando desista, renuncie o concilie con el victimario el proceso penal no se suspenderá y continuará hasta la resolución que ponga fin al caso”.

<sup>53</sup> Acuerdo 30-2010 de la Corte Suprema de Justicia.

mente casos de violencia contra las mujeres. En caso de que ya cuenten con dicha prohibición, recomienda a los Estados, armonizar su legislación procesal con esta prohibición, a fin de evitar que en casos de violencia contra las mujeres se requiera la audiencia de conciliación. Finalmente, en casos donde dicha prohibición se haya dado en casos de violencia familiar, intrafamiliar o doméstica, el Comité de Expertas recomienda la ampliación de dicha prohibición a otros casos de violencia contra las mujeres, lo cual requiere como condición indispensable la incorporación de la definición de violencia de la Convención de Belém do Pará y la penalización de otras formas de violencia contra las mujeres distintas a la violencia familiar, intrafamiliar o doméstica.<sup>54</sup>

El argumento o justificación de tal medida pudiera ser que se actúa de manera preventiva, ya que cualquier caso de violencia contra la mujer —según ellas—, potencialmente puede derivar en un femicidio. Otro argumento que comúnmente se escucha se refiere a que la mujer, por la desigualdad en que se encuentra, no puede hacer arreglos en igualdad de condiciones; si llega a arreglar, lo haría en total desventaja, asumiendo condiciones perjudiciales para sí misma, manteniéndose entonces en el ciclo de la violencia, que describe Leonore Walker, que consiste en la fase de tensión, agresión y conciliación.<sup>55</sup>

El primero de los argumentos parece muy exagerado, ya que no puede generalizarse gravedad en todos los casos, y que en todos potencialmente pudiera darse esta situación. Probablemente ocurra en algunos, unos pocos, por lo que debiera ser el fiscal investigador del caso quien deberá detectar cuáles podrían ser estos casos y utilizar herramientas procesales para prevenirlo. No puede generalizarse.

El otro argumento, tutelar o proteccionista, no hace más que poner a una mujer por el hecho de serlo como inválida, incapaz de valerse por mí misma, y además utiliza los estereotipos de que el “hombre nunca cambia”, “el hombre siempre será machista” y “el hombre siempre es violento”. Lo cual tampoco es cierto, ya que son criterios de la criminología clásica, que al día de hoy están claramente sin validez y en desuso. El contexto de Leonore

---

<sup>54</sup> Segundo Informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará. Mecanismo de seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Mesecvi. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/>.

<sup>55</sup> Noguerias, Belén, “La violencia en la pareja”, Obra colectiva, *Violencia contra las mujeres, prevención y detección. Cómo promover desde los servicios sanitarios, relaciones autónomas, solidarias y gozosas*. Directoras: Consue Ruiz-Jarabo Quemada y Pilar Blanco Prieto, España, Ediciones Días de Santos, 2005, p. 48.

Walker, quien evidenció los ciclos de la violencia, era los Estados Unidos. El estudio fue realizado en 1979, razones por las que es evidente que no puede transponerse a nuestro contexto y darlo por válido. No solo nuestro país, sino el mundo, han cambiado radicalmente desde esa fecha.

Tan sólo por referencia, en Guatemala durante los últimos años hemos tenido una mujer como presidente del Organismo Judicial, Beatriz Ofelia de León (2005-2006), una mujer como vicepresidente de la República, Ingrid Roxana Baldetti (2012-2015), dos mujeres seguidas en calidad de fiscal general, Claudia Paz y Paz (2010-2014) y Thelma Esperanza Aldana (2014-2018) y actualmente tenemos a Gloria Patricia Porras como presidente de la Corte de Constitucionalidad (2015-2016). Además, son magistradas de la Corte Suprema de Justicia cinco mujeres, Silvia Patricia Valdéz, Vitalina Orellana, Delia Marina Dávila, Blanca Aída Stalling y Silvia Verónica García; y como candidata presidenciable ha estado la señora Sandra Torres Casanova. En el Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala hay una directora general reelecta para el cargo por cuatro años más, la maestra María del Rosario Paz Cabrera y desde hace más de diez años, el promedio de mujeres en los cursos a cargo del autor es de 55%. Si contextualizamos las fechas y los eventos, todo lo anterior, definitivamente, no es fruto de las bondades del actual sistema de protección a la mujer.

La utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación y la conciliación, no pueden dejar de utilizarse en violencia contra la mujer; es contrario a lo que establece el numeral 7 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y abuso de poder, que incluso aboga por las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas. De igual manera, es una obligación del fiscal hacerlo.<sup>56</sup> Por supuesto, todo caso debe estudiarse en sus detalles, y las reglas y/o medidas de comportamiento que derivan de los procedimientos desjudicializadores deben tener supervisión fiscal permanente y control judicial.

---

<sup>56</sup> Directriz 18. Sobre la función de los fiscales. De conformidad a la legislación nacional, los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente, o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando todos los derechos del sospechoso y de la víctima. A estos efectos, los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan la vía judicial no solo para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar la estigma que significa la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión.

## Para Natalia Belmont

el arbitraje, la conciliación y mediación pueden ser recursos óptimos para la resolución de la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, siempre y cuando se presenten tres condiciones fundamentales: a) Que la persona agredida haya pasado por la etapa de recuperación de su autoestima mediante entrevista individual y participación en grupos de referencia; b) Que el agresor reconozca la existencia de la violencia y acepte someterse a un tratamiento de rehabilitación, pues la promesa de no agresión no modifica la actitud; y c) Que los hechos abusivos referidos sean de abuso económico, patrimonial o físico. En caso de abuso sexual, se requiere otro tipo de tratamiento.<sup>57</sup>

La Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, al establecer en su artículo 9o. la prohibición de toda causal de justificación, limita garantías del acusado, que en otros casos tendría, ya que no le permite a la defensa, invocar costumbres, tradiciones culturales o religiosas, negando así la existencia de una sociedad multiétnica y pluricultural en Guatemala. Esto es caminar en contra de una realidad, homogenizar a todos a una cultura del feminismo. Se ha llegado a condenar sin la existencia de dolo específico, por el sólo hecho de adoptar una cultura “machista” y/o “patriarcal”, sin que exista la posibilidad de defensa mediante error de prohibición, error culturalmente condicionado o error de tipo.<sup>58</sup> Sin entrar en mayores consideraciones, el sistema en nada responde al contexto y a las particulares formas de vida y organización social de los pueblos mayas de Guatemala, lo cual va en contra de la Constitución Política de la República y de instrumentos de derecho internacional vigentes en el país.

## VIII. REFLEXIONES FINALES

El sistema procesal implantado a partir de las reformas venía funcionando teóricamente bajo la lógica de un sistema garantista, de respeto pleno a los derechos humanos de los acusados, aunque esto implicara eventualmente li-

---

<sup>57</sup> Belmont, Natalia, *Abordaje de la Violencia de Género contra las Mujeres en el ámbito familiar y la utilización de los Métodos Alternativos de Resolución de conflictos*, Manual de Capacitación, Guatemala, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 2006, p. 27.

<sup>58</sup> “Me comentó en una ocasión una jueza de los tribunales especializados, que cuando ella estaba dictando la sentencia y miraba la cara del individuo, quien estaba siendo condenado, claramente podía ver en su rostro el desconcierto y la total incompreensión a la razón de su condena”, Leonor Calderón. Presentación del libro de Thelma Aldana, *Los retos de la esperanza*, *op. cit.*, p. 19.

berar o absolver a uno que otro culpable; pero en “la justicia especializada” todo cambia, el sistema está dado para no defraudar a la víctima, ya que en sus redes muy bien pueden ser condenados muchos inocentes. Los actores del sistema no lo notarán, y si lo hacen, seguramente lo obviarán premeditadamente.

No parece ofensivo que exista en Guatemala una “justicia especializada”, ya que en asuntos de femicidio o de violencia contra la mujer, casi parece normal o común, se ha ido tolerando. Aunque muchos han sido víctimas de su actuación implacable, se quedan callados, por el temor a ser tildados de “misógenos” y/o “machistas”, etcétera. Si no se transita por estos lugares, si no se vive en carne propia este sistema justiciero y se conoce un poco más, posiblemente caeríamos en la tentación de la falacia creyendo que todo es perfecto y está bien. La ignorancia engaña; pero los abogados defensores privados y públicos, sí que conocen la realidad; lastimosamente, quienes dirigen colegios de abogados y asociaciones son más políticos que abogados, y además de desconocer el tema, en caso contrario se plegarían al sistema en búsqueda de sus favores, por lo que no podemos esperar algún tipo de pronunciamiento fundado o acción legal en contra de la justicia especializada.

Resulta difícil comprender cómo fue creado un aberrante sistema jurídico “de protección a la mujer”, que no es otra cosa que “juzgados especializados”. Sus creadores perversamente utilizaron los derechos humanos a favor de la mujer, y las enormes injusticias de que han sido víctimas y los legisladores pasaron inadvertido el paquete presentado, pues tenía envoltura de acción afirmativa para la mujer. Allí es más difícil esperar algún rastro de academia, y siendo tan improductivos e ineficientes, les vino bien aprobar el proyecto presentado y quedar bien con quienes lo promovían. Es evidente que estuvo ausente un análisis riguroso y técnico, desde el derecho (constitucional, penal, procesal penal, derechos humanos, pluralismo jurídico, etcétera). Mucho menos se hizo desde las perspectivas de otras ciencias (la psicología esencialmente, la biología, la sociología, etcétera). Los argumentos que fueron presentados tienen alguna validez, pero no lo suficiente para crear juzgados “especiales” para juzgar hombres, degradando y comprometiendo la imparcialidad del juez, la objetividad del fiscal, lo que implicó disminuir garantías y derechos del acusado en el juicio; en suma, retornar de manera encubierta a un sistema inquisitivo.

Es un principio internacional y muy conocido que el derecho penal es *ultima ratio*; frente a los problemas sociales dados, el Estado tiene la obligación de intervenir y garantizar los bienes jurídicos esenciales de todo guatemalteco; pero debemos ser cuidadosos, mesurados y, sobre todo, cientí-



ficos, y no actuar de manera apresurada; primero debemos identificar los problemas. Se ha dicho que hablamos de problemas que se originan en la pareja (mujer y hombre), que luego se traduce en violencia y en su máxima expresión son los femicidios. Entonces, debemos partir del fondo del problema. El control social a utilizar para estos casos es el primario; cualquier criminólogo recomendaría la reforma de la educación por la vía de la cultura matristica, y nuevo paradigma, el fortalecimiento de la familia, la organización social y comunitaria, así como la promoción y favorecimiento de la pluriculturalidad, pero nunca el sistema de control actual.

Definitivamente, los sistemas inquisitivos para la resolución de la violencia contra la mujer no es la primera consideración en otras realidades más desarrolladas. Al utilizar el buscador de “Google” ingresando la frase “problemas de pareja”, sorprende un resultado de más de 24 millones 800 mil entradas. Revisando las primeras páginas, de diez opciones por sección, encontraremos una serie de consejos para resolver estos problemas; la mayoría de sitios son del campo de la psicología; algunos refieren disfunciones orgánicas, sociales y sexuales. Los consejos son de lo más variado según la problemática que se tenga; en algunos casos se requiere de intervención de profesionales de la medicina, psicología u otros. Casi todos se refieren a servicios privados, y pocos, a instituciones estatales. Entre los privados, en su mayoría son organismos no gubernamentales e Iglesias. Si en el buscador ponemos lo mismo en inglés: *problems at couple*, vamos a encontrar más de 365 millones de entradas; la información es más rica, y las soluciones, variadas, desde distintas disciplinas, especialmente de la psicología, que van desde programas privados y atenciones de instituciones estatales en diversos países del mundo.

Pero en Guatemala existe un sistema que maquila casos, y su producto son sentencias “condenatorias”. Hoy, los reportes del funcionamiento de estos juzgados sólo refieren estadísticas; lo que es notorio es el incremento de expedientes, y los juzgados van resultando insuficientes para su atención y diligenciamiento, las fiscalías están abarrotadas, las familias destruidas, la sociedad desarticulada, las cárceles llenas y la incidencia de violencia contra la mujer, en aumento. Sin embargo, según las “estadísticas”; el delito que más se comete en Guatemala, ahora resulta ser el de la violencia contra la mujer, en sus diferentes manifestaciones, desplazando en poco tiempo esa primacía que durante décadas ostentaron los delitos contra el patrimonio.

Concatenado con esa realidad “fabricada”, también se tiende a ennoblecen las bondades de los “cambios” en el sistema procesal, como acontece con cada novedad, en donde sus ponentes exageran en los resultados que pueden lograrse, y para muchos resulta ser la panacea que resolverá todos

los males en un país, pero pasado algún tiempo se descubre que poco de lo dicho era cierto. Los políticos utilizan al sistema penal como estandarte en campaña política; refieren acabar con la delincuencia, que el sistema será perfecto y que la corrupción será erradicada. Mucho se dice, muy poco resulta ser real. En lo que se refiere a la “justicia especializada”, ha servido para crear más burocracia, en casos particulares para escalar en puestos públicos o para promocionarse a nivel internacional; esto se hizo evidente en la XVII Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana<sup>59</sup> celebrada en 2014 en Santiago de Chile, Guatemala coordinó y jugó un papel muy importante en la aprobación del Protocolo de Actuación Judicial para casos de violencia contra las mujeres.

Si las feministas que trabajaron por este perverso sistema realmente se preocuparan por cambiar paradigmas relativos a la cultura machista y “patriarcal”, trabajaran duro en el control social primario, hay mucho por hacer en las escuelas, empezando por la formación de profesores. Aunque los efectos serán a largo plazo, por ahí debe empezarse, para lograr cambios supraestructurales. Pero el trabajo debiera ir más allá y unir esfuerzos para la creación de una entidad, que desde una instancia estatal destine recursos económicos, profesionales y espacios destinados a la protección de la familia, que luche por todos los medios posibles en contra de la desintegración familiar, por la paternidad, maternidad responsable, y especialmente por los niños y niñas. El Estado y sus instituciones no asumen su responsabilidad orientada a resolver de fondo el problema de la violencia contra la mujer.

La utilización de la represión por el sistema penal, más parece revancha, lucha de poder, sed de venganza, una enfrenta que sólo canalizó instintos perversos, enfermos y ocultos, sin entrar a considerar que en Guatemala y en América Latina entera, las cárceles no resocializan a nadie.

El Estado cooptó estos casos, “expropió” el conflicto a las víctimas al asumir la acción pública por medio de sus instituciones; realmente no le interesa resolver el problema, sino más bien parece interesarle la víctima en cuanto ésta le sirva como testigo, para ganar su caso; nunca se le explica que del procedimiento solamente logrará una sentencia condenatoria, y que el infractor, de ser una pena conmutable, nunca irá a la cárcel, y que de ser inmutable, estará más de cinco años recluso cumpliendo condena. Si fuera lo último, la sentencia no se ejecutaría inmediatamente, aun faltaría la fase de impugnaciones, apelación especial, y posiblemente casación, lo que difiere su plena ejecución hasta por más de dos años posteriores al juicio. Menos aún se le explica que de no hacerse efectiva voluntariamente la suma

---

<sup>59</sup> Disponible en: [www.cumbrejudicial.org](http://www.cumbrejudicial.org)

de dinero que el juez estableció que debe pagar el condenado en concepto de “reparación digna”, no existe un mecanismo legal para lograr su efectivo pago en caso de insolvencia.

Generalmente la condena de privación de libertad del acusado no corresponde a las expectativas de las víctimas, menos aún una condena sobre “reparación digna”, sin importar la cantidad. La condena parece satisfacer únicamente al sistema, que incluso adorna la misma con supuestos irreales y poco profesionales, como lo que acontece en la parte resolutive de las sentencias de violencia contra la mujer, en donde usualmente se encuentra un párrafo que atribuye al juez de ejecución la responsabilidad de utilizar mecanismos para lograr orientar al agresor para que “abandone una cultura patriarcal y machista”. Esta ilusoria decisión de las sentencias no es técnicamente función del juez de ejecución, pues aun con buena voluntad, no es factible hacerse cumplir, ya que no existe un ente que lo haga.

Luego del proceso penal, seguramente el conflicto subyacente, si realmente existía, continuará agravándose, como un espiral de violencia; ya no será sólo un problema de pareja, ahora hay familias completas en conflicto, todos con un evidente desgaste económico, ya ambas partes para este momento habrán erogado grandes cantidades de dinero, en pago de abogados, o simplemente en gastos del juicio; ambos psicológicamente están devastados, las consecuencias las verán en el futuro. El tiempo ha transcurrido, y oportunidades de todo tipo pasaron, en razón de estar ligadas a un proceso que satisfizo las expectativas de quienes crearon esta industria, que genera más problemas sociales, económicos y psicológicos, que los que pretende resolver.

Quienes ganan son los empleados y funcionarios de la justicia especializada, que por esta causa ahora tienen trabajo, el Organismo Judicial que recibe donaciones del fondo de población de las Naciones Unidas, entre otras entidades, y a sus fondos privativos ingresa una buena cantidad de millones de quetzales, como producto de las conmutas. Tan sólo durante siete meses, de enero a agosto de 2015, por casos de violencia contra la mujer ingresaron 357 nuevos condenados en el Juzgado Segundo Pluripersonal de Ejecución Penal con sede en Quetzaltenango, y se emitieron recibos para el recaudo de aproximadamente Q.3,213,000.00, ya que en su mayoría las sentencias fueron conmutables. En 98% de los casos los condenados hicieron efectivo el pago para evitar ir a prisión.<sup>60</sup>

Un sistema de “justicia especializada” que no ayuda a resolver la conflictividad social, sino que provoca más problemas de los que pretende resol-

---

<sup>60</sup> Información aportada por el juez pluripersonal de ejecución, Nolver Fuentes, con base en el SGT, actualizada al 27 de agosto de 2015.

ver, es inmoral. En 2010 ingresaron al sistema penitenciario 1,189 hombres privados de libertad por delitos contemplados en la ley de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, y cada año se han incrementado. En 2011 fueron 1,384; en 2012, 1,810 y en 2013, 1,836.<sup>61</sup> Éstos son casos de hombres que guardan prisión preventiva y que fueron condenados a penas incommutables; pero también los hay que, aun cuando tenían la posibilidad de no ir a prisión pagando una conmuta, no lo pudieron hacer por su ingente situación económica, en tanto el Estado sigue criminalizando la pobreza.

Este sistema, también contribuye a la destrucción sistemática del futuro del país, debidamente orquestada desde el Estado en todos los aspectos sociales. Pero en este caso específico, los niños y niñas de los hogares destruidos quedan a la deriva, ya que la mayoría de veces están en el centro o son parte de los problemas de la pareja, lo que los convierte en un sector altamente vulnerable, que es absolutamente desatendido por el sistema penal. Debemos tener conciencia de nuestras limitaciones como profesionales del derecho y reconocer que el sistema penal es totalmente ineficaz frente a este tipo de conflictos; su burda oferta es utilizar la pena de cárcel como única forma de resolución. La “justicia especializada” alardea predicando el principio del interés superior del niño, pero es obvio que lo desconoce en su esencia o hace prevalecer otros por encima de él.

El problema de fondo, no se resuelve dictando sentencias condenatorias. Desde un inicio, no se atendió el conflicto en su complejidad. Ahora, desde el sistema creado, se juzga la violencia dentro de una pareja sin evaluar cada caso en particular; tampoco se realiza la jerarquización del problema en menor, medio o mayor, mucho menos se pretende establecer la razón que originó el conflicto; el sistema penal resulta torpe para ello, no analiza ni medita si la solución correcta es la intervención penal por medio de la imposición de la pena, o bien existe otra opción, al final todo está dicho: “a maquinaria está bien aceitada, tan sólo requiere de la denuncia para empezar a funcionar”. Es un sistema inquisitivo en donde no hay presunción de inocencia, se trata de alguien peligroso por naturaleza y que se le ha denominado “hombre”, quien a su ingreso al sistema goza de la “presunción de culpabilidad”, y de oficio se le imponen medidas cautelares, que van abriendo el cauce que desemboca violenta y constantemente en el mar de condenas.

Existiendo diversas posibilidades y métodos para la resolución de una cultura machista y patriarcal con sus causas y consecuencias, es inaudito

---

<sup>61</sup> Instituto Nacional de Estadística (INE). Datos aportados por le Dirección General del Sistema Penitenciario.

que usemos mecanismos legales coercitivos y sancionatorios, que lejos de siquiera aminorar el problema de fondo, al tenor de la verdad, la intervención del derecho penal y sus instituciones lo agravan exponencialmente, especialmente porque jamás les interesará la subsistencia de una vida en pareja, de un hogar, o la posibilidad de una familia feliz; sólo se busca reprimir y sancionar. Aun cuando en el conflicto originario hay dos partes, dos versiones y dos personas, de oficio se reprime sólo a una de las partes. No obstante, quien no es sancionada, sino se le “protege”, tampoco es de interés posterior al sistema, pues únicamente resulta de importancia mientras sirva para efectos probatorios, condenatorios y estadísticos. Los efectos perniciosos de los juzgados especializados siempre tendrán particular relevancia sobre el valor de la familia... sobre la vida, el destino y la felicidad de niños y niñas, que desde temprana edad son advertidos por el Estado, que los conflictos únicamente se resuelven con violencia y represión.

## IX. FUENTES DE CONSULTA

### 1. *Publicaciones*

- ALDANA, Thelma, *Los retos de la esperanza. Justicia especializada con enfoque de género en Guatemala*, Guatemala, Armar Editores, 2013.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2002.
- BELMONT, Natalia, *Abordaje de la violencia de género contra las mujeres en el ámbito familiar y la utilización de los métodos alternativos de resolución de conflictos*, Manual de Capacitación, Guatemala, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 2006.
- BUSTOS, Juan y LARRAURI, Elena, *Victimología. Presente y futuro*, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1993.
- CALDERÓN PAZ, Carlos, *El encarcelamiento preventivo en Guatemala*, Guatemala, Editorial Oscar de León Palacios, 2006.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Manual de observación de procesos penales*, Ginebra, *Guía para profesionales*, núm. 5, 2009.
- FACIO, Alda, *Cuando el género suena cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, Guatemala, Serviprensa, 2007.
- GARCÍA PABLOS, Antonio, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

JUÁREZ, Erick, *Ministerio Público versus Impunidad*, Guatemala, Editores F&G, 2013.

MORALES, Hilda, *Género, mujeres y justicia*, Guatemala, Serviprensa, 2007.

NOGUEIRIAS, Belén, “La violencia en la pareja”, en Consue Ruiz-Jarabo Quemada y Pilar Blanco Prieto (dirs), *Violencia contra las Mujeres, prevención y detección. Cómo promover desde los servicios sanitarios, relaciones autónomas, solidarias y gozosas*, España, Ediciones Días de Santos, 2004. Reimpresión 2005.

## 2. Informes

MESECVI, *Segundo Informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará*, Mecanismo de seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, 2012, disponible en: <http://www.oas.org/es/meseuvi/>.

ORGANISMO JUDICIAL DE GUATEMALA, *Primer Informe Juzgados y Tribunales Penales de delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer*, Guatemala, 2012.

ORGANISMO JUDICIAL DE GUATEMALA, *Segundo Informe Juzgados y Tribunales Penales de delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer*, Guatemala, 2013.

ORGANISMO JUDICIAL DE GUATEMALA, *Tercer Informe Juzgados y Tribunales Penales de delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer*, Guatemala, 2014.

## 3. Legislación nacional

Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer. Comentarios y concordancias, Guatemala, Grupo Guatemalteco de Mujeres. Serviprensa, 2011.

Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Guatemala, 2009.

Código Procesal Penal, Guatemala, 1992.

Ley de Protección de Sujetos Procesales y otras Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal. Decreto 70-96, Congreso de la República, publicado el 27 de septiembre del 1996, Guatemala, 1996.

#### 4. *Legislación internacional*

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; “Convención de Belém do Pará”.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Violencia contra la Mujer. Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José”.

Ley 8589 de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, vigente a partir del 30 de mayo del 2007.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

#### 5. *Instrumentos internacionales no convencionales*

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder.

Directrices sobre la Función de los Fiscales.

Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura.

#### 6. *Páginas web*

[www.ine.gob.gt](http://www.ine.gob.gt)

[www.cicig.org](http://www.cicig.org)

[www.elquetzalteco.com.gt](http://www.elquetzalteco.com.gt)

[www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)

[www.cumbrejudicial.org](http://www.cumbrejudicial.org)

[www.cc.gob.gt](http://www.cc.gob.gt)

[www.oj.gob.gt](http://www.oj.gob.gt)

[www.oas.org](http://www.oas.org)

## LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PENAL MEXICANO EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Enrique DÍAZ-ARANDA\*

SUMARIO: I. *De subordinación a los mandatos de la constitución y de los tratados internacionales.* II. *De coordinación con leyes.* III. *De superioridad frente a reglamentos, acuerdos, circulares y otras.* IV. *Bibliografía.*

El reclamo de la sociedad mexicana por alcanzar la justicia penal data de siglos atrás, y han sido múltiples los intentos para establecer las bases legales para alcanzarla, lo cual se puede resumir en lo establecido en el artículo 20, inciso A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM), en el cual se dispone que el objeto del proceso debe ser el esclarecimiento de los hechos, la sanción del delincuente, la protección del inocente y, cuando sea posible, la reparación del daño causado por el delito. Para conseguir lo anterior, se han establecido una serie de acciones que van desde la prevención del delito, la reestructuración de la policía y de las instituciones encargadas de procurar y administrar justicia, así como del sistema penitenciario; todo ello acompañado de las correspondientes reformas legales, incluso nuevas leyes, como el Código Nacional de Procedimientos Penales. Sin embargo, a la fecha sigue pendiente la unificación de la legislación penal sustantiva, lo cual genera disfunciones contrarias al Estado social y de derecho, ya que no todos los códigos penales consideran las mismas conductas como delictivas; así, lo que en un estado es delito en otro puede no serlo, o los requisitos para considerarlo como tal pueden variar mucho y, en el mismo sentido, las penas pueden ser muy dispares para el mismo delito, con lo cual se afecta la certeza jurídica y la igualdad. En el contexto anterior surge la pregunta: el derecho penal mexicano, con sus 33 códigos penales, ¿puede ser ajustado a los principios fundamentales de un Es-

---

\* Investigador titular "C" en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM ([www.enriquediazaranda.com](http://www.enriquediazaranda.com)).



tado social y democrático de derecho? Desde mi punto de vista, sí es posible si lo interpretamos de manera sistemática, teleológica e histórica y no sólo de forma gramatical. Es por ello que en el presente ensayo exponemos de los lineamientos fundamentales que nos permitan realizar dicha interpretación.

La jerarquía y la interrelación entre las normas jurídicas que conforman el derecho positivo mexicano se encuentran previstas en la CPEUM en los términos siguientes:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

Este precepto constituye el fundamento de la supremacía constitucional y de los tratados internacionales e implica que las leyes penales se deben ajustar a lo dispuesto en dichos instrumentos internacionales, no sólo para su aplicación, sino también para su creación e interpretación. De ahí que la CPEUM y los tratados internacionales se erigen como normas supremas cuyos mandatos serán inviolables por las leyes que conforman el derecho penal mexicano, principalmente las contenidas en los códigos penales locales y el CPF.<sup>1</sup> Por ello, la relación del derecho penal frente a las normas supremas (CPEUM y tratados internacionales) es de subordinación.

Por otra parte, la ley penal se relaciona con otras de su misma jerarquía, en cuyo caso se deberán coordinar, mientras que con normas de menor jerarquía la relación será de superioridad, como sucede con los reglamentos, circulares, normas oficiales, etcétera, que jamás podrán sustituir o contravenir a las normas penales.

Estas tres relaciones jerárquicas del derecho penal (subordinación, coordinación y superioridad), nos servirán para ofrecer una interpretación sistemática del orden jurídico nacional.

## I. DE SUBORDINACIÓN A LOS MANDATOS DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Las normas constitucionales han sido objeto de dos importantes reformas: 18 de junio de 2008 y 10 de junio de 2011, las cuales sientan las bases del nuevo

---

<sup>1</sup> En este sentido, véase Ochoa Sánchez, Miguel Ángel *et al.*, *Derecho positivo mexicano*, esp. pp. 191 y ss.

sistema de justicia penal propio de un Estado social y de derecho garante de los derechos humanos, lo cual se ha visto reforzado con la firma y ratificación de diversos tratados internacionales. A partir de la interrelación de dichas normas supremas, surgen mandatos, a los cuales se debe ajustar el derecho penal mexicano, a saber: legalidad, exclusiva incriminación de conductas; bien jurídico tutelado, y penas con fines de reinserción social y protección de derechos humanos. Por ello, será obligación de todas las autoridades mexicanas que crean o aplican el derecho penal, ajustarlo a dichos mandatos, ya que de lo contrario, el acto de autoridad sería anticonstitucional, y podría derivar en responsabilidad del funcionario que los violentó.

A continuación analizaremos los mandatos enunciados.

### 1. *Legalidad*

Antes de la Revolución francesa, el derecho penal se caracterizaba por la gravedad de las sanciones aplicadas de manera arbitraria por quien detentaba el poder (por ejemplo, el rey o el señor feudal). Por ello, Beccaria manifestó: “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social”,<sup>2</sup> y al juez sólo corresponde aplicar dicha ley, mientras que al Ejecutivo le está vetada tanto la facultad de emitir leyes penales como la de juzgar los delitos. Ello quedó claramente plasmado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en los términos siguientes: “Art. 8o. La ley no debe establecer más que las penas estricta y manifiestamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada conforme a la propia ley”.<sup>3</sup>

Es así como surge el principio de legalidad, que fue delineado por Feuerbach<sup>4</sup> con la fórmula latina *nullum crimen nulla poena sine leg*,<sup>5</sup> que se concibe como un medio de control al poder represivo del Estado,<sup>6</sup> el cual quedó plasmado en la CPEUM en los términos siguientes:

<sup>2</sup> Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, pp. 29 y 30.

<sup>3</sup> Citado en Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, *Lecciones de D.p...*, p. 43. Sobre el contexto histórico europeo, véase Roxin, C., *D.p...*, pp. 141-144; Cuello Contreras, J., *El D.p...*, pp. 146-148.

<sup>4</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de D.p...*, pp. 162 y 163; Jiménez de Asúa, L., *Manual...*, vol. II, pp. 38 y 39; Welzel, H., *D.p...*, pp. 26 y 27.

<sup>5</sup> Feuerbach, P. J. A., *Lehrbuch...*, esp. § 20.

<sup>6</sup> Roxin, C., *D.p...*, pp. 137, 145 y 146.

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

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

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Así, la legalidad se erige como una garantía que se conforma de tres postulados: *a)* la conducta delictiva sólo puede estar descrita en la ley, *b)* irretroactividad la ley, y *c)* sólo se puede imponer la sanción dentro de los límites previstos en la ley.

Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) dispone:

Artículo 7o. Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Artículo 9o. Principio de Legalidad y de Retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

En consecuencia, el mandato de legalidad implica no sólo la descripción de las conductas delictivas en la ley penal, sino también la claridad de su descripción, para que el ciudadano tenga certeza sobre los comportamientos prohibidos por cuya comisión podría ser sancionado penalmente, lo cual, a su vez, impide al Estado la imposición arbitraria de penas.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> En este sentido, véase García Ramírez, S., *D.p...*, p. 27; Roxin, C., *D.p...*, esp. pp. 140 y 159-161; Mir Puig, S., *D.p...*, esp. p. 77. Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, *Lecciones de D.p...*, p. 49; Cerezo Mir, J., *Curso de D.p...*, p. 170; Cuello Contreras, J., *El D.p...*, p. 155; Luzón Peña, D. M., *Curso de D.p...*, p. 81.

## 2. *Exclusiva incriminación de conductas*

Aunque el texto del artículo 14 de la CPEUM no dice expresamente que sólo las conductas pueden ser consideradas como delitos, ello sí está contemplado tal cual en el pfo. 4o. del artículo 18 referente a la justicia para adolescentes, al establecer:

Artículo 18. ...

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

Así, al referirse el texto constitucional a la conducta tipificada como delito, restringe éste a la exclusiva descripción legal de acciones u omisiones cuyas consecuencias serán distintas para los adolescentes (medidas) que para los mayores de edad (penas); el tema relativo a la imputabilidad lo abordaremos en la segunda parte de esta obra.

Aunado a lo anterior, el principio de legalidad, previsto en artículo 9o. de la CADH, ya transcrito, señala que sólo las acciones u omisiones previamente descritas en la ley pueden dar lugar a su condena como delitos. Ello también está previsto en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por ende, la interpretación sistemática de las normas supremas constitucionales y de instrumentos internacionales nos permite sostener la existencia de un mandato por el cual sólo las conductas de acción o de omisión pueden ser descritas en la ley como delitos, y quedan prohibida la sanción penal por simples situaciones o circunstancias del autor, cuyo ejemplo más representativo lo fue el derogado delito de vagancia y malvivencia, que preveía el CPF en los términos siguientes:

*Vagos y malvivientes*

Artículo 255. Se aplicará sanción de dos a cinco años de prisión a quienes no se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada y tengan malos antecedentes.

Se estimará malos antecedentes para efectos de este artículo: ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de mujeres o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, thaúr o mendigo simulados o sin licencia.

Artículo 256. A los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, gonzúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que se trata de cometer un delito, se le aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión y quedarán sujetos, durante el tiempo que el juez estime pertinente a la vigencia de la policía.<sup>8</sup>

Pero todavía subsiste el de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, en el cual, no se describe la conducta delictiva, sino una situación del servidor que no puede demostrar la licitud del incremento de su patrimonio.

Actualmente, el mandato de exclusiva incriminación de conductas como delitos se cumple con lo previsto en el artículo 7o. del CPF, al definir al delito como la acción u omisión que sancionan las leyes penales.<sup>9</sup> Por lo cual, al relacionar sistemáticamente dicha regla del libro primero del CPF con el mandato de legalidad previsto en la carta magna y el artículo 9o. de la CADH, podemos generar la primera categoría de análisis del delito: la conducta-típica.

### 3. *Bien jurídico tutelado*

La protección de bienes fundamentales para la sociedad se considera como uno de los principios fundamentales del derecho penal en un Estado social y de derecho, lo cual dejó de ser una pura cuestión doctrinal<sup>10</sup> y pasó

<sup>8</sup> En Alemania, el parágrafo § 361 de la Ley de Delincuentes Habituales, del 24 de noviembre de 1933, sancionaba penalmente al vagabundo, mendigo, borracho o vago. Sobre esta ley, véase Roxin, C., *D.p...*, p. 180; en España tuvo vigencia la Ley de Vagos y Maleantes, del 4 de agosto de 1933, la cual fue sustituida por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, el 4 de agosto de 1970; de ello informan Mir Puig, S., *D.p...*, pp. 9 y 10; Cuesta Aguado, P. de la, *Tipicidad...*, p. 26.

<sup>9</sup> Cabe decir que la doctrina mayoritaria clasifica a este principio como una derivación del principio de culpabilidad. No obstante, si el dolo, como aquí se expondrá, se ubica en el tipo, entonces debe hacerse referencia a este principio dentro del principio de conducta incriminada. Lo ubican dentro del principio de culpabilidad, entre otros: Quintero Olivares, G., *Curso...*, pp. 58 y 60; Verdugo Gómez de la Torre *et al.*, *Lecciones...*, p. 63; Ruiz Vadillo, E., *Desviaciones al principio...*, pp. 671, 673-680.

<sup>10</sup> Regino García, Gabriel, *Globalización, neoliberalismo y control social ¿hacia dónde se dirige el derecho penal en México?*, esp. pp. 114-120; Álvarez García, F.J., *Bien jurídico y Constitución*, pp. 18 y ss.; Toledo y Ubieto, E. O. de, *Función y límites del principio...* pp. 14 y ss.; Cuello Contreras, J., *El D.p ...*, p. 128.

a ser reconocido expresamente en algunos códigos penales locales, como los de Chihuahua y el Distrito Federal.<sup>11</sup> Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la interrelación de las normas constitucionales nos permiten sostener que hay un verdadero mandato que obliga al legislador penal a expedir leyes penales si y sólo si protegen bienes fundamentales para la sociedad; es decir, la descripción de los delitos sólo se justifica cuando las conductas lesionan o cuando menos ponen en peligro bienes jurídicos tutelados.

Para empezar, el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión (artículo 41, de la CPEUM), por lo cual el supremo poder de la Federación (artículo 49, de la CPEUM) sólo se debe ejercer en beneficio del pueblo (artículo 39, de la CPEUM), por lo cual la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia penal (artículo 73, frac. XXI, de la CPEUM) sólo se justifica cuando se describen conductas que lesionan bienes fundamentales para la sociedad (artículo 22, primer pfo., de la CPEUM).

Así, en una sociedad tan plural como la mexicana, sólo alcanzará la calidad de bien fundamental aquello que la mayoría de sus integrantes consideran como muy importante o imprescindible para el desarrollo particular y social.<sup>12</sup> De esta guisa, la actuación del Estado deberá orientarse hacia la protección de los bienes fundamentales para la sociedad a través de medidas económicas, administrativas, sociales y jurídicas; dentro de estas últimas estará la descripción como delitos de las conductas que lesionan o ponen en grave peligro a los bienes fundamentales, por las cuales también deberá preverse una sanción penal.

En esta tesitura, el bien fundamental para la sociedad alcanza el rango de jurídico tutelado, cuando se describe en la ley penal la conducta que lo lesiona o lo pone en peligro y dispone una pena o medida a imponer a quien la realiza.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Así, el Código Penal para el Distrito Federal dispone: “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”.

Por otro lado, el Código Penal de Chihuahua establece: “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”.

<sup>12</sup> En este sentido, véase Kindhäuser, U., *D.p...*, esp. p. 67; Polaino Navarrete, M., *El bien jurídico...*, esp. pp. 28 y 29.

<sup>13</sup> En este sentido, véase Gimbernat Ordeig, E., *Causalidad, omisión...*, p. 190; Fernández, G., *Bien jurídico...*, p. 418; Díez Ripollés, J. L., *La contextualización...*, pp. 432-434, 437 y 440-444; Mir Puig, S., *D.p...*, p. 92; Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, *Lecciones...*, p. 56; Quintero Olivares *et al.*, *Curso...*, p. 52; Luzón Peña, D. M., *Curso de D.p...*, p. 82; Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al D.p...*, pp. 269-271.

Existen bienes fundamentales cuya valía ha sido reconocida por todas las sociedades a lo largo de la historia, tales como la vida, la integridad física, el patrimonio, la libertad, etcétera, y su importancia se ve reflejada en la pena a imponer a quienes los lesionan, por lo cual la sanción deberá ser proporcional a la jerarquía de los bienes (artículo 22, pfo. primero, de la CPEUM), por lo cual sería contradictorio sancionar más gravemente un delito contra el patrimonio que uno contra la vida.

La valía de los bienes es dinámico y puede cambiar de acuerdo con el tiempo y las circunstancias; por ello es que los delitos contra el honor (injurias y difamación) han quedado excluidos del CPF<sup>14</sup> y han surgido otros nuevos, como los de acceso ilícito a sistemas y equipos de informática (artículos 211, bis 1 a bis 7, del CPF).

Por todo lo anterior, en la interpretación y aplicación del derecho penal sustantivo será indispensable identificar el bien jurídico tutelado, su jerarquía y su correspondencia con la sanción prevista, todo lo cual debe ajustarse a los mandatos de las normas supremas.

#### 4. *Pena con fin de reinserción social*

La ley penal deberá establecer el mínimo y el máximo de la pena a imponer por la comisión de un delito (mandato de legalidad); pero la duración de la pena deberá permitir al condenado su reinserción social cuando vuelva a la libertad. Ello ha quedado plasmado en nuestra CPEUM:

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 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.<sup>15</sup>

El mandato constitucional de la pena con fines de reinserción social se reafirma en el numeral 6 del artículo 5o. de la CADH: “6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

---

<sup>14</sup> DOF, 23 de diciembre de 1985.

<sup>15</sup> DOF, 10 de junio de 2011.

Conforme a lo antes establecido, las leyes penales mexicanas que disponen penas de prisión superiores a los cuarenta años ¡violentan flagrantemente el mandato de la pena con fines de reinserción social! Si la edad penal inicia a los dieciocho años y si se impusiera una pena de prisión de más de cuarenta años, estaríamos ante una persona que al salir de prisión tendría casi sesenta años de edad o más; ¿sería posible reinsertarlo a la vida social? Por ello es urgente una reforma que ajuste las penas previstas en los ordenamientos penales del país al mandato de la pena con fines de reinserción social tal como lo ordenan las normas supremas.

El mandato de penas con fines de reinserción social excluye las viejas concepciones retribucionistas o aquellas que la consideran como un medio de prevención general, y sólo la perfila como un mecanismo de prevención especial para tratar de evitar su reincidencia.

Por otra parte, el artículo 22 de la CPEUM prohíbe terminantemente la aplicación de determinadas penas.

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

Conforme a lo anterior, ¡está terminantemente prohibida la reinstauración de la pena de muerte en México! Dicho mandato se confirma en el punto 3 del artículo 4o. de la CADH:

“Artículo 4. Derecho a la Vida

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”.

Por ello, los diversos pronunciamientos en favor de la pena de muerte en nuestro país reflejan un desconocimiento de las normas supremas ya citadas, lo cual es totalmente imperdonable cuando se trata de políticos y peor aún si son legisladores.

## II. DE COORDINACIÓN CON LEYES

Las leyes penales se pueden interrelacionar con otras, sea por cuestión de competencia, materia, aplicación judicial o de ejecución de penas, lo cual genera una relación de coordinación, que expongo a continuación.



### 1. *Entre normas penales*

El CPF fue emitido por el Congreso de la Unión en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de la CPEUM, para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; queda reservada a los estados y al Distrito Federal la facultad para legislar en materia de fuero común. De ahí la vigencia de 33 códigos penales: uno Federal, uno del Distrito Federal y 31 estatales, cuyas normas se aplican en atención a su competencia, dividida en fuero común y fuero federal.

Lamentablemente, la vigencia actual de 33 códigos penales en el país ha generado la falta de uniformidad en la descripción de conductas delictivas, a lo cual se suma la disparidad de penas, por lo cual la misma conducta puede ser delictiva en un estado, mientras que en otro no, y cuando la descripción es similar, puede tener sanciones distintas, dependiendo el lugar donde se cometió. Esta situación contraviene de manera flagrante la certeza jurídica, y, por ende, el mandato de legalidad, que puede derivar en la anticonstitucionalidad del actual derecho penal mexicano. Por ello, existen diversos pronunciamientos en favor de un código penal único que rijan en todo el país conforme a los parámetros de un Estado social y de derecho y se ajuste a las necesidades nacionales, o cuando menos una ley general de fundamentos penales que regule la parte general y se deje a los estados la expedición del libro segundo, en donde sólo se describan las conductas delictivas y las penas a imponer. Cabe decir que esta última solución sólo sería provisional, pues la tendencia es conseguir un sólo ordenamiento penal.

Mientras se resuelve el problema de unidad del derecho penal mexicano con un código penal único, utilizaremos el CPF como base normativa para el desarrollo de la presente obra.

La descripción de las conductas delictivas previstas en el libro segundo del CPF se complementa con lo dispuesto en otras leyes, como sucede con los delitos contra la salud, pues el artículo 193 del CPF remite a los artículos 237, 245, fracciones I, II y III, y 248, de la Ley General de Salud, para determinar qué se entiende por narcótico, y con ello poder complementar la descripción de las conductas, típicas previstas en los artículos 194 a 199 del CPF.

Por otra parte, la gravedad e incidencia de ciertos delitos ha llevado al legislador penal mexicano a sacarlos del CPF y crear leyes específicas, como la Ley Federal Para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley General para Prevenir y Sancio-

nar los Delitos en Materia de Secuestro, etcétera. En otras ocasiones la descripción de la conducta, típica se encuentra prevista en leyes de naturaleza distinta a la penal, como sucede con lo previsto en el artículo 462 de la Ley General de Salud y en los artículos 96, 102 y 103 del Código Fiscal de la Federación. Ello es acorde con el principio de legalidad, siempre y cuando, también se trate de leyes de la misma jerarquía de la ley penal.

Sólo cabe advertir que la interpretación de las conductas, típicas previstas en otras leyes se deberá ajustar a las reglas del libro primero del CPF; por ejemplo, la comisión del delito de contrabando previsto en el artículo 102 del Código Fiscal de la Federación podría quedar excluido por el error de tipo invencible previsto en el artículo 15, fracción VIII, inciso a), del CPF, con lo cual se vuelve a verificar la relación de coordinación entre las normas.

## 2. *Con normas procesales*

Mientras que al derecho penal le corresponde la función de establecer cuáles son las conductas consideradas como delitos y las penas a imponer por su comisión, el derecho procesal penal establece los requisitos y formalidades que se deben observar para la aplicación del derecho penal al caso concreto y determinar quién o quiénes son responsables de un delito. Es por ello que la relación entre el derecho penal y derecho procesal penal es tan estrecha que autores como Gimbernat Ordeig definen al primero como “el conjunto de normas jurídicas que determina lo que es delito y vincula a él, como consecuencia jurídica, una pena o medida de seguridad a imponer en un proceso penal”,<sup>16</sup> mientras que al segundo lo conceptúo como “la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad”,<sup>17</sup> siendo facultad exclusiva de la autoridad judicial el imponer las penas, así como su modificación y duración, según lo dispuesto en el pfo. segundo del artículo 21, de la CPEUM.

Lo anterior explica por qué muchos de los mandatos establecidos por las normas supremas (constitucionales y tratados internacionales) dirigidos a normas procesales terminan siendo compartidos por normas penales sus-

---

<sup>16</sup> Gimbernat Ordeig, E., *Concepto...*, p. 17; en el mismo sentido, véase Quintano Ripollés, *Curso...*, t. I, p. 5; Reyes Echandía, A., *derecho penal...*, p. 2; Mir Puig, S., *Introducción a las bases* p. 201; Sáinz Cantero, J. A., *La ciencia del derecho...*, p. 53.

<sup>17</sup> Maier, Julio B. J., *Derecho procesal...*, t. I, p. 75, también véase pp. 77-83 y 145-160.

tantivas, como el debido proceso, la prohibición de la analogía, la irretroactividad de la ley y la prohibición de sancionar dos veces la misma conducta.

El debido proceso (*nemo damnatur nisi per legale iudicium*), implica que nadie puede ser sancionado penalmente sin la previa celebración de un procedimiento en el que se hayan cumplido todas las formalidades previstas en la ley (artículo 14, párrafo 2o. de la CPEUM),<sup>18</sup> lo cual se complementa con lo dispuesto en el artículo 7o. de la CADH.

#### Artículo 7o. Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

La analogía se presenta cuando el juez conoce de un caso no previsto en la ley, pero muy semejante a otro que sí lo está, por lo cual utiliza la misma norma para resolver el primero bajo el razonamiento de que “donde

---

<sup>18</sup> Rodríguez Mourullo, G., “Artículo 1o. ...”, esp. pp. 131 y ss.; Mir Puig, S., *D.p...*, esp. pp. 76 y 77; Cerezo Mir, J., *Curso de D.p...*, esp. pp. 167-169; Quintero Olivares *et al.*, *Curso de D.p...*, esp. pp. 35-40; Cuello Contreras, J., *El D.p...*, esp. p. 154; Jiménez de Asúa, L., *Manual...*, vol. II, esp. pp. 37 y 38; Ruiz Vadillo, E., *El D.p. sustantivo...*, esp. pp. 45-47.

hay la misma razón legal debe existir igual disposición de derecho”,<sup>19</sup> con lo cual se aplicaría una norma penal a un hecho que no le corresponde, y con ello se violaría el mandato de legalidad, de ahí su prohibición. Sin embargo, la analogía *in bonam partem* sí está permitida, y ello queda reafirmado con el reconocimiento del principio *pro homine* o pro persona del artículo 1o. de la CPEUM, que implica una interpretación de la norma penal que logre la protección más amplia de los derechos humanos del probable responsable, pero sin dejar de proteger a la víctima.<sup>20</sup>

Se prohíbe la retroactividad de normas penales que incriminan nuevas conductas, amplían la materia de prohibición, agravan la pena y/o introducen nuevas consecuencias jurídicas más graves. Sólo está permitida la retroactividad de la ley penal cuando beneficia al procesado.

También se prohíbe el doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos, y más aún el sancionar dos veces la misma conducta: *non bis in idem*.

Por otra parte, después de la publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) en el *DOF* del 5 de marzo de 2014, podemos decir que el derecho procesal mexicano se debe ajustar a los siguientes principios propios de un sistema acusatorio adversarial:<sup>21</sup>

- A. Imparcialidad, independencia, competencia y establecimiento legal previo del juzgador.
- B. Presunción de inocencia.
- C. Igualdad entre las partes.
- D. Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, cuando no comprenda o hable el idioma del juzgado o tribunal.
- E. Derecho a estar presente en el proceso.
- F. Derechos de defensa:
  1. Derecho a defenderse por sí mismo (defensa material).
  2. Derecho a contar con la asistencia de un defensor y a comunicarse con él de manera privada y libre.
  3. Derecho a que se le comunique detalladamente y en forma oportuna la imputación y la acusación.
  4. Congruencia entre acusación y sentencia condenatoria.
  5. Derecho a disponer de tiempo adecuado para preparar su defensa.

<sup>19</sup> Disponible en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Dogmatica\\_juridica](http://es.wikipedia.org/wiki/Dogmatica_juridica).

<sup>20</sup> Ochoa Romero, Roberto. “Criterios de la Corte Interamericana...”; Roxin, C., *D.p...*, p. 158; Álvarez García, *Introducción a la teoría...*, p. 28.

<sup>21</sup> En este sentido se pronuncia: García Ramírez, S., *D.p...*, p. 27; Ochoa Romero, Roberto. “Criterios de la Corte Interamericana...”.

6. Derecho a contar con los medios adecuados para preparar su defensa.
  7. Derecho a ofrecer pruebas y expresar alegatos.
  8. Derecho a contradecir las pruebas y alegatos de la contraparte.
  9. Derecho a ser auxiliado para que sus testigos comparezcan a juicio.
  10. Derecho a interrogar a sus testigos y conainterrogar a los testigos de cargo.
  - G. Derecho a que los testigos de cargo declaren en su presencia en juicio (derecho a ser careado, también conocido como derecho a la confrontación).
  - H. Derecho a impugnar la sentencia de primera instancia.
  - I. Derecho a guardar silencio.
  - J. Inadmisibilidad o exclusión de pruebas ilícitas.
  - K. Derecho a ser juzgado en plazo razonable.
  - L. Juicio público, contradictorio, concentrado, continuo y celebrado ante juez o jurado (juicio en audiencia pública).
- Del desarrollo de cada uno de los principios antes mencionados me he ocupado en otra de mis obras, por lo cual remito al lector a su lectura.<sup>22</sup>

### 3. *Con normas penitenciarias*

El artículo 18 de la CPEUM establece las bases fundamentales del sistema penitenciario para conseguir la reinserción social a través de trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, todo lo cual deberá desarrollarse en la Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones y sus correlativas a nivel estatal. Sin embargo, será materia de análisis de los penitenciaristas la correspondencia de dicha Ley con los mandatos establecidos en las normas supremas.

Por otra parte, el recluso gozará de la protección de sus derechos humanos, tal como lo dispone el artículo 18 de la CPEUM y el punto 2 del artículo 5o. de la CADH:

#### Artículo 5.

Derecho a la Integridad Personal.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

---

<sup>22</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Proceso penal acusatorio...*, esp. pp. 5-371.

Asimismo, lo dispuesto en la parte final del párrafo tercero del artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en los términos siguientes:

#### Artículo XXV

Derecho de protección contra la detención arbitraria.

...

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad

Sin embargo, hay que considerar que el sentenciado tiene restringidos sus derechos y garantías, comenzando por la más importante: la libertad de tránsito. Por ello es que se deben establecer criterios para delimitar los límites de la protección de derechos humanos de quien compurga una pena de prisión. Por ejemplo ¿sería contrario a la dignidad humana el poner a barrer banquetas o limpiar los escusados?; ello será materia de debates más profundos, que por ahora sólo quedan como comentarios.

### III. DE SUPERIORIDAD FRENTE A REGLAMENTOS, ACUERDOS, CIRCULARES Y OTRAS

En algunas ocasiones, el legislador penal no puede describir por completo la conducta típica, y requiere de normas de menor nivel para completarla. Esto sólo será posible cuando el núcleo de la conducta o verbo rector esté previsto en la ley y sólo sea complementada por la norma inferior, como sucede con los reglamentos, normas oficiales y normas técnicas.

El papel de superioridad de la ley penal y de subordinación de la norma complementaria se puede apreciar en los supuestos de accidentes de tránsito, pues, por ejemplo, la conducta de homicidio previsto en el CPF sólo podrá integrarse cuando se determine que la conducta de privar de la vida a otro se derivó de la violación de una de las normas del Reglamento de Tránsito o, en otro supuesto, que la muerte acaecida durante una operación quirúrgica se derivó del incumplimiento de un deber previsto en la Norma Oficial Mexicana para la práctica de anestesiología (NOM-170-SSA1-1998), o que la muerte ocurrida al derrumbarse una construcción se puede imputar al constructor por la violación de las normas del reglamento de construcciones.

Es necesario tener siempre presente que los reglamentos, circulares, acuerdos y otras disposiciones de ese mismo nivel ¡no pueden describir por sí mismos conductas delictivas ni contemplar penas de prisión!

En términos generales, estos son los primeros lineamientos para interpretar y ajustar al derecho penal mexicano a los parámetros de un Estado social y de derecho, los cuales he desarrollado con mayor amplitud en otras de mis obras.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, Dykinson-Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 1991.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza, 1968.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Luis *et al.*, *Lecciones de derecho penal (parte general)*, 2a. ed., Barcelona, Praxis, 1999.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español (parte general) II Teoría jurídica del delito*, 6a. ed., Madrid, Tecnos.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, 3a. ed. Madrid. Dykinson. 2002
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español*, 3a. ed., Madrid, Dykinson, 2002.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito (legislación, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, Straf, 2008.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, año 10, núm. 15, diciembre de 1988.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática*, Montevideo, B de F, 2004.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. 14a. ed., Alemania, Darst.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derecho penal*, México, UNAM, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Granada, Comares, 1997
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Manual de derecho penal*, Madrid, Reus, 1933, vols. I y II.
- KINDHÄUSER, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, trad. de Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de derecho penal (parte general)*, t. I, Madrid, Universitas, 1996.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, t. I.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal (concepto y método)* Barcelona, Bosch, 1976.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal (parte general)*, 7a. ed., Barcelona, Reppertor, 2004.
- OCHOA ROMERO, Roberto, *Criterios de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas (en prensa).
- OCHOA SÁNCHEZ, Miguel Ángel *et al.*, *Derecho positivo mexicano*, 2a. ed., México, McGraw-Hill, 2002.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1974.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de derecho penal (parte general, acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*, Barcelona, Cedes, 1996.
- QUINTANO Ripollés, Antonio, *Curso de derecho penal*, t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Derecho penal (parte general)*, 11a. ed., Bogotá, Temis, 1987.
- REGINO GARCÍA, Gabriel, *Globalización, neoliberalismo y control social ¿hacia dónde se dirige el derecho penal en México?*, México.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Artículos 1, 2, 3 y 4”, en *Comentarios al Código penal*, Madrid, Edersa, 1999.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 6a. ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo, Barcelona, Marcial Pons.
- RUIZ VADILLO, Enrique, “Desviaciones al principio «no hay pena sin culpabilidad» en el Código Penal español”, en *Estudios penales. Homenaje al prof. Julian Pereda en su 75o. aniversario*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965.
- RUIZ VADILLO, Enrique, *El derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*, Madrid, Colex, 1997.
- SÁINZ CANTERO, José Antonio, *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Barcelona, Bosch, 1975.



SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de, “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos-Ministerio de Justicia-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, t. 43, fasc/mes 1, 1990.

## LA RECONFIGURACIÓN INQUISITORIAL DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO

Patricia GONZÁLEZ RODRÍGUEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Reconfiguración del sistema inquisitorial en la etapa de investigación del proceso penal acusatorio.* III. *La institución del Ministerio Público.* IV. *El juez imparcial e independiente.* V. *La defensa penal pública.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

El rumbo que tomará la consolidación del modelo de justicia penal acusatoria, tanto en el sistema penal federal como en las entidades federativas, depende del reconocimiento e identificación que haga la autoridad sobre los problemas estructurales y funcionales que atraviesan las instituciones policiales, de procuración y administración de justicia, en temas relevantes que continúan rezagados y sin el auspicio de políticas públicas apropiadas.

El cambio cultural de la justicia penal mexicana constituye en muchos de sus componentes, un problema técnico de reingeniería de las instituciones. Bajo ese tenor, las mejoras en la eficacia y eficiencia de los servicios de justicia deben trazar una línea transversal que incida en la adopción de políticas públicas de diversa índole para el ejercicio responsable y ético de las funciones que desarrollan las partes y el juez en el modelo acusatorio.

Uno de los componentes principales está en la detección y eliminación de un buen número de esquemas organizacionales y administrativos de naturaleza inquisitorial, que ahora han mutado a la operatividad del sistema acusatorio, que reflejan sin duda la fuerza de la cultura jurídica tradicional y la banalización con la que se asumió el proceso de implementación de la reforma procesal penal en México.

---

\* Investigadora titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

En el presente y en el futuro, corresponde prever y resolver los problemas que se presentaron durante el proceso de implementación. En la medida en que seamos capaces de visualizar futuros problemas, en esa medida se irán solucionando, y, otros, lamentablemente se resolverán una vez que hayan detonado. Por esa razón, los objetivos trazados en la reforma constitucional de 2008, logrados o no, respecto a las materias más relevantes, deben evaluarse técnica y políticamente.

Dos aspectos que están reconfigurando el sistema inquisitivo en nuestro país, son motivo de nuestro estudio. El primero, que deriva de la investigación del delito que se ha desarrollado sin metodología alguna para documentarse en una desarticulada “carpeta de investigación”, y el segundo, que se refiere a las prolongadas audiencias públicas y orales con intervenciones innecesarias de las partes, además de una desafortunada dirección y conducción del juez de control o del tribunal de enjuiciamiento. Por otra parte, observamos una defensa penal pública sin autonomía institucional en la mayoría de las entidades federativas, con una dependencia marcada y representativa de un apéndice en la estructura y funcionamiento del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial de la Federación.

Así, la mayoría de los países latinoamericanos han transitado de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio. En unos más rápido que en otros han ido abandonando viejas prácticas inquisitoriales para incorporar nuevos métodos, técnicas y procesos que en el ejercicio procesal se convierten en una verdadera garantía de los derechos ciudadanos frente al poder punitivo estatal.

No debemos perder de vista que el sistema acusatorio ofrece una amplia perspectiva de logros y beneficios. Para demostrarlo, basta con verificar lo que antes había en el sistema mixto predominantemente inquisitorial en México y lo que ahora se superó con el sistema acusatorio, tanto en materia de investigación penal como en la función jurisdiccional. Sin embargo, en el actual proceso de consolidación del modelo acusatorio, el diseño e implementación de nuevos esquemas procesales que acercan la justicia penal cotidiana a los ciudadanos se enfrentan grandes resistencias de cultura institucional, que señalamos a continuación.

## II. RECONFIGURACIÓN DEL SISTEMA INQUISITORIAL EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Nadie duda que el balance del cambio de paradigma procesal en México, desde la dimensión legislativa, es positivo y ampliamente reconocido. Des-

taca como acierto de primer orden, la creación de una legislación procesal uniforme para todo el país: el Código Nacional de Procedimientos Penales, que incorporó el sistema penal acusatorio al procedimiento penal mexicano. Sin embargo, la estrategia en el proceso de implementación, que abarcó un periodo de ocho años (2008-2016), mostró graves fallas, y continúa reflejando expectativas ciudadanas insatisfechas.

Aunque la existencia de las leyes no garantiza por sí misma su consecuente aplicación. Advertimos por esa razón que la dimensión normativa impulsada durante los citados ocho años de implementación, ahora enfrenta para su cumplimiento efectivo una serie de obstáculos relacionados con las instituciones y los actos de ejecución, que concentra el traslado de prácticas inquisitivas a la función que realizan policías, fiscales, jueces y defensores.

De esas prácticas, que son verdaderas áreas de riesgo, aparece en primer término la dilación procesal de las investigaciones, que llevará al colapso del sistema de investigación criminal. Es urgente la instalación de un mecanismo a nivel nacional que desarrolle actividades de supervisión, monitoreo, seguimiento de casos y evaluación. Sin duda, la demora endémica tiene su razón de ser en los métodos y procedimientos propios del sistema inquisitivo que han mutado al sistema acusatorio.

En segundo, puede identificarse otra área de riesgo que objetivamente deriva de las cargas de trabajo administrativo que soportan los fiscales, porque absorben tareas diversas de la investigación e invierten más del cincuenta por ciento de su tiempo a realizarlas; por ende, este fenómeno obstaculiza el análisis cuidadoso de los problemas que subyacen en determinadas investigaciones. Incluso, la práctica cotidiana muestra que en la mayoría de las fiscalías estatales, e, incluso, en las fiscalías del orden federal, no tienen un sistema eficiente de gestión en materia de procuración de justicia que mediante una plataforma informática incorpore y aplique protocolos de actuación mínima,<sup>1</sup> con la finalidad de que se facilite y proporcione mayor eficacia y eficiencia al trabajo en equipo de fiscales, policías y peritos en la investigación criminal.

Las prácticas inquisitoriales se han trasladado subrepticamente a la operatividad del sistema acusatorio. Sólo como ejemplo: hay cuestiones tan

---

<sup>1</sup> El protocolo de actuación mínima guía a los fiscales, policías, peritos en los diversos actos procesales y en materia sustantiva desde la especialidad por delitos; además, permite evaluar utilizando indicadores de desempeño la eficacia de las investigaciones que realizan. Una aspiración ideal es concentrar en las carpetas de investigación el resultado sustancial de dichos instrumentos idóneos para la adecuada operatividad del procedimiento penal acusatorio. Esta clase de protocolos sirven para el funcionamiento cotidiano del subsistema de procuración de justicia y son distintos de los protocolos nacionales que se han elaborado y que contienen directrices generales a observar por los servidores públicos.

irrelevantes como la elaboración de informes por escrito, que continúan siendo una práctica institucional constante, que afecta la eficacia y eficiencia de los procesos internos, debido a la inversión en tiempo de los fiscales en tareas administrativas y otras dirigidas a satisfacer órdenes de los mandos “superiores”. Esta exigencia se acentúa aún más por la falta de una plataforma sistémica e informatizada que agrupe carpetas digitales,<sup>2</sup> en las que concentren la información relevante que debe compartirse y que facilite la consulta de los casos en tiempo real y directamente por quien esté autorizado para hacerlo.

Por otra parte, la policía de investigación a nivel nacional trabaja con mayor lentitud, pues no ha modificado sus procesos, procedimientos y métodos de trabajo en la investigación policial. En lo general, continúa inmersa en prácticas inquisitivas, que paralizan las actividades indagatorias por la dependencia de campo que conservan frente a los fiscales y peritos. De manera que la autonomía técnica en las funciones policiales de investigación del delito continúa ausente en la mayoría de los casos penales. Para revertir los problemas descritos, resulta imprescindible, como ya lo hemos mencionado en otra obra,<sup>3</sup> administrar técnicamente las investigaciones, de ahí que

La eficiencia de las instituciones policiales radica en operar con un sistema de organización y administración... Ese sistema dará certeza al contenido de los actos procesales que lleve a cabo el policía; permitirá la integración sistémica y permanente de un esquema de inteligencia policial; evitará que se presenten casos de impunidad ... y será probable que por fin disminuyan los espacios de corrupción.

Desatender la instalación de un sistema de organización y administración policial trae como resultado mantener las inercias del sistema inquisitivo en el sistema acusatorio, principalmente en el trabajo de equipo que

---

<sup>2</sup> El artículo 50 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al señalar que las partes siempre tendrán acceso a las carpetas digitales, explica que el contenido de esas carpetas son los registros de audiencias y complementarios. Sin embargo, en el artículo 51 adjetivo ordena que durante todo el proceso penal se podrán utilizar los medios electrónicos en todas las actuaciones para facilitar su operación, incluyendo el informe policial; así como también podrán instrumentar, para la presentación de denuncias o querellas en línea que permitan su seguimiento. Por tanto, lo ideal sería la integración de carpetas digitales también para los registros de la investigación que actualmente están en las carpetas de investigación que tramitan bajo la cultura escriturista los agentes del Ministerio Público en la preparación de sus casos penales.

<sup>3</sup> González, Rodríguez Patricia L. *La policía de investigación en el sistema acusatorio mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013, p. 93.

deben realizar los fiscales, policías y peritos, debido a que de acuerdo con el número de casos que trabajan es insignificante, pues en forma excepcional interactúan en equipo, sobre todo cuando se trata de asuntos de notoriedad mediática y alarma social o lo hacen también en ejercicios de aprendizaje, tratando de insertar una buena práctica institucional, sin dirigir la mirada hacia la realidad, que por el considerable número de investigaciones se requiere de mecanismos informatizados eficientes, que garanticen una eficiente comunicación de la información relevante y en el diseño de estrategias procesales.

Los problemas funcionales descritos imponen la urgente necesidad de llevar a cabo la instrumentación del sistema policial, para que homologue las buenas prácticas institucionales, sobre todo por la complejidad de algunas investigaciones actuales, tales como aquellas relacionadas con los delitos por hechos de corrupción, que exigen mayor rigor técnico y científico en el desarrollo de una carpeta de investigación; el robo de hidrocarburo, la trata de personas, la delincuencia organizada, entre otros. En este tipo de casos, la eficiencia en los resultados dependerá de policías que posean competencias técnicas y científicas del más alto nivel para el desarrollo de la investigación criminal.

Observamos también que la burocratización excesiva dentro de los procesos internos (trámites innecesarios) del Ministerio Público y la equivocada concepción acerca de lo que constituyen las carpetas de investigación congestionan las actividades tendentes a una eficaz investigación criminal. Este resultado aparece tangible en el informe del titular del Ministerio Público de la Federación<sup>4</sup> que rindió al Senado de la República, en el cual se menciona que en un periodo de dos años (24 de noviembre de 2014 a 31 de diciembre de 2016) iniciaron 63,059 carpetas de investigación. Y que el estatus que guardan 41,331 carpetas de investigación muestran que los asuntos que contienen están pendientes de resolución o avance en las investigaciones, por lo que esa cifra revela una demora neta, atribuible a diversas causas que han instalado la reconfiguración inquisitorial del procedimiento penal acusatorio.

Ahora bien, las fallas están relacionadas con un inoperante modelo de organización y administración de casos, que traba el desempeño eficiente de los fiscales y policías, además de que contribuye a un desenlace indeseado: el colapso del sistema de investigación criminal. Por consiguiente, lo anterior evidencia que el modelo de gestión procesal no se ha construido sobre

---

<sup>4</sup> Diagnóstico institucional realizado por la Procuraduría General de la República, titulado “Hacia un nuevo modelo de procuración de justicia, Diagnóstico y Plan de Trabajo”, presentado a la Mesa Directiva del Senado de la República el 15 de febrero de 2017.

la base de trabajos en equipo, conducción y liderazgos institucionales. Sigue el diseño lineal del sistema inquisitivo con formatos rígidos, además de una serie de actos procesales innecesarios, lo que promueve la inactividad y dependencia funcional absoluta de los integrantes de la policía hacia los fiscales, que en varias entidades federativas y en el sistema penal federal aparece reflejada en la precaria participación en las investigaciones (continúan enviando oficios de investigación, que en su mayoría no tienen respuestas que arrojen resultados contundentes sobre una investigación).

En consecuencia, tampoco hay un diseño institucional de seguimiento, monitoreo y evaluación de las diversas instituciones procesales que integran el sistema penal acusatorio, virtud de que no se ha diseñado la política pública dirigida hacia la creación de suficiente infraestructura, adquisición de equipos y contratación de especialistas de otras disciplinas que contribuyan al adecuado funcionamiento de la procuración de justicia, y que son indispensables para cumplir con los objetivos inicialmente trazados en la reforma constitucional del 18 de junio de 2008.

Ambas cuestiones, junto a la insuficiente e irregular capacitación que se brindó a los integrantes del Ministerio Público, no hacen más que preservar los índices de impunidad ante el incremento de casos que ingresan al sistema de procuración de justicia, y que están sin investigar con la profundidad requerida.

Asimismo, a nivel nacional está presente un proceso errático en la toma de decisiones tempranas para la selectividad de los asuntos que ingresan al sistema de procuración de justicia y la falta de autonomía interna de los fiscales para hacerlo, lo que provoca una causa más para el colapso del sistema de investigación criminal. Por ejemplo: han trasladado las funciones de los facilitadores que aplican los mecanismos alternativos de solución de controversias, con las funciones del personal que atiende las unidades de atención temprana, lo que ha impedido la despresurización del sistema de investigación criminal, ante la burocratización de la solución de los conflictos penales mediante la justicia alternativa.

De ahí que el diagnóstico de la Procuraduría General de la República<sup>5</sup> muestra al respecto, una cifra alarmante: solamente 151 casos se derivaron a mecanismos alternativos de solución de controversias, de un universo de 63,059 carpetas de investigación iniciadas en un periodo de dos años.

Hay que utilizar bases empíricas, datos que muestren el día a día en el funcionamiento del proceso penal acusatorio, que desvelen los hechos de mayor relevancia procesal.

---

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 9.

Así lo expresa Carolina Villadiego Burbano<sup>6</sup> cuando afirma:

...aunque en los últimos treinta años América Latina ha adelantado distintas reformas a la justicia, la confianza en el sistema de justicia no ha mejorado significativamente. Algo que ha faltado en el tipo de reformas descritas es una evaluación sistemática de los cambios. Las reformas han sido atomizadas e involucran a múltiples actores con intereses diversos, y tal vez por ello se han expandido sin una evaluación seria. En cualquier caso uno de las lecciones aprendidas es que los cambios normativos por sí solos no transforman las prácticas ni la cultura jurídica y que la efectividad de la reforma no está en su diseño normativo, sino en su proceso de implementación, seguimiento y evaluación.

Sin embargo, en el sistema penal mexicano la gradual implementación del sistema acusatorio en las entidades federativas, hasta su improvisada instalación en el sistema penal federal a partir de noviembre de 2014, ha ignorado este proceso integral de monitoreo, seguimiento y evaluación del proceso penal acusatorio. A pesar de que el artículo decimosegundo transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales ordenó que el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de justicia debía constituir un “Comité para la Evaluación y Seguimiento”.

En síntesis, las debilidades institucionales del Ministerio Público en el nuevo entorno procesal también se manifiestan en la insuficiente utilización y falta de infraestructura para la aplicación de mecanismos de solución de controversias, a sabiendas de que el éxito de la reforma procesal en México depende de la sistemática aplicación de la justicia penal alternativa. Lo mismo puede decirse del procedimiento abreviado, de la suspensión condicional del proceso y de los acuerdos reparatorios. Sólo deben acompañarse de un sistema de supervisión, monitoreo y seguimiento de casos judiciales, para medir y evaluar la calidad de las decisiones judiciales.

### III. LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Desde la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, en gran parte hay una tendencia inocultable al colapso del sistema de investigación criminal, del territorio nacional. El problema principal está en el aumento de los casos que han ido ingresando, los que cada vez son más,

---

<sup>6</sup> Villadiego Burbano, Carolina *et al.*, *La reforma a la justicia en América Latina. Las lecciones aprendidas*, Bogotá, Programa de Cooperación en Seguridad Nacional Friedrich Ebert Stiftung, 2016, p. 43.



y que en un elevado porcentaje permanecen sin resolver, instalando así un monumento a la impunidad. La inactividad institucional y la pasiva actitud de los titulares de algunas instituciones constituyen uno de los factores determinantes en la reconfiguración inquisitorial del sistema acusatorio mexicano.

En la institución del Ministerio Público venimos de un sistema mixto con prevalencia de rasgos inquisitoriales, fuertemente escriturizado, con inercias y burocracias complejas, que conviven aún con fallas estructurales en un sistema de garantías. Aumenta la impunidad, y no hay una política pública que fortalezca la policía de investigación mediante un modelo de organización y administración policial que incorpore un sistema de inteligencia innovador, para el esclarecimiento de los hechos en delitos que representan cierto grado de complejidad.

Otras dificultades reflejan la política institucional que ha planteado reformas urgentes e improvisadas en el Ministerio Público, a lo que se suma la falta de recursos humanos especializados y las enormes dificultades presupuestales, que han impedido la planificación de largo plazo para el proceso de consolidación.

En contraposición, hay un diagnóstico puntual de algunas las organizaciones sociales, que han dado seguimiento a la reforma procesal penal, y que tienen coincidencias con la academia y con la investigación: evitar la instalación definitiva de la reconfiguración inquisitorial en el procedimiento penal acusatorio.

Una de esas coincidencias se centra en señalar que el Ministerio Público necesita con urgencia la aplicación de una política pública de largo plazo, que exige la toma de conciencia pública de la necesidad de esta nueva estrategia, así como de las acciones sucesivas de corrección o estímulo que se vayan sucediendo de un nivel a otro en un verdadero ciclo de cambios hacia la consolidación del sistema acusatorio. Además, la introducción de un esquema de incentivos, con la finalidad de que los integrantes del Ministerio Público internalicen la política pública como de largo alcance, y que los cambios vinculados a dicha institución tienen que dejar de ser vistos sólo como problemas de la “práctica jurídica” y su desfase con la doctrina procesal científica. Sin atender otros temas de igual o mayor importancia que subyacen a los problemas jurídicos, y que requieren de otras disciplinas para una solución de conjunto.

Los titulares del Ministerio Público deben tener claro que la *estructura y funcionalidad de las nuevas fiscalías están relacionadas con el desarrollo de políticas públicas, tendentes a resolver las tensiones sobre la procuración de justicia, que ahora debe resolver sobre la vigencia de los derechos humanos, en una sociedad que exige la resolución de delitos no sólo de la criminalidad común,*

sino de fenómenos criminales complejos y extendidos, como los que representa la criminalidad organizada o la relacionada con delitos de corrupción política y administrativa.

Por tanto, las nuevas fiscalías deberían concentrarse en sacar adelante políticas de transformación de largo plazo, contra la opinión de quienes promueven el populismo penal, en el que plantean soluciones de corto plazo, que han venido empeorando los problemas de operatividad del Ministerio Público y dejan de lado una alternativa de solución basada en la reingeniería institucional como política pública.

En tales circunstancias, el conjunto de problemas que hemos mencionado hay que encararlos bajo la lógica de las políticas públicas. La modernización del Ministerio Público en nuestro país necesita ineludiblemente de una planificación de largo plazo con nuevos instrumentos de supervisión, monitoreo y evaluación, donde los avances y retrocesos serán ineludibles, pero controlables, a partir de datos de la realidad que permitan la corrección oportuna.

Por lo tanto, es urgente que se instale la unidad orgánica que institucionalmente diseñe y aplique con una mirada integral, políticas públicas dirigidas a la adaptación de la institución a nuevos retos y cambios en el proceso de consolidación del sistema acusatorio. La mencionada unidad con especialistas diversos entre otros estudios haría análisis de economías de escala confrontando los resultados hasta el momento obtenidos, para sugerir las áreas de oportunidad y recomendaciones que lleven a la normalización y adecuado funcionamiento del sistema penal acusatorio. Las mediciones cuantitativas y cualitativas tendrían que considerar principalmente los aspectos disfuncionales que están vigentes en la actividad cotidiana de los integrantes del Ministerio Público, tanto en las entidades federativas como en el Ministerio Público de la Federación.

Como ejemplos de disfuncionalidad podemos citar la escasa capacidad del sistema de persecución penal para realizar investigaciones complejas, que requieren actividades multidisciplinarias y la colaboración de otras instituciones gubernamentales; la falta de base de datos especializada y organizada por delitos que lesionan gravemente bienes jurídicos fundamentales, además de todos aquellos que afectan los recursos públicos que provocan graves daños sociales. En este tipo de asuntos, las fiscalías y la policía de investigación continúan trabajando bajo esquemas conservadores y similares a las indagaciones que se realicen en delitos menores o aquellos cometidos en flagrancia. Asimismo, los fiscales siguen encubriendo ilegalidades cometidas por policías, sin atender el principio de objetividad ni denunciar

abusos y señalar al interior de su institución los errores policiales en la investigación de los delitos.

Las disfuncionalidades descritas, sin duda son manifestaciones claras de la tradición inquisitorial, y no agotan la complejidad de los problemas que están enfrentando los integrantes del Ministerio Público.

Una parte importante de la solución a los problemas enunciados en párrafos precedentes radica en la creación de un modelo de organización y administración de casos que ingresan al sistema de investigación criminal, con objetivos, reglas y patrones de funcionamiento, acordes a las necesidades de las investigaciones que se realizan en las distintas regiones de nuestro país, y en el que se incorporen con firmeza los mecanismos alternativos de solución de controversias, a fin de que los integrantes del Ministerio Público superen la visión eminentemente adversarial que poseen respecto de los casos que investigan y llevan a juicio oral. Por ende, el cambio cultural es uno de los retos mayúsculos para esta institución.

Debemos internalizar mediante la razón la necesidad de los mecanismos alternativos de solución de controversias. El cambio radica en la educación jurídica y las capacitaciones especializadas que reciban los servidores públicos. Hay que atender la línea de pensamiento que atinadamente señala

Corresponde que los profesionales del Derecho sean más eficientes, para lo cual deben concientizarse y modificar sus hábitos y patrones culturales, rechazando el rol de “perro de presa” que se lanza indiscriminadamente sobre todo oponente. El abogado debe estar preparado para resolver problemas tanto o más que para defender exclusiva y exhaustivamente a una de las partes en conflicto.<sup>7</sup>

Esta es sin duda una de las funciones que está ausente en los integrantes del Ministerio Público, y que requiere de una política pública sostenible de largo alcance para el mejoramiento de la justicia penal en México.

En consecuencia, desvanecer el fantasma de la reconfiguración inquisitorial en el sistema acusatorio implica una nueva manera de pensar sobre el tipo y la calidad del trabajo de los integrantes del Ministerio Público y el modo como sus actividades cotidianas deben ser acompañadas por nuevas formas de conducción que asuman quienes ejercen funciones de dirección.

---

<sup>7</sup> Highton, Elena I. y Álvarez, Gladys S., *Mediación para resolver conflictos*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 399.

#### IV. EL JUEZ IMPARCIAL E INDEPENDIENTE

Ahora, en el sistema penal acusatorio mexicano, la facultad jurisdiccional está a cargo de dos tipos de tribunales: los jueces de control, que tienen la función de velar por el adecuado desarrollo de las etapas de investigación e intermedia, y los tribunales de enjuiciamiento, que tienen a su cargo resolver, en un juicio oral y público, los procesos penales que hayan llegado hasta esta última etapa. Entre estos dos tipos de tribunales no hay una relación jerárquica.

Ambos fueron creados por la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, en los siguientes términos: el párrafo trece del artículo 16 constitucional crea la figura del juez de control; señalan que

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

En cambio, el artículo 20, apartado A, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, instala la figura del juez del tribunal de enjuiciamiento al establecer que “El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente”; es decir, distinto de los jueces de control que tienen atribuciones para velar por el cumplimiento de garantías desde el inicio del procedimiento penal hasta finalizar la etapa intermedia. Con esto, indudablemente la reforma instaló un sistema judicial eficiente y garante de los derechos humanos.

El mal o buen funcionamiento de los tribunales de la justicia penal, ahora sí depende del grado de profesionalización y especialización de los jueces, pero sobre todo de la organización y estructura que requieren los tribunales de control y de enjuiciamiento penal, incorporando a especialistas y profesionales de la administración y organización de los tribunales.

Los desafíos del sistema judicial mexicano están principalmente en la designación de jueces profesionales e imparciales, aunque el principio de imparcialidad está siendo comprometido en la actual organización del Poder Judicial de la Federación y de los poderes judiciales estatales. La norma constitucional ordena la separación de funciones entre el juez de control y el juez del tribunal de enjuiciamiento; sin embargo, en la práctica jurídi-

ca tienen atribuciones para resolver el juicio público y oral. La infundada justificación se reduce a señalar que los jueces de control pueden erigirse en tribunal de enjuiciamiento “siempre que no hayan resuelto previamente sobre los hechos que van a juzgar en la audiencia de juicio”; sin tomar en consideración la influencia que tiene en las decisiones judiciales el corporativismo judicial, que puede provocar una grave afectación en la imparcialidad judicial.

En materia federal, una vez que entró en vigor en todo el territorio nacional el Código Nacional de Procedimientos Penales (16 de junio de 2016), se asignaron tres jueces por entidad federativa, que realizan funciones de jueces de control y después se erigen en jueces del tribunal de enjuiciamiento para la resolución de casos que llegan a juicio oral. Además, uno de los jueces realiza funciones de administrador de tribunales.

Esta insuficiencia institucional de titulares en los tribunales de control y en los tribunales de enjuiciamiento lesiona la esencia del proceso penal acusatorio en torno a la separación constitucional que debe darse entre los jueces que tramitan las causas en calidad de garantes de los derechos fundamentales frente a los que deciden el conflicto penal, situación que se encuentra en abierta confrontación con las normas y principios de un moderno Estado constitucional de derecho, debido al corporativismo judicial mexicano.

Lo anterior provoca suspicacias, que revelan la probabilidad de incumplimiento del derecho a un juez imparcial. De ahí, que resulta indispensable contar con suficientes jueces de control que resuelvan sobre las pretensiones de las partes durante el proceso penal y designar jueces de tribunal de enjuiciamiento dedicados exclusivamente a resolver el conflicto penal en un juicio público, concentrado y oral.

A ese contexto debe añadirse que tampoco hay criterios de especialización para los jueces o de distribución del trabajo equitativo por tipo de audiencia, debido a la falta de jueces y de suficiente personal especializado que se haga cargo de las tareas administrativas en un moderno concepto de la administración de tribunales. De esto ha surgido una práctica recurrente del sistema anterior, que consistía en solicitar al Ministerio Público que no hiciera consignaciones sin detenido, hasta en tanto los jueces logran desahogar otras causas en trámite que tenían acumuladas. Esta situación que actualmente se viene presentando, constituye un claro reflejo de la reconfiguración del sistema inquisitivo en el sistema acusatorio.

Por otro lado, no hay un modelo de gestión claramente asumido por jueces y magistrados que maximice la eficiencia recurso-tribunal y que se organice fuertemente sobre la base de una administración técnica y profe-

sionalizada. En los poderes judiciales que cuentan con los servicios especializados de un administrador, el propio sistema judicial no les ha permitido asumir el liderazgo que les corresponde en el proceso de consolidación. El derecho a una justicia pronta e imparcial está en juego, y hay que encararlo con todas las herramientas jurídicas, administrativas y políticas que estén al alcance y que se hayan probado en otras latitudes su eficacia.

El segundo problema tiene relación con una cierta incapacidad institucional que están exhibiendo, para absorber un flujo de causas de cierta exigencia, lo cual se traduce en atrasos en la celebración de las audiencias programadas en sus agendas diarias, duración excesiva de las mismas, y, en general, falta de eficiencia en la gestión del flujo de audiencias. Lo anterior se debe a que en algunos poderes judiciales les conceden a los jueces un tiempo irrisorio para atender las audiencias, cuando ya tienen que concluir para continuar la siguiente audiencia programada. Sumada esta falla en la metodología de las audiencias, encontramos otros defectos en la litigación oral debido a la inseguridad de los conocimientos adquiridos por fiscales o defensores, que hacen las audiencias más largas de lo que en rigor requieren, además de que con frecuencia las intervenciones de las partes en la audiencia se extienden innecesariamente, sin que aparezca la intervención técnica del juez que dirige con eficacia una audiencia.

Los aludidos comportamientos de las partes y del juez hacen resurgir el fantasma inquisitorial que se reconfigura en el procedimiento penal acusatorio, debido a las cuestiones irrelevantes tratadas en las audiencias con el empleo de un lenguaje cargado de ritualismo inaceptable y de tecnicismos que desdibujan la naturaleza de las audiencias públicas, ante la complacencia de los jueces, que tampoco parecen del todo seguros de cuándo pueden intervenir, y además exigir a las partes avanzar o concretizar con un lenguaje sencillo y claro. Esta situación ha sido advertida por Luis Pásara<sup>8</sup> cuando expresa: "...el lenguaje de los procedimientos judiciales es incomprensible para la población, con excepción de aquellos operadores del sistema que son los abogados. Ni siquiera las oficinas de comunicación... han sido capaces de utilizar un lenguaje accesible por los ciudadanos de a pie".

Asimismo, al concluir las intervenciones de las partes, varios jueces suspenden las audiencias y se van a los despachos u oficinas, donde los casos son fallados conjuntamente con el apoyo de auxiliares o subalternos del tribunal. Esta práctica infringe la idea misma de audiencia y de la oralidad en los procedimientos y promueve prácticas inquisitivas indeseables para el

---

<sup>8</sup> Pásara, Luis, *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 37.

adecuado funcionamiento del modelo acusatorio adoptado constitucionalmente.

Uno de los aspectos más graves que afectan la esencia del proceso penal acusatorio es el debate que actualmente se presenta entre actores políticos, que aseguran que los altos índices de impunidad se deben a la escasa posibilidad que tienen los jueces para la aplicación de la prisión preventiva. Aunque su duración máxima disminuyó en la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, sigue presentando casos alarmantes de abuso, debido a una inexacta interpretación del artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A un año de haberse instalado el procedimiento penal acusatorio en todo el territorio mexicano, algunos gobernadores y funcionarios federales, ante su incapacidad para aplicar una eficaz política pública de prevención social del delito, culpan al sistema acusatorio de la alarmante impunidad. Ante esa incapacidad institucional buscan resolver con la prisión preventiva los problemas de inseguridad y de violencia provocada por los grupos criminales de la delincuencia organizada. De ahí que promueven una reforma a la norma constitucional para imponer esta medida cautelar excepcional en los delitos de portación de arma de fuego y el denominado robo de hidrocarburo, que en los últimos años han repuntado en la estadística criminal y provocado alarma social.

No se han percatado de que la prisión preventiva es la violencia inquisitorial, es la muerte espasmódica del sistema acusatorio mexicano a la que contribuyen la presión mediática y social, ocasionadas por el desconocimiento que se tiene de los procesos de democratización de las instituciones de justicia en nuestro país.

Como suele ocurrir, en un cambio de paradigma de esta envergadura, la reforma procesal penal nace y se instala en gran parte del territorio nacional con la férrea oposición de actores políticos y sin una adecuada política de comunicación social, de ahí que haya atravesado una serie obstáculos en el proceso de implementación, y ahora en el proceso de consolidación presenta una férrea resistencia ante las fallas estructurales y funcionales no resueltas. Para remontarlas, sobre la marcha habrá que evaluar y corregir, con el propósito de evitar una nociva reconfiguración del sistema inquisitivo en el proceso penal acusatorio mexicano.

## V. LA DEFENSA PENAL PÚBLICA

La autonomía de la defensa penal pública debe mantenerse con un sentido crítico en las entidades federativas y en el Instituto de la Defensoría Pública

Federal, hasta lograr que esta noble institución adquiriera completa y definitiva autonomía técnica en las funciones y presupuestal para la administración de sus recursos humanos, financieros y materiales.

Por otro lado, es urgente la especialización de la defensa penal pública ante la presencia de otros problemas que surgen a raíz de violaciones sistemáticas y graves a los derechos humanos. Visibilizado el fenómeno de la tortura, resulta importante ahora, que la defensa penal esté familiarizada con los procedimientos para probarla o descartarla. Por ejemplo, la aplicación del Protocolo de Estambul.

Esta nueva generación de reformas en el proceso de transformación de la justicia penal acusatoria impone la necesidad de establecer dentro de la práctica jurídica el estudio de algunas especialidades que doten de información, conocimiento, habilidades y destrezas a los defensores del ejercicio privado o social para la defensa de sus representados en las imputaciones que hagan los fiscales sobre algunos delitos relacionados con hechos de corrupción, delitos ambientales, financieros, y otros asociados a la delincuencia organizada.

En la mayoría de las defensorías públicas de los estados no hay infraestructura ni recursos humanos y financieros para que los defensores tengan posibilidades de llevar a cabo una investigación exhaustiva e independiente. Su labor requiere del respaldo de técnicos y científicos forenses para la construcción de pruebas técnicas y científicas, o bien, para refutarlas. Por otro lado, es manifiesta la reconfiguración inquisitorial en el proceso penal acusatorio, en el rol del defensor penal público, específicamente en la concordancia y aceptación tácita que en muchos casos asume, respecto de los actos de investigación y las actividades procesales de los fiscales, pues no tienen un plan de investigación independiente que facilite el diseño de un litigio estructural y sostenido.

Hay mucho que trabajar para consolidar un sistema de defensa penal público de calidad, en la prestación de los servicios a los probables imputados. La capacitación y especialización permanente resulta una necesidad ineludible, a fin de que estén plenamente seguros de las funciones trascendentales que llevarán a cabo a lo largo del proceso penal acusatorio. La visión integral, por supuesto incluye adoptar en beneficio de su representado los mecanismos alternativos de solución de controversias. Para lograrlo, es importante que, como lo mencionan reconocidas juristas<sup>9</sup> latinoamericanas, “Los abogados tienen que cambiar su mentalidad pleitista y capacitarse

---

<sup>9</sup> Highton, Elena I. y Álvarez, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, pp. 400 y 401.



para actuar en sistemas alternativos... los juristas deben estar preparados tanto para ayudar a otros, sean éstos sus clientes o la comunidad, para seleccionar el método más apropiado a la resolución de una disputa...”.

La deficiencia en las capacitaciones a los defensores se hace notar, ante la pasividad con la que actúan un número importante de ellos. Por lo general no realizan una investigación independiente, que los conduzca al ofrecimiento de eficaces elementos probatorios dirigidos a refutar la teoría del caso del fiscal o para disminuir las consecuencias y sanciones jurídicas que pudieran recibir los probables imputados. Un número considerable de defensores públicos no han internalizado el tema de la presunción de inocencia, y en la práctica jurídica se allanan a la petición de prisión preventiva.

Asimismo, resulta indispensable que los defensores se despojen del rol inquisitorial que los convertía en la práctica cotidiana como “colaboradores de la justicia”, en detrimento de los derechos de sus representados. Todavía en el sistema penal federal prevalece la resistencia institucional de separarse del refugio presupuestal y el apoyo administrativo que les proporciona el Poder Judicial de la Federación.

## VI. CONCLUSIONES

Varias dificultades y obstáculos atravesó el proceso de implementación del sistema penal acusatorio mexicano, de tal forma que en el trayecto quedaron sin resolver un considerable número de problemas propios de una primera y segunda generación de reformas legislativas (por ejemplo: la indispensable Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República y un código penal — único — para toda la República mexicana), administrativas y financieras. Por esa razón, es indudable que la identificación y reconocimiento de estos problemas necesitan con urgencia de nuevas respuestas institucionales.

La unificación de la legislación penal mexicana tiene ventajas enormes, que facilitarán la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales. El futuro código penal para toda la República mexicana tendrá el desafío de concretar la despenalización de figuras delictivas que hace tiempo cayeron en desuso o que pueden ser atendidas por el derecho administrativo sancionador e incorporar delitos (conductas) que respondan a las nuevas realidades sociales y económicas, así como la exhaustiva revisión y modificación de delitos tímidamente regulados, como los delitos por hechos de corrupción, ambientales, fiscales, económicos, etcétera.

Los avances tecnológicos y científicos en nuestro país brindan condiciones idóneas para instalar a nivel nacional en el funcionamiento de las

fiscalías, un modelo homologado de persecución penal estratégica y estructural, con la actualización y capacitación especializada hacia los integrantes del Ministerio Público, conectado a un sistema lo suficientemente flexible e innovador de mecanismos alternativos de solución de controversias que despresuricen el sistema de investigación criminal.

En otras latitudes, estos mecanismos de acceso a la justicia, de acuerdo con Blanco Suárez, se considera “como mecanismos para dotar de mayor racionalidad a la persecución del delito” y agrega que “El sistema asume que no pueden ser objeto de investigación «todos» los hechos que se denuncien”, y que por ende deben desarrollarse criterios con base en los cuales se decidirá cuáles de tales presuntos ilícitos serán objeto de persecución penal.

En general, la reforma procesal no ha implicado cambios en la arquitectura y funcionamiento policial, más allá de la implementación de estructuras de “acompañamiento” en las investigaciones que realizan los fiscales y en indagaciones aisladas que realizan. En la práctica jurídica las policías en nuestro país mantienen las antiguas estructuras y organización de trabajo, que provocan obstáculos y demoras en la coordinación eficiente que debería darse entre fiscales, peritos y policías.

Ésa es la razón por la que la actuación policial se reduce en un elevado número de carpetas de investigación, a la entrega de informes policiales, que contienen la actividad que desarrolla el policía que ha sido calificado de “primer respondiente”. El descrito estado de cosas evidencia la urgente instalación de un sistema de organización y administración policial, que se erija en un verdadero sistema de seguimiento, evaluación y control de las actividades diarias del policía dedicadas a la investigación de los delitos, con la finalidad de que mediante la capacitación especializada inserte una política institucional dirigida a consolidar una investigación policial de orden estratégico y estructural para el esclarecimiento de los hechos.

Debemos reducir en la medida de lo posible los casos de prisión preventiva y promover el reconocimiento en la práctica jurídica de la presunción de inocencia, como un producto de la instalación definitiva del Estado constitucional y democrático de derecho y de la vigencia plena de los derechos humanos en nuestro país y asumir con responsabilidad que los derechos y garantías son constructos teóricos diferentes, y, por lo tanto, el discurso de los derechos, como lo menciona el ilustre filósofo mexicano Adrián Rentería,<sup>10</sup> suele presentarse en tonos triunfalistas, porque “...se quiere transmitir la idea de que los derechos y las garantías constituyen una entidad única y

---

<sup>10</sup> Rentería, Adrián, *La tutela de los derechos en una sociedad democrática*, México, Ediciones Coyoacán, 2014, p. 170.

que, de consecuencia, una vez que un derecho se ha estipulado su tutela es un aspecto secundario, de alguna forma determinado causalmente por aquél”. Por consiguiente, hay que establecer condiciones óptimas para que las garantías constitucionales y orgánico-institucionales encuentren acogida en la práctica del proceso penal acusatorio, como una forma eficaz de hacer efectivos los derechos.

Cerrar el paso a las prácticas inquisitoriales encubiertas que suelen presentarse en el actuar cotidiano de jueces, fiscales, policías y defensores requiere además de una reingeniería institucional, de la planificación a largo plazo, que abarque modificaciones legislativas, administrativas y de gestión del conflicto. Se trata de encarar directamente los problemas que surgieron en la primera y segunda parte del proceso de implementación, que ahora afloran con mayor impacto social en el ya iniciado proceso de consolidación.

Uno de los obstáculos de mayor envergadura es la visión “normativista” que los servidores públicos, abogados, jueces, defensores y policías tienen del derecho, al desarrollar sus tareas pensando que todo se concentra en las normas jurídicas, sin vincularlas a modelos de gestión y administración que hagan eficaces las prácticas jurídicas cotidianas. Consecuentemente, el abandono de esa visión exclusivamente normativa permitirá a los sujetos procesales la construcción de una serie de relaciones entre las normas jurídicas con otras dimensiones diversas al derecho, como las buenas prácticas en la organización y administración de casos, que nos hará avanzar en la consolidación del sistema acusatorio.

Nuestro país tiene posibilidades reales de construir eficientemente el modelo acusatorio mexicano, a partir de la identificación de los actos e instituciones necesarios que se requieren para la eficaz aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales, junto con las leyes nacionales que lo complementan y otras leyes vinculadas al adecuado funcionamiento del sistema, a fin de conseguir el objetivo primordial, que comprende el cumplimiento satisfactorio del derecho humano de acceso a la justicia y de conocimiento de la verdad.

En este proceso es imprescindible la participación de las universidades públicas o privadas, con objeto de dotar a los procesos de cambio, de estudios e investigaciones que arrojen datos empíricos sólidos, sobre las fallas estructurales y funcionales que aparecen como obstáculos en la práctica jurídica, así como las posibles alternativas o caminos para eliminarlos. No olvidemos que la reforma procesal, para su mejora continua exige el trabajo multidisciplinario de profesionistas, académicos, investigadores, servidores públicos y miembros de las organizaciones de la sociedad civil. En lo específico, para evaluar la eficacia o ineficacia de las políticas públicas aplicadas

en nuestro país para el proceso de consolidación del sistema penal acusatorio.

La legitimación completa del sistema depende de la participación ciudadana en la valoración que realice sobre los resultados que aporte un Sistema Nacional de Monitoreo y Evaluación de Casos, que se aplique en forma permanente y constante, que verifique si se ha dado esa anhelada maximización de derechos y garantías en la aplicación del sistema acusatorio y que constate si ha mejorado en calidad y cantidad la justicia penal acusatoria.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BACHMAIER WINTER, Lorena, *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.
- BLANCO SUÁREZ, Rafael *et al.* *Litigación Estratégica*, 6a. ed., Santiago de Chile, LegalPublishing, 2011.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo y FELICES MENDOZA, María Esther, *El nuevo proceso penal. Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria*, Arequipa, Perú, Grijley, 2011.
- Diagnóstico Institucional realizado por la Procuraduría General de la República, titulado “Hacia un nuevo modelo de procuración de justicia, Diagnóstico y Plan de Trabajo”, presentado a la Mesa Directiva del Senado de la República, el 15 de febrero de 2017.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Temas del nuevo procedimiento penal. Las reformas de 1996, 2008, 2013 y 2014*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Patricia L., *La policía investigadora en el sistema acusatorio mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013.
- HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ, Gladys S., *Mediación para resolver conflictos*. 2a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.
- PÁSARA, Luis, *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- RENTERÍA, Adrián, *La tutela de los derechos en una sociedad democrática*, México, Ediciones Coyoacán, 2014.
- VILLADIEGO BURBANO, Carolina *et al.*, *La reforma a la justicia en América Latina*.

*Las lecciones aprendidas*, Bogotá, Programa de Cooperación en Seguridad Nacional Friedrich Ebert Stiftung, 2016.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Patricia Lucila, “El Ministerio Público y el Sistema Acusatorio”, en ORTEGA MARTÍNEZ, María del Pilar y ESTRADA MICHEL, Rafael (coords.), 2016: *El nacimiento de la nueva justicia penal en México*, México, Senado de la República. LXIII Legislatura y el Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016.

## LA INVESTIGACIÓN EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA ACUSATORIO Y ORAL. ELEMENTOS EN EL CASO DE DELITOS COMETIDOS CON ARMA DE FUEGO

Carlos NATARÉN NANDAYAPA  
Beatriz RAMÍREZ SAAVEDRA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La investigación de los delitos con arma de fuego.* III. *La identificación de las armas de fuego y sus proyectiles.* IV. *El proceso de rayado del cañón y su utilidad.* V. *La identificación de los proyectiles.* VI. *Datos distintivos de los cartuchos.* VII. *Denominación de las vainas o casquillos.* VIII. *Huellas de identidad comunes entre el proyectil y el arma del disparo.* IX. *Huellas de identidad comunes entre la vaina o casquillo y el arma que la percutió.* X. *Antecedentes del arma usada como medio comisivo.* XI. *Transferencias que relacionan al arma con el tirador.* XII. *Técnicas de laboratorio para detectar residuos de disparo de arma de fuego en un sospechoso.* XIII. *Transferencias que relacionan al arma con la víctima.* XIV. *Clasificación de las heridas por arma de fuego según la distancia del disparo.* XV. *Materialización de la trayectoria de un proyectil.*

### I. INTRODUCCIÓN

El aumento del uso de armas de fuego en la comisión de delitos es uno de los elementos de la crisis de seguridad pública que más claramente ha dejado una impronta en la vida cotidiana de la sociedad mexicana; esto es obvio si se considera hasta qué punto se ha vuelto cotidiano el uso del término “cuerno de chivo” —usado para referirse a los fusiles de asalto soviéticos *Avtomat Kaláshnikova* diseñado en 1947— en las notas periodísticas. Los datos empíricos disponibles reflejan esta realidad con claridad, al señalar que 50.2% de los delitos cometidos a nivel nacional se cometen con armas de

fuego. Aunque el porcentaje aumenta en algunas entidades, en algunos casos llega al 70%.<sup>1</sup>

Ahora bien, es en este contexto en el que la eficacia del nuevo sistema de justicia penal será puesta a prueba. En efecto, el nuevo modelo requiere investigación eficaz, que obtenga pruebas que se puedan presentar y sostener en una audiencia para tener éxito en el proceso de convencimiento del juez; lo que en la mitad o más de los casos implicará investigar adecuadamente sobre hechos presuntamente delictivos con uso de armas de fuego.

El Ministerio Público y el abogado defensor deben saber cómo entender una prueba pericial y presentar al perito de la mejor manera posible.

## II. LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS CON ARMA DE FUEGO

Ahora bien, la investigación de un hecho presuntamente delictivo en el que se ha empleado un arma de fuego gira en torno a tres cuestiones básicas: ¿qué arma se usó?, ¿quién la accionó?, y ¿qué resultados produjo?

Para generar la prueba de forma adecuada, cada una de las preguntas anteriores debe ser dividida en preguntas más específicas sobre cada uno de los detalles; así, debemos responder:

- ¿Cuál es el tipo, la marca, calibre, modelo, número de serie, país de fabricación y/o importador o distribuidor y condición del arma de fuego empleada?
- De contar el arma con una licencia de portación, individual o colectiva, de acuerdo con la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, ¿a nombre de quién y cuándo fue expedida?
- ¿Quién disparó el arma en el caso bajo investigación?
- De ser el caso, ¿dónde fue encontrada?
- ¿Desde qué lugar fue efectuado el disparo?
- ¿El arma en cuestión está relacionada con otros hechos delictivos?
- ¿Está contaminada con algún material ajeno al mecanismo de disparo?

Además, deben responderse una serie de cuestiones específicas al proyectil del arma:

---

<sup>1</sup> Que es el caso del Estado de México en 2013, de acuerdo con los mismos datos del INEGI.

- ¿Cuál es su calibre?
- ¿Desde qué marca, modelo y/o tipo de arma fue disparado?
- ¿Está contaminado con algún material ajeno al mecanismo de disparo?
- Los surcos o rayas y campos grabados ¿corresponden con los generados por su paso por el ánima de una arma conocida?
- Los rayas o surcos y macizos grabados ¿coinciden con los de proyectiles en el marco de otros casos bajo investigación?
- ¿Quién ha tocado o manipulado el proyectil?
- Sobre algún casquillo o vaina percutido que se haya recuperado:
  - ¿Desde qué marca, modelo, calibre y/o tipo de arma fue percutido?
- Las marcas hechas por el martillo o percutor, la contrarrecámara (o placa de cierre), el eyector y el extractor ¿corresponden a las producidas por una arma conocida?
- Las marcas hechas por el martillo o percutor, la contrarrecámara (o placa de cierre) el eyector y el extractor ¿corresponden con los de casquillos o vainas percutidas en el marco de otros casos bajo investigación?
- ¿Quién ha tocado o manipulado la vaina o casquillo percutido?
- ¿Permanece algún residuo de pólvora o del fulminante en la vaina o casquillo percutido?
- ¿Qué tan cerca estaba el arma al ser disparada del lugar donde fueron encontrados los casquillos o vainas percutidos?

#### Con relación a la víctima

- ¿Cuál fue la trayectoria del proyectil y los orificios de entrada y, en su caso, de salida?
- ¿Qué tan cerca estaba el arma de la víctima al ser disparada?
- ¿Qué lesiones produjo? ¿Cuáles fueron los órganos afectados?

Con las respuestas a varias de esas preguntas se conforma la explicación preliminar del hecho presuntamente delictivo bajo investigación.

A lo largo del tiempo se han desarrollado diversos métodos con base científica para responder, cada vez con mayor precisión, esos interrogantes, mismos que son claves en la conformación de la teoría del caso a ser desahogada en la audiencia de juicio oral. Por lo anterior, conviene analizar cada uno a profundidad a fin de entender hacia dónde puede apuntar su respuesta en un caso de investigación específico.



### III. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS ARMAS DE FUEGO Y SUS PROYECTILES

Las armas de fuego poseen un conjunto de características generales que permiten agruparlas en clases y otras características, que son propias de cada una, y que sirven para individualizarlas: “cada arma de fuego posee una personalidad bien definida, que la distingue y diferencia de todas y cada una de las armas de la misma marca y calibre, aunque sean de serie y numeración sucesiva”,<sup>2</sup> gracias al estriado de la parte interior (o ánima) del cañón (número de estrías y macizos, ancho de los mismos y sentido de rotación) y por las marcas generadas en el culote (o base) de la vaina o casquillo por el percutor y el espaldón, así como por la contrarrecámara y por la posición relativa del eyector y del extractor, en las armas que poseen tales elementos, como las pistolas.

La personalidad del arma de fuego se transmite a los proyectiles y vainas o cartuchos servidas por ella. De modo que éstos se vuelven únicos (se individualizan) en su asociación con la misma.

Para comprender la relación entre el arma de fuego y el proyectil y la vaina o cartucho percutido, conviene analizar qué son éstos, y posteriormente el mecanismo del disparo.

Los componentes básicos de una munición o cartucho son la vaina (o casquillo), el fulminante, la pólvora y la bala (cuando no ha sido disparado) o proyectil (cuando fue disparado).

La primera condición para realizar un disparo en una pistola (arma semiautomática debido a que expulsa automáticamente las vainas o casquillos percutidos) es que la munición o cartucho a ser disparado se encuentre encerrado en la “recámara” del arma, luego de haber pasado del cargador (o proveedor) a ese lugar; en este tipo de arma la recarga de cartuchos (el paso del cargador a la recámara) se realiza automáticamente gracias al efecto de los gases de la pólvora combustionada o el retroceso originado por el disparo anterior.

La segunda condición es que la aguja percutora se encuentre en su posición más retrasada; esto es, alejada del cartucho, con su resorte descomprimido, ya que es justamente ese estado del resorte el que la fuerza a estar en esa posición.

Y la tercera es que el martillo se encuentre montado, o sea, en su posición más retrasada, trabado sólo por una pieza mecánica (“el fiador”).

---

<sup>2</sup> Guzmán A., Carlos, *Manual de criminalística*, Buenos Aires, La Rocca, p. 505.

Estas tres condiciones son necesarias para que al activar con el dedo el gatillo (o disparador), el “fiador” libere al martillo para que impacte a su vez al culote (o base) del cartucho, y con ello el fulminante (una carga de sales como el fulminato de mercurio, el nitruro de plomo, el trinitrorresorcinato de plomo o el tetraceno, depositada en un casquillo o cazoleta) genere la explosión primaria y le dé fuego a la pólvora del cartucho para que combustione (o deflagre) y genere gases, cuya acumulación generará presión y hará que *salga disparado* el proyectil a través del cañón de la pistola, el cual tiene generalmente un rayado, llamado “estriado”, en su interior (o ánima), para hacer girar al proyectil en su salida y estabilizar con ello su trayectoria y facilitar que dé en el blanco, además de vencer la fuerza de resistencia del viento.<sup>3</sup>

Los pasos del mecanismo de disparo en una pistola semiautomática pueden enlistarse como sigue:

- 1) Presión con el dedo sobre el gatillo o disparador.
- 2) Caída del martillo sobre la aguja percutora.
- 3) Percusión y activación del fulminante.
- 4) Deflagración de la pólvora.
- 5) Expulsión del proyectil hacia delante.
- 6) Empuje de la vaina o casquillo contra el culote de cierre.
- 7) Desplazamiento de la corredera hacia atrás.
- 8) Acción de la uña extractora para retirar la vaina o casquillo percutido.
- 9) Avance de la corredera hacia delante por acción del muelle recuperador.
- 10) Arrastre de un nuevo cartucho a la recámara.
- 11) Acción de cierre, con lo que el arma está lista para realizar un nuevo disparo.

Para relacionar al arma de fuego con el casquillo o vaina percutido y el proyectil disparado es preciso tener en cuenta los criterios de clasificación de las armas de fuego, que se muestran en el siguiente cuadro:

---

<sup>3</sup> Sin olvidar que, a pesar de la utilidad de ese rayado, no todas las armas de fuego lo adquieren durante su proceso de fabricación, como es el caso de la escopeta, lo que ha dado pie a que se hable de armas de fuego de ánima estriada o de ánima lisa.

Por su forma, apoyo y dimensiones	<ul style="list-style-type: none"><li>- Largas o de hombro (carabina, fusil, escopeta y subametralladora, por ejemplo)</li><li>- Cortas o de puño (pistola y revolver)</li></ul>
Sistema de alimentación	<ul style="list-style-type: none"><li>- Alimentación manual (avancarga)</li><li>- Por proveedor (pistolas, subametralladoras y fusiles)</li><li>- Por tambor (el revolver)</li><li>- Por cinta o canana (la ametralladora)</li></ul>
Alcance y velocidad	<ul style="list-style-type: none"><li>- Largo alcance y alta velocidad (fusiles, ametralladoras y carabinas)</li><li>- Mediano alcance y velocidad (subametralladora)</li><li>- Corto alcance y baja velocidad (pistola, revolver y escopeta)</li></ul>
Funcionamiento	<ul style="list-style-type: none"><li>- Tiro a tiro (capacidad para un solo cartucho)</li><li>- De repetición (revólver)</li><li>- Semi automáticas (pistola y carabina)</li><li>- Automáticas (pistola, fusil, ametralladora y subametralladora)</li></ul>

Dentro de las variables que será necesario considerar durante la investigación de un arma de fuego como medio comisivo en un delito de lesiones u homicidio —o incluso en los casos de suicidio—, se consideran fundamentalmente dos de estos criterios, a saber:

- ¡Clase: en virtud de su forma, apoyo y dimensiones.
- ¡Y el tipo: a partir de su funcionamiento (tiro a tiro, de repetición, semiautomática y automática; mientras que en el caso de las escopetas se determina en función de los tipos de cañones: de uno solo; de dos yuxtapuestos; de dos superpuestos, combinados por un cañón rayado y otro liso, y combinado múltiple (de varios cañones).<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Antón y Barberá, Francisco y Luis Turégano, Juan Vicente de, *Policía científica*, 5a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, vol II, p. 1534.

Las otras seis variables para identificar a un arma son las siguientes:

- Marca. Ejemplos de marcas de armas cortas: *Beretta*, *Browning*, *Smith and Wesson*, *Bond Derringer*, *Bersa* y *Ceska Zbrojovka*, entre otras.
- Modelo: indica por lo general el año de fabricación del arma y en ocasiones algunas características específicas del cañón o la pólvora. Algunos ejemplos de modelos de pistolas *Beretta* son, entre otros, los siguientes: *92 FS Inox*, *92 G*, *Px4 Storm Compact* y *BU9 Nano*.<sup>5</sup>
- Número de serie: es colocado por el fabricante para identificar al arma de fuego y poder asociarla con el comprador. Cuando el arma ha sido robada u objeto de tráfico ilícito, este número suele ser borrado o alterado. Para saber si un número de serie es auténtico debe observarse con instrumentos ópticos y lumínicos para buscar corrugaciones características del uso de herramientas como el esmeril, láser o martillo en la tarea de grabar uno distinto, e incluso percibir las con la yema de los dedos, en caso de duda someter el número seriado a pruebas de laboratorio.<sup>6</sup>
- País de fabricación.
- Importador y/o distribuidor, y
- El calibre: el diámetro del interior o ánima del cañón, medida que se corresponde con el diámetro del proyectil en su parte más ancha, que usualmente es la parte en donde se conecta con la vaina o casquillo. El calibre se emplea, en consecuencia, para asociar a un arma de fuego en particular con un proyectil que pudo haber sido disparado por ésta. Es muy fácil de medir cuando el ánima de cañón no está rayada, como en el caso de las escopetas, y más complicado de hacer en los casos de ánima estriada o rallada.

#### IV. EL PROCESO DE RAYADO DEL CAÑÓN Y SU UTILIDAD

El rayado o estriado del ánima del cañón se realiza en muchas armas desde su proceso de fabricación, como ya se ha comentado, con la finalidad de

---

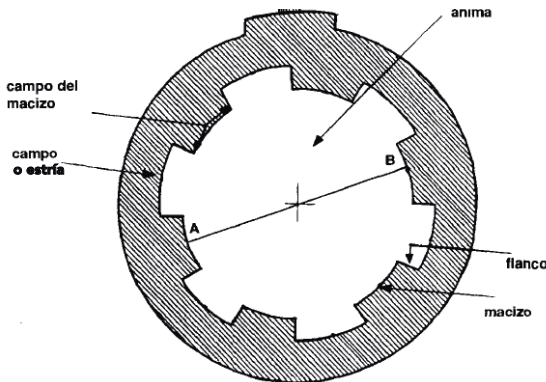
<sup>5</sup> Véase el catálogo de armas de la marca Beretta, disponible en: <http://www.beretta.com/en-us/firearms/>, visitada el 19 de noviembre de 2015.

<sup>6</sup> Dos mayormente empleadas son: el método del grabado ácido (*acid etching method*), aplicado en metales no ferrosos como el aluminio, con la desventaja de que es una prueba destructiva, y la inspección por partículas magnéticas con el uso de Magnaflux en materiales ferrosos, la cual no es destructiva. Para una explicación detallada de las mismas véase Vince, Joseph J. Jr. & Sherlock, William E., *Evidence Collection*, Massachusetts, Jones and Bartlett Publishers, 2005, pp. 52 y 53.

que el proyectil adquiriera un movimiento de rotación durante su paso por el cañón, con el propósito de estabilizar su trayectoria y facilitar que dé en el blanco, además de contrarrestar la fuerza de resistencia del aire.

A pesar de que este proceso no persigue, en principio, la generación de pruebas —al relacionar de un modo único al cañón con el proyectil disparado— y de que se realiza en serie (en armas de la misma marca y modelo, con las mismas herramientas usadas en forma consecutiva), la experiencia ha demostrado que el rayado o estriado en el ánima de cada cañón posee características que lo distinguen, bajo una observación microscópica, de otros realizados en armas similares, con las mismas herramientas e inmediatamente antes o después. Ello se debe a la dificultad técnica que conlleva generar dos piezas idénticas, lo cual implicaría herramientas y un proceso de producción “perfecto”, de manera que siendo muy parecidos los rayados en los cañones de armas similares y realizados con las mismas herramientas, en realidad presentan diferencias, que hacen a cada uno único, mismas que pueden ser apreciadas al observarlas con un microscopio de comparación balístico.

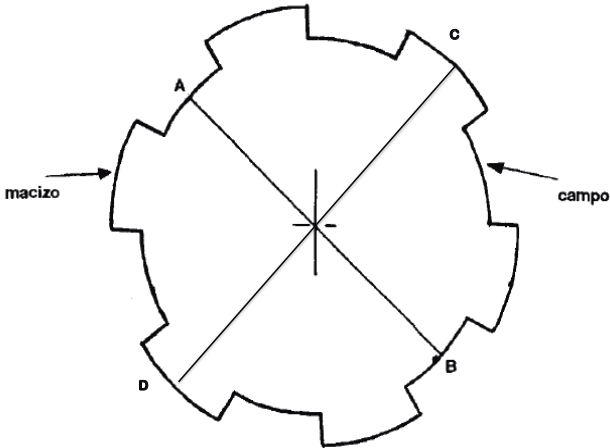
El calibre considerado “real” se mide en un arma con un cañón con ánima estriada de macizo a macizo —siendo estos la parte más elevada, el “alto relieve” de los “surcos” o estriado—, como se muestra en el siguiente gráfico en el que el calibre se mide del punto A al B.<sup>7</sup>



<sup>7</sup> En inglés se le denomina *land diameter* (diámetro entre macizos). También puede medirse la distancia existente entre dos campos (o estrías) contrapuestos, lo que se conoce en español como calibre nominal, y en inglés, como *groove diameter* (diámetro entre estrías).

Calibre del interior del cañón o ánima: distancia de A- B

Mientras que en el caso del proyectil es entre campos (rayas o estrías) contrapuestos, que fueron generados por el macizo del ánima del cañón durante su paso por éste.



En un proyectil, el calibre real es la distancia de A – B, y el nominal, de C – D

El calibre del arma y el del proyectil son prácticamente iguales en sus versiones “reales”, dado que el altorrelieve del ánima de un cañón, denominada “macizo”, corresponde al bajorrelieve que produce en el proyectil, denominado “campo”, “raya” o “estría”. Mientras que el diámetro de la bala en su parte más ancha es un poco mayor que el del ánima del cañón a fin de evitar la fuga de gases de la pólvora combustionada.

El calibre se mide en milímetros (mm) o pulgadas, de acuerdo con el patrón oficial de medida prevaleciente en cada país o en unidades absolutas, en el caso de las escopetas, con base en el Gun Barrel Proof Act de Londres de 1868.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Ese sistema de medición se basa en la cantidad de esferas del diámetro del cañón que pueden obtenerse con una libra de plomo, véase Registro Nacional de Armas, *Manual de identificación y rastreo de armas de fuego (MIRAF)*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, 2000.

## V. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS PROYECTILES

En el caso de los cartuchos, el calibre se mide de manera distinta si es para armas de cañón liso (como las escopetas) o rayado. En el primer caso está determinado por la cantidad de balas de plomo, con forma esférica, que pueden producirse con una libra de ese material,<sup>9</sup> cuyo diámetro corresponde al del interior del cañón de la escopeta; así, el calibre 16 equivale, por ejemplo, a un diámetro de 16.80 mm.; mientras que cuando el cañón está rayado se forma con dos datos: el diámetro del proyectil x el largo de la vaina. Un cartucho con una denominación 9x19 indica que su diámetro es de 9 mm. y el largo de la vaina o casquillo es de 19 mm., el que puede ser usado en pistolas automáticas y semiautomáticas.

El largo de la vaina se corresponde con el tamaño de la recámara del arma; de manera que diferentes armas pueden utilizar cartuchos con una misma anchura o diámetro (el calibre 7,65 mm. es válido, por ejemplo, para revolver, pistola o fusil).

Cuando el cartucho de un revólver y una pistola tiene el mismo diámetro, para distinguirlos se añaden en el caso de esta última las siglas ACP (*Automatic Cartridge Pistol* o *Automatic Colt Pistol*). Así, el calibre 32 para revólver es simplemente “.32” y cuando es para pistola es “.32 ACP”.

## VI. DATOS DISTINTIVOS DE LOS CARTUCHOS

Además del calibre y el largo de la vaina, otras de las características, distintivas de un cartucho son las siguientes:

- La forma de la vaina: cartuchos con el mismo diámetro pueden tener proyectiles diferentes.
- El tipo de ignición, dado por la ubicación del fulminante en la vaina: fuego central, *lefauchaux* (en un pequeño cilindro o espiga insertado en el sector inferior del lateral de la vaina) y fuego anular (en forma de anillo bordeando la base o culote).

---

<sup>9</sup> El número de balas producidas con una libra de Plomo y el diámetro de las mismas varían en forma inversa: a mayor número, menor diámetro, y viceversa; además de que este tipo de cartuchos tienen una estructura particular integrada por los siguientes componentes: vaina (de cartón, plástica o semimetálica); fulminante, pistón o cápsula iniciadora; la pólvora como carga de proyección; el taco o elemento obturador; los perdigones, postas o balas, y la tapadera. Véase De Antón y Barberá y De Luis y Turégano, *op. cit.*, pp. 1455 y 1456, para una descripción detallada de los cartuchos para escopeta.

- El nombre del creador. Por ejemplo: .22 Savage o .222 Remington o de la organización que autorizó su uso: NATO (siglas en inglés de la Organización de del Tratado del Atlántico Norte, OTAN), como el 9 mm. NATO.
- Nombres especiales como el “bala de fuego” creado por Remington (.221 Remington *fireball*).
- Por el tipo de punta de la bala: desnuda (sin recubrimiento en el núcleo de Plomo de la bala); encamisada (recubierta por una placa o “camisa” de un metal que le da mayor dureza);<sup>10</sup> semiencamisada (el recubrimiento no abarca la punta u ojiva, la cual al ser de un material más blando se deforma y expande al impactar en un blanco de mayor dureza, lo que le permite, gracias al movimiento rotacional, generar lesiones de mayor calado); punta hueca (con una parte hueca en el centro para generar mayor daño al chocar con el blanco), y *wad cutter* y semi *wad cutter* (con la punta plana para producir un círculo perfecto al dar en el blanco, y con ello facilitar su visualización, sobre todo en el tiro deportivo).
- Año de invención: 7,92 mm. Mauser M 1888 (donde la M indica el modelo surgido en 1888).
- Términos que indican cargas especiales: *Magnum* (mayor cantidad de pólvora, lo que le da mayor velocidad al proyectil), y trazadora, por ejemplo.

Algunas de las características de los cartuchos listadas pueden ser incluidas en el calibre con fines de identificación, pero al no existir un patrón de conformación como tal, los datos comunes son la marca y el diámetro de la bala en su parte más ancha.

La nomenclatura de los cartuchos en el caso de las armas largas puede incluir otros datos, como la cantidad de pólvora contenida y el peso de la bala medidos en *grains* (medida equivalente 0.0648 gramos). Como ejemplo: 44-40-200, lo que indica un diámetro de .44 pulgadas, 40 *grains* de pólvora y un peso de la bala de 200 *grains*.

Es importante tener en cuenta que el calibre de un mismo cartucho puede ser nombrado en consideración del sistema de medición que se utilice: métrico decimal o inglés, como es en el caso del cartucho para fusil 7.62 x 5 NATO (en milímetros) también identificado como .308 Winchester (en pulgadas).

---

<sup>10</sup> Las balas que usan las pistolas son encamisadas, para que se facilite la entrada del cartucho en la recámara cuando la carga es automática.



Otro aspecto a considerar son las abreviaturas utilizadas, entre otras: FMJ (*full metal Jacket*, totalmente encamisado), Mg (*Magnum*), .38 SA (.38 *Super Auto*, para pistola automática), HV (*high velocity*, alta velocidad), T (*Tracer*, trazadora, de uso militar), WC (*Wad cutter*, munición chata, sacabocado), etcétera.

## VII. DENOMINACIÓN DE LAS VAINAS O CASQUILLOS

Los datos más importantes se encuentran en su base o culote y son los siguientes: la marca, el calibre y la identificación del tipo del fulminante usado (*Berdan* o *Boxer*).

Las siglas grabadas en el culote de una vaina pueden ser muy variadas; se refieren, por lo general, al productor o al año de producción del cartucho en cuestión. A manera de ejemplo se presentan las siguientes:

- AUTO: *Automatic*.
- BMG: *Browning Machine Gun*.
- FC: *Federal Cartridge Co.* (Estados Unidos)
- GAP: *Glock Action Pistol*
- GFL: *Giulio Focchi Lecco* (fabricante italiano.)
- IVI: *Industries Valcartier Incorporées* (fabricante de Quebec en El Canadá).
- LR: *Long Rifle*.
- N: NATO / OTAN
- REM: *Remington*.
- S&B: *Sellior & Ballot* (fabricante de Praga en Checoslovaquia).
- S&W: *Smith And Wesson*.
- WIN: *Winchester*.<sup>11</sup>

## VIII. HUELLAS DE IDENTIDAD COMUNES ENTRE EL PROYECTIL Y EL ARMA DEL DISPARO

Más allá de las dificultades para identificar en lo individual la clase de arma, proyectil o vaina, mediante las variables referidas con anterioridad, el reto en materia de prueba es relacionar el arma con el proyectil por ella disparado y

---

<sup>11</sup> International Ammunition Association Inc., *Headstamp Codes*, documento electrónico disponible en: <http://www.cartridgcollectors.org/headstampcodes>, visitada el 12 de octubre de 2015.

con el cartucho o vaina percutidos por ésta. En esta tarea es útil, pero insuficiente, establecer la correspondencia entre la clase de unos y otros, ya que de lo que se trata, por ejemplo, no es de demostrar que el proyectil que privó de la vida a la víctima al impactar y dañar un órgano vital era de los que pueden abastecer a una pistola automática M9 Beretta, sino de saber exactamente de entre las muchas pistolas existentes de esa marca, modelo y calibre, cuál fue específicamente accionada por el actor de ese hecho presumiblemente delictivo, para tratar de identificar a través de ésta al responsable.

La investigación para asociar a los elementos balísticos (proyectil y vaina o casquillo) con el arma de fuego por la que fueron disparados o percutidos puede darse bajo dos circunstancias. Una es que el arma no haya sido encontrada y, en consecuencia, asegurada, con lo cual a esos elementos balísticos se les denomina “problema”, y la segunda es que sí se cuente con el arma que se presupone fue usada durante el delito bajo investigación, lo que permitirá realizar disparos de prueba, de preferencia apuntando hacia un tanque de agua,<sup>12</sup> a fin de generar proyectiles y casquillos que no tengan daños por haber impactado con un blanco duro, con el propósito de cotejar, mediante un microscopio de comparación balística (como puede ser el modelo FS C de la marca *Leica*)<sup>13</sup> sus características distintivas con las de aquellos que fueron encontrados en la escena del delito. A los proyectiles o casquillos generados intencionalmente con fines de comparación se les denomina “testigos”.

Lo que permite descubrir que hubo una relación entre un arma y proyectil específicos durante el momento del disparo es la transferencia de características distintivas del arma de fuego, específicamente del ánima del cañón al proyectil disparado, gracias al rayado o estriado hecho en el arma durante su proceso de fabricación.<sup>14</sup>

Cuando en la escena del delito se encuentre un proyectil disparado y no el arma, para poder determinar el tipo, la marca, el modelo y al fabricante de esta última es preciso observar con un microscopio de comparación balística las siguientes características del rayado producido en el proyectil durante su paso por el ánima del cañón:

---

<sup>12</sup> Excepto en el caso de armas automáticas o que usan cartuchos de alto calibre, para lo cual se requieren instalaciones especiales a fin de garantizar que el proyectil disparado no impactará en una superficie dura que pudiera deformarlo.

<sup>13</sup> Leica Microsystems, *La próxima generación de instrumentos forenses de comparación*, disponible en: [http://www.leica-microsystems.com/fileadmin/downloads/Leica%20FS%20CB/Brochures/Leica\\_FS\\_C\\_FS4000\\_Brochure\\_ES.pdf](http://www.leica-microsystems.com/fileadmin/downloads/Leica%20FS%20CB/Brochures/Leica_FS_C_FS4000_Brochure_ES.pdf), visitada el 6 de octubre de 2015.

<sup>14</sup> Sobre la importancia de los principios de transferencia relación y causalidad en materia probatoria, véase Hidalgo Murillo, José Daniel, *La etapa de investigación en el sistema procesal mexicano*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009, pp. 18-29.

- La cantidad de estrías o campos y macizos que conforman el rayado.
- El ancho de los campos y macizos.
- La dirección o sentido de los mismos: de derecha a izquierda, o viceversa, para inferir el sentido del rayado en el ánima del cañón.
- El arco de hélice que corresponde a un paso o vuelta completa en el rayado con forma de espiral, lo que se denomina “espira”.
- La profundidad de los campos, rayas o estrías.

Existe una clara correspondencia entre estas características en el proyectil y las existentes en el ánima del cañón del arma por la que fue disparado. Las marcas generadas en el proyectil a su paso por el ánima de un cañón rayado son el “inverso” de las realizadas durante el proceso de fabricación en éste: el alto relieve o macizo del ánima del cañón genera en el proyectil (a su paso por éste, como ya hemos comentado), un bajorrelieve o estría. En consecuencia, lo correcto sería denominar a la estría en el proyectil como la impresión del macizo del ánima del cañón.

A estas características en el ánima del cañón se les denomina genéricamente “de clase” (o señales “familiares o primarias”), debido a que las comparten todas las ánimas de los cañones de las armas rayadas con especificaciones iguales y con las mismas herramientas; además de que son transferidas (en forma inversa) a los proyectiles disparados por esas armas de fuego.

Hay otras marcas que transmite el ánima del cañón al proyectil durante el disparo que, como hemos señalado, sólo son propias de ella, a las cuales se les denomina características “individuales” (o “secundarias” o “particulares”). Éstas se deben a las imperfecciones microscópicas de las herramientas utilizadas en el proceso de estriado o rayado, que producen en el ánima del cañón muescas y defectos microscópicos que tienden a agrandarse durante el uso del arma. Estas huellas que son únicas en el ánima del cañón lo son también, por transferencia, en los proyectiles que han pasado por ésta, con lo cual se establece una relación de identidad compartida únicamente entre esa arma y los proyectiles por ella disparados.

Una vez establecido el calibre<sup>15</sup> y los valores de las marcas de clase (o señales familiares) de un proyectil “problema” mediante su observación con ayuda de un microscopio de comparación balística, lo siguiente es comparar esos valores con los equivalentes en diferentes clases de armas de fuego,

---

<sup>15</sup> El cual está indicado en la base de la vaina, o casquillo o bien puede inferirse a partir del número de campos y estrías y su amplitud.

a fin de determinar su coincidencia con los de alguna (o algunas) en particular. Tarea para la que es necesario contar con un archivo que contenga el registro de ese tipo de datos de la mayor cantidad posible de armas de fuego; de preferencia una base de datos en formato digital que facilite el proceso de comparación.

El laboratorio de Armas de Fuego y Huellas de Herramientas del Buró (Agencia u Oficina) Federal de Investigación del gobierno de los Estados Unidos de América (FBI, por sus siglas en inglés) ha desarrollado con ese propósito una base de datos computarizada: General Rifling Characteristics File (GRS), que contiene más de cinco mil registros de clases de armas de fuego cortas y largas, es actualizada cada dos años y puesta a disposición de las agencias de procuración de justicia en el mundo.<sup>16</sup>

Otra base de datos útil para ese fin es la Firearms Reference Table (FRT), elaborada por la empresa canadiense Ultra Electronics Forensic Technology, que contiene los registros de armas de fuego con la especificación de la marca, modelo, calibre y características familiares del rayado o estriado, realizados por la Real Policía Montada del Canadá, que es ofrecida sin costo a las agencias de procuración de justicia en otros países.<sup>17</sup>

Conocer la clase de arma que produjo las características de clase (o marcas familiares o primarias) en los proyectiles y castillos “problema” ayuda a orientar la búsqueda del arma que específicamente fue usada por el autor del delito bajo investigación.

Cuando se cuente con el arma que se presupone fue usada en el caso bajo investigación y con proyectiles (o casquillos) hallados en la escena del delito, lo que procede para demostrar que efectivamente fueron disparados (o percutidos) con esa arma es realizar disparos y procurar que los proyectiles disparados no se dañen al impactar con algún blanco y realizar una comparación microscópica entre los proyectiles encontrados y los “testigos”.

Los microscopios de comparación balística permiten la comparación simultánea (lado a lado) de los proyectiles o casquillos encontrados con los “testigos” al estar compuestos por dos unidades independientes vinculadas mediante un puente óptico.<sup>18</sup> Los resultados de esta comparación pueden

---

<sup>16</sup> Schehi, Sally A., “Fire Arms and Tool Marks in the FBI Laboratory”, *Forensic Science Communication*, abril 2000, volume 2, number 2, documento electrónico disponible en: <https://www.fbi.gov/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/april2000/index.htm/scheh11.htm>.

<sup>17</sup> Véase la página web: <http://www.ultra-forensicttechnology.com/firt>, donde puede llenarse la solicitud de envío de la *Firearms Reference Table*.

<sup>18</sup> La comparación microscópica de elementos balísticos puede potenciarse con el uso de procesadores de imágenes (la videomicroscopía digital).

darse en tres sentidos: “identificación”, lo que indica la coincidencia entre las características de unos y otros; “exclusión”, debido a que no la hay, y, finalmente: “no concluyente”, en virtud de que puede haber correspondencia entre las características de clase o familiares, pero no así entre las individuales o particulares, lo que dificulta emitir un resultado contundente en favor o en contra de la coincidencia.

### IX. HUELLAS DE IDENTIDAD COMUNES ENTRE LA VAINA O CASQUILLO Y EL ARMA QUE LA PERCUTIÓ

El arma de fuego también transmite huellas distintivas a la vaina o casquillo; estas huellas son generadas por el percutor y los mecanismos de cierre, así como por el eyector y el extractor en las armas automáticas y semiautomáticas. En el caso de un revolver, sólo se encontrarán en las vainas o casquillos percutidos por éste las huellas generadas por el percutor (fijo, móvil o flotante) y por el espaldón (superficie del arma que rodea al orificio por donde asoma aquél), lo que dificulta determinar su clase.

La huella distintiva que produce el percutor en la base del casquillo al golpear el fulminante es su *forma*, tanto en cartuchos de fuego central como anular, sin desconocer que la calidad de la misma depende de su profundidad, y ésta del estado en que se encuentre el arma (mayor en un arma nueva y limpia que en otra con mayor uso).

En la determinación de la clase de arma usada para percutir cartuchos de fuego anular también se considera la posición del golpe generado por el percutor en la base del casquillo o vaina, siempre y cuando el percutor no sea flotante, ya que de serlo la posición será variable.

En las huellas dejadas por el extractor y el eyector lo relevante para determinar la clase de arma que percutió el cartucho o vaina investigados son: posición, forma y tamaño. Para ubicar su posición en la base del casquillo percutido se utiliza un mapa referencial inspirado en las horas y manecillas de un reloj:<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> También se usa para registrar la posición del golpe del percutor (no flotante) en la base o culote de cartuchos de fuego anular.

<i>Hora del reloj</i>	<i>Código de ubicación</i>
12	1
2	2
3	3
4	4
6	6
7	7
9	9
10	D

Estas huellas, junto con el tipo de placa de cierre: liso (S), paralelo (P), circular (C), arco (A) o en X, se encuentran codificadas y registradas para diferentes clases de armas en el *General Rifling Characteristics File (GRS)*, de modo que al introducir en éste los datos para cada una de esas variables para el casquillo o vaina “problema” que se esté investigando, como se muestra a continuación:

<i>Tipo de persecución</i>	<i>Extrator</i>	<i>Eyector</i>	<i>Placa de cierre</i>
R	2	6	A

Registro de la posición y tipo de huellas generadas en la base de un casquillo al ser percutido.

Los comparará con las que generan las clases de armas que tiene registradas, y en caso de encontrar su correspondencia con alguna o algunas de ellas, generará un listado con las marcas y modelos de las mismas.

En la determinación de la clase de arma usada también pueden considerarse las huellas que deja el espaldón al impactar al culote de la vaina o casquillo en su desplazamiento hacia atrás, así como las rayaduras generadas al friccionar con la recámara y las producidas por los labios del cargador.

La identificación de la clase de arma que pudo haber generado el tipo de huellas encontradas en los casquillos hallados en la escena del delito puede complicarse debido a la variable calidad de las mismas, entendida como la nitidez con que quedan grabadas, lo que se conoce como la “impresionabilidad” del instrumento probatorio (en este caso, la vaina o casqui-

llo percutido),<sup>20</sup> en consideración de una serie de razones técnicas, como el estado del arma y las diferencias en la densidad de los metales con los que fue producido el proyectil encontrado en comparación con los usados al fabricar los “testigos”.

## X. ANTECEDENTES DEL ARMA USADA COMO MEDIO COMISIVO

El agente investigador siempre se encuentra ante la posibilidad de que el arma de fuego utilizada en el delito bajo investigación haya sido también empleada en otros; en consecuencia, es importante cotejar las marcas de clase (familiares) e individuales (particulares) de los elementos balísticos vinculados con ésta con las de otros encontrados en escenas del delito distintas. Para ello es necesario registrar los datos distintivos y las imágenes de los elementos balísticos vinculados con hechos delictivos en un “sistema automático de identificación balística”, que permita encontrar en forma automática, precisa y oportuna coincidencias entre ellos e inferir que fueron, por ende, disparados o percutidos por una misma arma.

Uno de los sistemas informáticos más conocidos a nivel mundial para identificar los antecedentes delictivos de un arma de fuego es el Integrated Ballistic Identification System (IBIS) Trax HD 3D, producido por la empresa canadiense Forensic Technology.<sup>21</sup> Entre sus ventajas están el manejo de imágenes en tercera dimensión, algoritmos de comparación avanzados, una robusta infraestructura y una red de sitios con registros digitalizados con un alcance transnacional, posible, en parte, a que The International Criminal Police Organization (INTERPOL) utiliza esta plataforma tecnológica en su Red de Información Balística (*Ballistic Information Network*, IBIN por sus siglas en inglés).<sup>22</sup>

El valor de un sistema informático de identificación balística depende, junto con sus características técnicas, de la cantidad de datos que tenga re-

<sup>20</sup> González Salas Campos, Raúl, *La presunción en la valoración de las pruebas*, México, Inacipe-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, p. 83.

<sup>21</sup> Véase el folleto explicativo sobre este sistema automático de información balística disponible en: <file:///Users/beatriz/eugeniamirezsaavedra/Desktop/Me%CC%81todo%20de%20investigacio%CC%81n%20delictiva/carpeta%20sin%20ti%CC%81tulo/Brochure%20IBIS.pdf>, visitada el 7 de octubre de 2015.

<sup>22</sup> Interpol, Programa sobre armas de fuego, IBIN, Red de Interpol de Información sobre Balística, *Manual para la recopilación e intercambio de datos balísticos* 3a. ed., 2014, documento electrónico disponible en: [www.interpol.int/content/.../14Y0277%20S%20MANUAL%20IBIN.pdf](http://www.interpol.int/content/.../14Y0277%20S%20MANUAL%20IBIN.pdf), visitada el 9 de octubre del 2015.

gistrados. Ello propició el establecimiento de un acuerdo entre el FBI y la Oficina de Alcohol, Tabaco y Armas de Fuego (ATF, por sus siglas en inglés) del gobierno de Estados Unidos, para desarrollar The National Integrated Ballistic Information Network (NIBIN), una red nacional de información con el registro de las características distintivas de los elementos balísticos relacionados con la comisión de todo tipo de delitos del conocimiento de agencias policiales federales, estatales y locales.

Inicialmente se intentó la creación de esa red, pero en forma infructuosa, mediante la interconexión del sistema *DrugFire* del FBI, creado por la empresa norteamericana Mnemonics System, para el registro de datos sobre los elementos balísticos relacionados con la comisión de delitos contra la salud, y el Integrated Ballistic Identification System (IBIS) de AFT, desarrollado por Forensic Technology. En 1999 optaron finalmente por eliminar gradualmente el sistema *DrugFire* y estandarizar el NIBIN con base en la plataforma de IBIS, a partir del reconocimiento de su superioridad técnica.

Existen en el mercado otros sistemas informáticos de identificación balística como los siguientes: *Arsenal* de Papillon Systems de Rusia; *Condor* de SCB Co, LTD.; *Evofinder* de SCANBII Technology; el sistema francés *Cible*; el sistema ruso *Tais*; *Balistika* de Turquía y *Fireball* de Australia.<sup>23</sup>

Otro elemento de información importante sobre los antecedentes de un arma de fuego es si está asignada a un agente de policía o militar. La Coordinación General de Servicios Periciales de la Procuraduría General de la República (PGR) cuenta desde 2003 con el Sistema IBIS (*Integrated Ballistic Identification System*),<sup>24</sup> con los datos de las características de clase e individuales de las armas de fuego asignadas a la Policía Federal Ministerial, de las que han sido puestas a disposición del Ministerio Público federal y de las asignadas a policías estatales y municipales que se encuentran sujetas a investigación por parte del mismo, así como de los elementos balísticos encontrados en la escena del crimen<sup>25</sup> y de aquellos y de las armas sujetos a investigación por procuradurías estatales.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Heard, Brian J., *Handbook of Firearms and Ballistics. Examining and Interpreting Forensic Evidence*, 2a. ed., West Sussex, UK, WILEY-BLACKWELL a John Wiley & Sons, Ltd., 2008, subcapítulo 4.1.2 “Modern Technology for Stria Comparison”, y Becker, Ronald F., *Criminal Investigation*, 3a. ed., Massachusetts, Jones and Bartlett Publishers, 2009, pp. 201-203.

<sup>24</sup> Denominado “Base de datos en Huella Balística”.

<sup>25</sup> A los cuales les denomina “huella balística”, véase Aguilar Ruiz, Miguel Óscar, *Bases de datos criminalísticos en la Procuraduría General de la República*, documento electrónico disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3064/33.pdf>, visitada el 20 de noviembre de 2015.

<sup>26</sup> El Consejo Nacional de Seguridad Pública aprobó en su sesión XXVI (24 y 25 de noviembre de 2011) la adopción de ese sistema, véase el “Acuerdo para consolidar la base de datos de huella balística de las armas asignadas a las instituciones de seguridad pública”, do-



## XI. TRANSFERENCIAS QUE RELACIONAN AL ARMA CON EL TIRADOR

La principal transferencia del arma de fuego hacia el tirador son los vapores expedidos por la misma arma durante el momento del disparo, que posteriormente se condensarán y formarán partículas esféricas, conocidas en español como “productos residuales del disparo de un arma de fuego” o como “productos residuales del disparo de un cartucho”, y en inglés, como *gunshot residues* (GSR). Éstos derivan del iniciador o fulminante, de la carga de propulsión, de los lubricantes y metales empleados en la fabricación del cartucho, así como del cañón del arma.

Los residuos por disparos de arma de fuego pueden alcanzar no sólo al tirador, sino también a las personas que se encuentren cerca al momento del disparo, entre ellas al blanco; en consideración de que al disparar un arma de fuego se generan dos conos de deflagración: uno anterior y otro posterior. Pero para que esto suceda, el tirador debe usar un arma corta,<sup>27</sup> y el blanco tiene que estar ubicado a corta distancia, lo cual normalmente se considera a menos de un metro, aunque no se cuenta con datos concluyentes al respecto. Lo determinante para reconocer la distancia del arma con relación a un ser humano como blanco es el tipo de herida generado, a lo cual nos referiremos más adelante.

Es importante tener en cuenta que la salida de los disparos por arma de fuego puede ser evitada casi en su totalidad en las armas semiautomáticas, automáticas y los rifles mediante el uso de un “silenciador” (un dispositivo inserto o colocado al final del cañón para amortiguar el ruido producido durante el disparo).

Las diferentes técnicas de laboratorio desarrolladas a lo largo del tiempo para detectar estos residuos se enfocaron inicialmente en la presencia de radicales de nitrato y nitrito (producidos al deflagrarse la pólvora),<sup>28</sup> y

---

cumento electrónico disponible en: [http://www.secretariadoejecutivo.ssp.gob.mx/work/models/SecretariadoEjecutivo/Resource/1065/1/images/8\\_Acuerdo\\_para\\_consolidar\\_la\\_base\\_de\\_datos\\_de\\_huella\\_balística\\_de\\_las\\_armas\\_asignadas\\_a\\_las\\_instituciones\\_de\\_seguridad.pdf](http://www.secretariadoejecutivo.ssp.gob.mx/work/models/SecretariadoEjecutivo/Resource/1065/1/images/8_Acuerdo_para_consolidar_la_base_de_datos_de_huella_balística_de_las_armas_asignadas_a_las_instituciones_de_seguridad.pdf), visitada el 3 de octubre de 2015.

<sup>27</sup> Para conocer las razones que dificultan que en las manos de una persona que dispara un arma larga queden residuos generados durante el mecanismo del disparo, véase Heard, Brian J., *op. cit.*, p. 242.

<sup>28</sup> Actualmente se utiliza la pólvora sin humo o piroxilada en la gran mayoría de los cartuchos, que surgió con el descubrimiento en 1847 de la nitroglicerina por el químico italiano Ascanio Sobrero y su posterior perfeccionamiento para controlar su velocidad de combustión. Ésta puede ser de tres tipos: base simple (nitrocelulosa), doble (nitrocelulosa y nitroglicerina) y triple (nitrocelulosa, nitroglicerina y nitroguanidina), más aditivos en cada

posteriormente a los metales contenidos en el fulminante: plomo (Pb), el mayor componente de las sustancias iniciadoras de la combustión y el principal componente del proyectil propiamente dicho; bario (Ba), utilizado como agente de oxidación, y el antimonio (Sb), presente en las sustancias combustibles de la mayoría de los fulminantes. Estos componentes metálicos del fulminante expulsados como vapores forman al condensarse partículas, que pueden contener a uno de ellos, a dos, o bien a los tres. “Son las partículas que contienen a todos los elementos, juntos con su específica morfología, lo que hace único al residuo generado por el disparo de una arma de fuego”.<sup>29</sup>

Cuando los resultados de la aplicación de la mayoría de técnicas resultan positivos, indican que se encontraron ese tipo de residuos en las muestras tomadas, de lo cual se infiere, pero no puede asegurarse con certeza, que se deben a que la persona en cuestión disparó un arma de fuego. Esta ausencia de certeza definitiva se debe a diversas razones: al inicio de este tipo de pruebas era debido a que la fuente de esos residuos podía ser distinta a un arma de fuego, y, en la actualidad, porque, como ya fue comentado más arriba, lo que señalan es la cercanía de la persona en la que se encontraron esa clase de residuos con un arma de fuego al momento de ser disparada, pero no necesariamente en calidad de tirador o simplemente por haberla descargado.<sup>30</sup>

## XII. TÉCNICAS DE LABORATORIO PARA DETECTAR RESIDUOS DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO EN UN SOSPECHOSO

Para una mayor claridad en la exposición de la evolución de estas técnicas, las dividiremos en dos etapas. En una primera etapa se trató de técnicas colimétricas de origen químico, como las siguientes:

A) La técnica parafinoscópica, conocida como prueba de la parafina, aplica el reactivo Guthman (difenilamina-sulfúrica). Está actualmente en desuso debido a que al no ser específica podría dar positivo tanto ante los

---

uno de ellos; es seleccionada de acuerdo con el tipo de arma para la que está destinado el cartucho. Continúa usándose la pólvora negra, un compuesto físico, a diferencia de la primera que es químico, formado por nitrato de potasio (NO<sub>3</sub>K), azufre (S) y carbón (C), en forma marginal en cartuchos para uso deportivo, caza o con fines militares.

<sup>29</sup> Heard, Brian J., *op. cit.*, p. 242.

<sup>30</sup> En las pruebas modernas, que veremos más adelante, se considera posible, aunque poco probable, que ante un resultado positivo ese tipo de residuos provengan de una fuente distinta a un arma de fuego.

compuestos nitrados producidos durante el disparo de una arma de fuego como por el manejo inadecuado de pintura, solventes, orina, fertilizantes, cosméticos, etcétera.<sup>31</sup>

B) La prueba de rodizonato de sodio (RdNa) reacciona ante la presencia del plomo (del proyectil) y del bario (contenido en el fulminante). Si al aplicar a la muestra rodizonato de sodio se observa un color rosa-marrón es positiva para bario; si el color observado es rojo-escarlata, lo es para plomo; mientras que una mezcla de los dos colores indicará la presencia de ambos metales. Sus resultados no son del todo confiables, en virtud de que se basan en la apreciación visual del color de la muestra y a que puede dar falsos positivos ante personas que sin haber disparado un arma de fuego han manipulado sustancias que contienen Plomo, como los despachadores de gasolina, los hojalateros, plometos, etcétera o bien bario, que puede ser usado, como nitrato, para que los fuegos artificiales generen un color verde o como componente de algunos raticidas, entre otros usos prácticos.

Por su simplicidad, esta prueba es todavía utilizada ampliamente para detectar otros efectos externos de un disparo, entre ellos, si el ahumamiento alrededor de un orificio en una prenda de ropa está relacionado con el impacto de un proyectil.

C) La prueba *de Walker* se usa para identificar la presencia de nitritos en la tela de la ropa cercana a lo que se presume es el orificio de entrada de un proyectil a fin de inferir la distancia a la que fue realizado el disparo (mayor o menor a un metro), con base en la maculación de la pólvora. Fue creada en 1937 por J. T. Walker mediante la utilización del reactivo para identificar nitritos descrito por Greiss en 1858, consistente en una solución de ácido sulfanílico y otra de nafilamina.

Para obtener los residuos del trozo de tela bajo investigación y estudiar las características del tatuaje generado, se emplea papel fotográfico “desensibilizado” mediante la remoción de haluros de plata, para dejar sólo la placa gelatinosa, lo cual se consigue al aplicarle tiosulfato sódico (hipo), sustancia ampliamente usada como fijador fotográfico.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Para conocer el origen de esta prueba y la participación del mexicano Teodoro González en su introducción al Laboratorio de Identificación Criminal de la Policía del Distrito Federal en 1931, véase Moreno González, Rafael, *Balística forense*, México, Porrúa, 2011, pp. 77-79.

<sup>32</sup> Esta prueba ha sido superada por otras como la de Greiss modificada, Marshall y Tewari, entre otras, que son variaciones de ésta a partir del uso de otras sustancias químicas como reactivos. Véanse James H., Stuart & Nordby, Jon J., *Forensic Science. An Introduction to Scientific and Investigative Techniques*, Boca Raton, FL, Taylor & Francis Group, 2005, pp. 410 y 411; Heard, Brian J., *op. cit.*, p. 245, y De Antón y Barberá, Francisco, y De Luis y Turégano, Juan Vte., *op. cit.*, pp. 1523 y 1524.

D) La prueba de Harrison-Gilroy fue desarrollada en 1959 por Robert Gilroy y Harold Harrison en la Universidad de Rhode Island, destinada a detectar residuos del fulminante: los de antimonio con el uso de yoduro de trifenimetil arsonio como reactivo, los del bario con rodizonato de sodio y, finalmente, los de plomo mediante ácido clorhídrico diluido. Su desventaja es que detecta moléculas que los contienen uno a uno y no a los tres juntos, además de que no es suficientemente sensible para detectar bajas concentraciones de esos elementos.

En la segunda etapa de la evolución de las técnicas de laboratorio para identificar los residuos de disparo de arma de fuego, que prevalece hasta la actualidad, han predominado técnicas instrumentales de la química analítica, ya no físicas, con base en la espectroscopía, que estudia la interacción entre la radiación electromagnética y la materia, mediante la medición e interpretación de la absorción o emisión de este tipo de radiación, en forma de luz visible, en diferentes especies químicas como los átomos y las moléculas.

Son técnicas más sensibles y confiables que las de la primera etapa, aunque también tienen limitaciones, como la premura con que debe tomarse la muestra luego del disparo, para que sus resultados sean confiables, de preferencia a la hora de haber sido disparada el arma, y nunca después de las ocho horas.<sup>33</sup> Entre ellas se encuentran las siguientes:

E) Espectroscopia de absorción atómica sin flama (*flameless atomic absorption spectroscopy*, FASS) es actualmente la más comúnmente empleada. Está orientada a detectar con gran sensibilidad y precisión la presencia de antimonio, de bario y de plomo.

Su fundamento científico deriva de que los átomos de cada elemento químico son capaces de absorber energía en forma de luz siempre y cuando sea de la longitud de onda que es propia de cada uno de ellos.

La muestra bajo investigación es aspirada por una flama con un poder calorífico capaz de vaporizar a los elementos que contiene, con lo cual se inducirá la liberación de sus átomos, absorberán los rayos de luz que sean de la longitud de onda que es propia de cada uno de ellos. Con el uso de un espectrofotómetro de absorción atómica puede identificarse la longitud de onda de los rayos de luz que fueron absorbidos y a través de ésta al tipo de elemento químico que lo hizo, mientras que la cantidad de luz absorbida permitirá determinar su cantidad.

Una variante en la aplicación de esta prueba es la sustitución de la flama con la energía producida por un horno de grafito, que es adicionado al espectrofotómetro de absorción atómica.

---

<sup>33</sup> Sweetman Timothy & Sweetman Adele, *Investigating a Homicide*, Belmont, Wadsworth /Thomson Learning, 2001, p. 6.

Su desventaja es que no es posible precisar si al ser detectados los tres elementos (Ba, Pb y Sb) éstos se hallan en una sola partícula, lo cual constituye una limitante, debido a que, como ya se señaló, si los tres están presentes en una muestra, pero no en una sola partícula, podrían proceder de diversas fuentes: el antimonio de su uso como surfactante en el tratamiento de fibras textiles,<sup>34</sup> por ejemplo; el bario en la fabricación de cosméticos o en otros usos prácticos, como los mencionados con anterioridad, y el plomo en la producción de baterías hasta o como aditivo en las gasolinas, entre muchas otras.<sup>35</sup>

F) El análisis por activación de neutrones (*Neutron Activation Analysis*, NAA) orientado a la detección de antimonio y bario mediante el uso de un reactor nuclear para bombardear a estos elementos con neutrones e inducir su transformación en radioisótopos, los que emiten rayos gama de longitudes perfectamente definidas, de modo que el análisis de su espectro permite su identificación y cuantificación.

Para evitar la generación falsa de resultados positivos, es necesario que estén presentes ambos elementos y en cantidades significativamente altas, en consideración de que pueden detectarse aisladamente o en un rango bajo en las manos de una persona que no ha disparado un arma de fuego. Cuando se cumplen esas condiciones es una técnica muy exacta para detectar antimonio y bario, con la limitante de que no puede hacerlo con el plomo (principal componente de los GSR), razón por la que es poco usada, además de su alto costo y la complejidad de su aplicación.<sup>36</sup>

G) Microscopía electrónica de barrido con un analizador de energía dispersiva de rayos X (*scanning electronic microscopy with an energy dispersive X-ray analyzer*, SEM-EDX): utiliza un haz de electrones de alta energía, en lugar de luz, para magnificar significativamente la imagen de la muestra observada, lo cual permite identificar, en este caso, la morfología característica de las partículas producidas con el disparo de una arma de fuego (integradas con plomo, bario y antimonio).

Al bombardear la muestra con un haz de electrones, éstos le transmiten parte de su energía a las partículas que contiene, lo que ocasiona que sus elementos desprendan electrones en forma de rayos X. Como la longitud de

---

<sup>34</sup> Se denomina surfactantes a las sustancias que son agentes químicos activos en superficie y se utilizan, entre otras posibilidades, en suavizantes de telas; su nombre deriva de la palabra inglesa *surfactant*: *surface active agent*.

<sup>35</sup> Heard, Brian J., *op. cit.*, p. 246.

<sup>36</sup> Lukens, H. R. *et al.*, "Forensic Neutron Activation of Bullet-Lead Specimens", en *U.S. Atomic Energy Commission Report GA-10141*, Washington, D. C., 1970.

onda del rayo X emitido corresponde a la que es característica de cada elemento en lo particular, éstas pueden ser identificadas mediante un análisis de energía dispersiva de rayos X, además de medir la intensidad del mismo. Ello permite realizar un examen tanto cualitativo como cuantitativo de la muestra, que no es destruida, a diferencia de la aplicación de otro tipo de técnicas, por lo que podría ser reexaminada cuantas veces se considere necesario. Ello contribuye a que los resultados de esta técnica se consideren concluyentes y sea la mejor con que se cuenta en la actualidad. Sus desventajas son su alto costo y el tiempo que dura su aplicación.<sup>37</sup>

### XIII. TRANSFERENCIAS QUE RELACIONAN AL ARMA CON LA VÍCTIMA

La principal transferencia son las heridas que ocasiona el proyectil disparado por el arma en el cuerpo de la víctima, debido a la energía en movimiento que posee, lo que se conoce como energía cinética, y se calcula de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$EC: WV^2/2g$$

Donde:

EC es igual a energía cinética.

W al peso.

V a la velocidad, y

g a la aceleración producida por la fuerza de atracción de la gravedad (9.8 m/seg<sup>2</sup>).

Si bien la energía cinética depende tanto del peso del proyectil como de la velocidad a la que sale expulsado por la boca del cañón del arma, esta última variable tiene mayor relevancia, por estar elevada al cuadrado.

Al impactar un proyectil en el cuerpo de una víctima, puede generar dos tipos de heridas: “penetrantes”, si sólo hay orificio de entrada, y “perforantes”, si también lo hay de salida. En ambos casos producirá a su paso

---

<sup>37</sup> Para una explicación detallada de SEM-EDX véase Wolten, G. M. ; Nesbitt , R. S.; Calloway , A. R.; Loper , G.L., and Jones, P. F., *Final Report on Particle Analysis for GSR Detection*. El Segundo, CA, USA ATR-77 (7915)-3, Aerospace Corp., september 1977, documento disponible en: <https://www.njcrs.gov/pdffiles1/Digitization/43632NCJRS.pdf>, visitada el 14 de octubre de 2015.

dentro del cuerpo de la víctima una cavidad considerada “temporal”, debido a que su forma será modificada en cuestión de microsegundos por las pulsaciones y contracciones del área del afectada, hasta casi desaparecer o adquirir una extensión y forma más permanentes.

La capacidad del proyectil para causar daño en el cuerpo de una víctima depende de la *pérdida* de la energía cinética que posee, que no es uniforme, y en virtud de ello hace que su trayectoria se desestabilice y genere una cavidad temporal de mayor extensión y permanencia. Por lo que, en consecuencia, es más peligrosa una herida penetrante que una perforante.

Cuando la pérdida de la energía cinética del proyectil rebasa un cierto umbral, produce una cavidad temporal de un tamaño que excede la elasticidad del órgano impactado y ocasiona que se reviente. Si el proyectil además se fragmenta al chocar contra el cuerpo de una víctima, mayor será su capacidad de producir daño. Esas dos características: la velocidad y la fragmentación, es lo que hacen que sea tan letal el proyectil 5.56 x 45 de un fusil M16.<sup>38</sup>

#### XIV. CLASIFICACIÓN DE LAS HERIDAS POR ARMA DE FUEGO SEGÚN LA DISTANCIA DEL DISPARO

Las heridas producidas por el disparo de un arma de fuego tienen características específicas de acuerdo con la distancia desde la que fue realizado aquél. Los aspectos principales que debe determinar el médico legista son el orificio de entrada, la trayectoria del proyectil y, en su caso, el orificio de salida, por lo que se clasifican en cuatro categorías, a saber:

— Boca de jarro o con arma abocada, cuando la punta del cañón toca, firmemente o suavemente, al blanco, el orificio de entrada tiene una forma desgarrada y un diámetro mayor que el del proyectil, debido al efecto de salida de los gases generados durante el disparo. A esa forma estrellada se le conoce como “boca de mina de Hoffman”; mientras que el interior de la herida estará ennegrecido por la recepción del negro del humo y de granos de la pólvora.

Otra de las características de este tipo de herida es la generación en sus bordes de un tatuaje denominado “verdadero”, en consideración de que no desaparece con una simple acción de limpieza, debido a que es ocasionado al quemarse la piel y por la incrustación de los granos de la pólvora.

---

<sup>38</sup> Para una explicación detallada de la velocidad cinética de un proyectil y la cavidad temporal que genera al impactar en el cuerpo de una víctima véase a Di Maio, Vincent J. M., *Gunshot Wounds. Practical Aspects of Firearms, Ballistics, and Forensic Techniques*, 2a. ed., New York, Boca Raton, CRC Press, 1999, Chapter 3 “Wound Ballistics”.

En cambio, cuando el disparo es realizado sin un contacto completo entre la boca del cañón y la piel, como sucede en la mayoría de los casos de suicidio con el uso de armas de fuego, el humo generado se escapa por entre los huecos referidos y genera un ennegrecimiento sobre la piel, que se conoce como *falso tatuaje*. Debido al ángulo que se forma entre a la boca del cañón y la superficie del impacto, el ennegrecimiento tiende a concentrarse en el lado opuesto de la zona de contacto y en la misma dirección que la trayectoria del proyectil.

Un signo de los disparos con el arma abocada sobre la cabeza es la aparición de un anillo de humo sobre la superficie externa del hueso impactado, que se conoce como “signo de Benassi”. Mientras que cuando se realiza con la boca del cañón del arma sobre la ropa de la víctima, ésta se deshila y sobre la piel más cercana se grabará una suerte de copia en calca de la misma, denominada “escarapela de Simonin”.

— A quemarropa: cuando la boca del cañón se encuentra a una distancia del blanco menor al largo de la lengua de fuego producida al disparar, la cual no rebasa los treinta centímetros.

Ello ocasiona que se produzcan en el área que bordea al orificio de entrada (normalmente circular u oval, y el cual es menor que el diámetro del proyectil), los siguientes efectos:

- a) El anillo de Fish, integrado por una parte ennegrecida (collarete erosivo) alrededor de la herida, y luego de ésta el llamado “collarete de limpieza”, en virtud de que los restos de suciedad que pudieran haberse encontrado en esa zona fueron arrastrados hacia el interior de la herida por el efecto del proyectil, salvo que trajera impurezas adquiridas al haber impactado previamente en otras superficies. Éste es un signo inequívoco de una herida por disparo de arma de fuego.
- b) Una quemadura en forma de aureola producida por la llama.
- c) Un tatuaje verdadero denso y concentrado adentro y afuera de la herida.
- d) Un falso tatuaje formado por depósitos superficiales de humos generados al deflagrarse la pólvora, cuyo alcance depende de una serie de factores, como el calibre del arma, el tipo de fulminante usado, el ángulo de la boca del cañón en relación con la zona del impacto y su longitud, entre otros. Siempre se encuentra presente dado su alcance en las heridas a quemarropa y con arma abocada suavemente.

En este ejemplo gráfico se encuentran tanto el tatuaje verdadero como el falso uniformemente distribuidos alrededor de la herida, lo que indica una trayectoria perpendicular del proyectil respecto al plano del impacto.



Una característica que permite distinguir a los disparos con arma abocada suavemente y los realizados a quemarropa es la distribución del tatuaje falso, ya que en los primeros se concentra en el sentido de la trayectoria del proyectil, y en estos últimos en el lado opuesto a la misma, como se muestra a continuación.

— A corta distancia: cuando el disparo se realiza a una distancia, entre la boca del cañón del arma y la herida, dentro del alcance de los elementos que producen el tatuaje verdadero.

En este tipo de herida no se presenta la quemadura, sino sólo el anillo de Fish y dos diferentes tipos de tatuaje verdadero: uno producido por restos de pólvora no combustionada o semicom combustionada, y otro generado por partículas metálicas del fulminante del proyectil, que no son distinguibles a simple vista, por lo que deben realizarse pruebas de laboratorio sobre la muestra obtenida en la zona de la herida, mediante el uso de papel fotográfico previamente tratado.

El tatuaje producido por los restos de la pólvora combustionada o semicom combustionada que resulta visible a simple vista es el signo distintivo de los disparos producidos a una distancia menor a los cincuenta cms. (cuando se trata de armas cortas), pero que supera la alcanzada por la lengua de fuego (para que no se trate una herida a quemarropa, abordada en el punto anterior). Este tatuaje consiste en una serie de lesiones en forma de puntos de color marrón rojizo y en un naranja tirando a rojo. Es una coloración que además indica que el disparo impactó en el cuerpo de una persona que se encontraba con vida, ya que cuando se realiza contra un cadáver se presenta en color gris y amarillo.<sup>39</sup>

En los disparos con arma corta a más de cincuenta cms. y menos de un metro sólo se encuentra presente el anillo de Fish y el tatuaje producido por las partículas procedentes del fulminante del proyectil (no visibles a simple vista).

— A larga distancia. Por la distancia existente entre la boca de cañón del arma y la herida no es posible que se produzca el tatuaje verdadero; únicamente estará presente el anillo de Fish.

A excepción de la herida a boca de jarro, no es posible establecer para los otros tres tipos de herida por disparo de arma de fuego parámetros definitivos de distancia entre la boca del cañón y la zona del impacto del proyectil, sin realizar disparos de prueba y las mediciones correspondientes,

---

<sup>39</sup> En las palmas de las manos y de las plantas de los pies impactadas por proyectiles disparados a quemarropa o a muy corta distancia puede no producirse la reacción dérmica vital que genera el tatuaje verdadero, debido al grosor de esa parte de la piel, en opinión de Di Maio, Vincent J. M., *op. cit.*, p. 125.

debido a que el alcance de los efectos producidos al realizarse el disparo varían de acuerdo con las características del cartucho y del arma de fuego empleada.

Así se relacionan los cuatro tipos de herida por disparo de arma de fuego con efectos específicos generados durante el disparo (gases de explosión, llama, granos de pólvora y negro de humo) por los distintos componentes del cartucho (pólvora, taco<sup>40</sup> y proyectil).

## XV. MATERIALIZACIÓN DE LA TRAYECTORIA DE UN PROYECTIL

En la investigación de un homicidio por arma de fuego es importante determinar dónde estaba localizado el tirador; para lograrlo, deben encontrarse en la escena del crimen, pistas que ayuden a determinar la trayectoria del proyectil; entre ellas, son fundamentales los orificios de entrada, salida o rebote producidos por el mismo, y en forma complementaria los residuos por disparo de arma de fuego y los casquillos percutidos.<sup>41</sup>

Para inferir la trayectoria del proyectil, que es su recorrido desde la boca del arma de fuego hasta un blanco, es importante considerar las fuerzas que actúan sobre el mismo: la de proyección (producida por la presión de los gases generados al deflagrarse la pólvora), la de la gravedad y la de resistencia del viento, así como las distintas líneas que pueden trazarse con base en su trayectoria y sus respectivos ángulos. Estas referencias permitirán inferir mediante la realización de cálculos con base en el teorema de Pitágoras y el uso de la tabla de funciones trigonométricas, como se verá más adelante, el lugar desde donde fue realizado el disparo en contra de la víctima.

Cuando los investigadores han recabado pistas suficientes para inferir la trayectoria de un proyectil, pueden corroborar su dirección usando un buscador de ángulo balístico y uniendo los puntos de origen y destino, lo que se conoce como “línea de situación”<sup>42</sup> con un rayo láser, que puede visualizar-

---

<sup>40</sup> El taco es un objeto, generalmente de plástico o de un material similar, que se encarga de separar la pólvora de los proyectiles y es usado en la actualidad sobre todo en las escopetas. En los disparos a boca de jarro y a quemarropa el taco lesionará a la víctima al salir expulsado.

<sup>41</sup> Los orificios de salida tienen un diámetro mayor a los de entrada, y éstos uno menor al del proyectil, salvo en los disparos con arma abocada.

<sup>42</sup> “La Línea recta imaginaria que une el origen de fuego con el blanco impactado. A la medida longitudinal de la recta de situación se llama ALCANCE”, *ibidem*, p. 1480.

se rociando un *spray* en torno al mismo.<sup>43</sup> Ello dará una idea aproximada de la trayectoria real, ya que no toma en cuenta el efecto de la fuerza de la gravedad, bajo el que adquiere una forma parabólica.<sup>44</sup> El determinar esta línea permitirá medir la distancia lineal del recorrido del proyectil desde la boca del cañón hasta impactar en el blanco y trazar las otras líneas y ángulos asociados a su trayectoria, en el intento de ubicar, con base en cálculos trigonométricos, la posición del tirador.

En el siguiente caso hipotético se determina, mediante el trazo de líneas y ángulos asociados a la trayectoria del proyectil y con cálculos basados en el teorema de Pitágoras, la ubicación al interior de un edificio de apartamentos del francotirador que disparó en contra de un vehículo que se encontraba estacionado en una calle adyacente.<sup>45</sup> El proyectil impactó inicialmente en el parabrisas y posteriormente en el asiento del conductor. Al unir esos dos puntos con una línea recta, se trazó la llamada “línea de situación”, por lo que en algún punto de la misma debió ubicarse el tirador.

La “línea de situación” coincide con la hipotenusa en el triángulo rectángulo que se aprecia en la imagen; el cateto opuesto al triángulo B con la distancia horizontal desde el impacto del proyectil con el asiento del conductor hasta la pared del edificio más cercano al lugar donde se encontraba el automóvil, y el cateto adyacente se puede calcular usando el teorema de Pitágoras, que señala que la hipotenusa al cuadrado es igual a la suma del cuadrado de los catetos. De acuerdo con la imagen que se encuentra abajo:

A lo que resulte de calcular el cateto adyacente al triángulo B habría que sumar la distancia al suelo desde el punto en que el cateto opuesto al mismo toca el edificio (punto W), la cual está indicada con una línea horizontal con punta de flecha en sus dos extremos. Ello permitió determinar que el disparo fue efectuado desde una ventana del quinto piso.

---

<sup>43</sup> Para una explicación detallada de esta técnica y del equipo necesario para llevarla a cabo véase Academia Iberoamericana de Criminalística y Estudios Forenses y Grupo Iberoamericano de Balística Forense, *Manual de buenas prácticas en balística forense*, 2011, pp. 56-70, documento electrónico disponible en: <https://www.mf.hn/Forense/documentos-07/>, visitada el 10 de noviembre de 2015.

<sup>44</sup> Los proyectiles disparados con armas cortas tienen trayectorias que se asemejan a una línea recta, pero, en sentido estricto, no lo son, por el efecto de la fuerza de la gravedad y de la resistencia del viento, lo que ocasiona que aunque no se impacten con algún blanco durante su trayectoria, en algún momento pierdan velocidad y caigan en picada.

<sup>45</sup> El mismo está basado en un ejemplo presentado en Bertino J. Anthony, *Forensic Science. Fundamentals & investigation* Ohio, South-Western Cengage Learning 6, 2008, pp. 498-501.

## ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA REGULACIÓN ACTUAL SOBRE ARRAIGO Y COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA

Roberto A. OCHOA ROMERO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El régimen de excepción para la delincuencia organizada*. III. *El arraigo*. IV. *El colaborador de la justicia*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* un importante decreto de reformas constitucionales. A través de este instrumento se dieron a conocer diversas reformas y adiciones al texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que impactaron, de forma sustancial, pero no exclusivamente, su parte dogmática.

El propósito central de la reforma fue sentar las bases constitucionales para desarrollar un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal.<sup>1</sup>

De acuerdo con el contenido del decreto, se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado “B” del artículo 123, todos de la CPEUM.

Este decreto vino a implantar en la norma suprema las bases para que, antes del vencimiento de su *vacatio legis* de ocho años, en la legislación secundaria del ámbito federal y, por su parte, en las del orden común, se desarrollara un nuevo sistema procesal penal de corte acusatorio y oral.

Sin embargo, el principal propósito que se siguió con la reforma —homologar desde el texto constitucional las diversas leyes de rito procesal penal

---

\* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Con relación con esta reforma, véase, especialmente, García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 4a. ed., México, Porrúa, 2010.

a nivel nacional— no se logró en el mediano plazo. Fue así como, tiempo después, uno de los artículos que fueron impactados por el decreto de junio de 2008 (artículo 73, CPEUM) tuvo que ser reconfigurado en su fracción XXI. Esta reforma se produjo mediante decreto publicado en el *DOF* el 8 de octubre de 2013.

El texto del artículo 73, fracción XXI, CPEUM, después de la reforma de octubre de 2013, quedó en los siguientes términos:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXI. Para expedir:

a) Las leyes generales en materias de secuestro y trata de personas, que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones.

Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios;

b) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;

c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta.

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales.

Como puede verse, la reforma de 2013 trajo consigo un rediseño del precepto. De acuerdo con esta modificación, la fracción XXI del artículo 73, CPEUM, se organizó en un primer párrafo —seguido por tres incisos— y dos párrafos más. Dentro de los incisos llama especialmente la atención el inciso c). Y llama especialmente la atención porque en éste se integra una facultad (exclusiva) del Congreso de la Unión, que consiste en expedir la “legislación única en materia procedimental penal”.

Como consecuencia natural de esta importante adición al catálogo de facultades del Congreso de la Unión, los congresos de los diferentes estados de la República dejan de tener injerencia en ese particular sector legislativo. Por tanto, el Congreso de la Unión habría de emitir —en el corto plazo— la legislación única en materia procesal penal a través de la cual se homologa-

ría, finalmente, el proceso penal a nivel nacional. Esto sucedió poco tiempo después de la reforma de octubre de 2013.

En efecto, fue el 5 de marzo de 2014 cuando se publicó en el *DOF* el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). Este código viene a hacer realidad lo dispuesto en el artículo 73, fracción XXI, inciso c), CPEUM, y representa —previo cumplimiento de las disposiciones transitorias que acompañaron al decreto— la ley (única) de rito procesal penal de aplicación a nivel nacional tanto para delitos del orden común como para delitos del orden federal.

Como es lógico, en el CNPP se desarrollan todas y cada una de las distintas cuestiones constitucionales que tienen injerencia en la conformación del sistema procesal penal mexicano. Ahí se condensan y homologan, por tanto, los principios y las reglas del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal.

Ahora bien, por virtud de la reforma constitucional de 2008, al tiempo que se incorporaron en el texto de la CPEUM las reglas y los principios del así llamado *nuevo sistema de justicia penal* —que abonan el terreno para la implementación de un régimen procesal penal más respetuoso de las exigencias dimanantes del debido proceso—, se introdujeron algunos instrumentos especiales para la investigación y procesamiento de los delitos en materia de delincuencia organizada —la mayoría de ellos inspirados y diseñados muy al margen de sus implicaciones constitucionales—, que sin duda han venido a contaminar el ámbito del debido proceso penal. Se trata, particularmente, de instrumentos legales de investigación criminal cuyo fundamento y sentido es distinto —por no decir contrario— de los que informan y nutren el nuevo sistema de justicia penal. Algunos de tales instrumentos legales para el combate a la criminalidad organizada cuya legitimidad sigue en discusión, son el arraigo y la colaboración con la justicia.<sup>2</sup>

En principio, se pensaría que tales instrumentos especiales para la investigación y procesamiento de los delitos en materia de delincuencia organizada también deberían estar desarrollados o, cuando menos, previstos, en el CNPP, sobre todo si se trata de la ley *única* de rito procesal penal y, por ello, de aplicación a nivel nacional, sin diferencias en cuanto a la materia.

Sin embargo, en el apartado de disposiciones transitorias del decreto con el que se publicara el CNPP se incluyó un artículo (cuarto), que generaba, cuando menos, incertidumbre sobre la aplicación del CNPP a los casos

---

<sup>2</sup> Véase, en general sobre esta figura, Quintanar Díez, Manuel, *La justicia penal y los denominados arrepentidos*, Madrid, Edersa, 1996; Musco, Enzo, “Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas”, traducción de Virginia Sánchez López, *Revista Penal*, julio de 1998; Ochoa Romero, Roberto Andrés, *Justicia penal y colaboración con la autoridad*, México, Ángel Editor, 2006.

de delincuencia organizada. Esta disposición señala: “Quedan derogadas todas las normas que se opongan al presente Decreto, con excepción de las leyes relativas a la jurisdicción militar así como de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”.

De conformidad con esta disposición transitoria, el CNPP no afectaba ninguna de las disposiciones que configuran el andamiaje normativo a través del cual se brinda soporte legal al régimen especial de investigación, persecución, procesamiento y sanción para la delincuencia organizada, lo que hacía pensar en la inminente aparición de una reforma a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO), o bien de una nueva ley que incorporara un apartado procesal penal más robusto.

Mientras alguna de esas dos cosas sucedía, las particulares instituciones procesales que dan forma al régimen especial para la persecución penal de la delincuencia organizada tendrían que articularse e interpretarse, de forma más o menos armónica, de conformidad con las reglas del CNPP y de la LFDO.

Y es que, a pesar de que se trata de un régimen punitivo especial que se dio a conocer con la publicación de la LFDO en 1996, su incorporación al texto de la CPEUM se produjo al mismo tiempo que las reglas y los principios del nuevo sistema procesal penal. Este es un dato importante que ha de tenerse en cuenta, porque si este régimen especial produce puntuales restricciones o limitaciones a los principios que informan y nutren el nuevo sistema de justicia penal, ¿cómo habrían de desarrollarse (e interpretarse) tales disposiciones de conformidad con el CNPP?

Pues bien, en los epígrafes siguientes se ofrecen los antecedentes de la actual regulación procesal penal que reciben dos concretos aspectos de esta estrategia punitiva: i) el arraigo, y ii) los diferentes casos de colaboración con la autoridad. Asimismo, se incorporan a la exposición los problemas de interpretación que surgieron durante más de dos años, desde que se publicó el CNPP y hasta que se produjo la reciente reforma de la LFDO.<sup>3</sup>

## II. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN PARA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

La investigación (y sanción) de los delitos que se cometen como manifestación de un acuerdo previamente adoptado en el seno de una organización

---

<sup>3</sup> La regulación normativa actual sobre el arraigo, así como de los diferentes supuestos de colaboración con la justicia, se desprende de la reciente reforma que se produjo sobre el texto de la LFDO, y que fue publicada en el *DOF* el 16 de junio de 2016.

criminal representa serios problemas en la práctica.<sup>4</sup> Por esa razón, en algunos países (por ejemplo España e Italia) se han debido adoptar soluciones de *emergencia*.<sup>5</sup>

En el caso de México, se han venido modificando las legislaciones penales y procesales penales con la finalidad de atender estas nuevas formas de criminalidad con tintes empresariales. El denominador común de las diferentes propuestas legislativas ha sido facilitar la intervención penal estatal en sectores de la criminalidad en los que no suele ser sencillo identificar a los responsables.

Un signo inequívoco de la esbozada tendencia político-criminal —hoy definitivamente adoptada en nuestro país—, ha sido, precisamente, la inopinada introducción de ciertos instrumentos de investigación, procesamiento y sanción de la criminalidad organizada, no sólo en la legislación penal —particularmente en la LFDO—, sino, muy recientemente, en la CPEUM.

Pero se antoja muy difícil lograr una mayor o menor armonía entre las reglas y los principios del nuevo sistema procesal penal —centrados primordialmente en las exigencias del debido proceso—, y otra suerte de estrategias, como se ha dicho, de excepción, que se plantean para la investigación y procesamiento de los delitos en materia de delincuencia organizada, y que por sí solas suponen un distanciamiento (cuando no abandono) de tales reglas y principios.

En efecto, no resulta coherente con tal perspectiva la aparición de otras instituciones que implican serias excepciones al régimen ordinario de investigación, procesamiento y ejecución penal.

---

<sup>4</sup> Véase al respecto Hernández-Romo Valencia, Pablo, *El delito de delincuencia organizada. Ideas para argumentar su inconstitucionalidad*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 55 y ss.

<sup>5</sup> Sobre la experiencia española, véase González Rus, Juan José, “Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010”, en González Rus, Juan José (dir.), *La criminalidad organizada*, AA. VV., México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 93 y ss.; Vercher Noguera, Antonio, “Terrorismo y reinserción social en España”, *La Ley*, núm. 2, 1994; Lamarca Pérez, Carmen, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989; García Rivas, Nicolás, “Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político”, *Poder Judicial*, núm. 10, 1984; Cuerda Arnau, María Luisa, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995. Para el caso italiano puede verse Ferrajoli, Luigi, “Emergenza penale e crisi della giurisdizione”, *Dei Delitti e delle pene*, 1984, p. 271 y ss.; Ferrajoli, Luigi, “Ravvedimento processuale e inquisizione penale”, *Questione Giustizia*, 1982, p. 209; Padovani, Tullio, “La soave Inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”, *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981, pp. 529 y ss.



Y es que tales excepciones conducen a una suerte de dicotomía procesal penal que distingue entre quienes pueden ser tratados conforme a la legislación penal ordinaria y quienes —por la condición de ser miembros de la criminalidad organizada y, por ello, sujetos *presumiblemente* más peligrosos—, son destinatarios de una respuesta penal diferenciada y, ciertamente, más invasiva.

Ante tal escenario, no queda más que reconocer que tal suerte de apuesta legislativa (con su actual correlato en el texto constitucional) pretende privilegiar la *seguridad colectiva* por encima de las exigencias dimanantes de la dignidad humana. Así, el individuo deja de ser persona para convertirse en enemigo.<sup>6</sup>

Efectivamente, la introducción de *novedosos* instrumentos de investigación y procesamiento de los delitos en materia de delincuencia organizada no puede conjugarse sin reparos con los principios informadores del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal. La adopción, por tanto, de tales instrumentos legales para la investigación de la criminalidad organizada en el derecho nacional, no puede ser pacífica. Y es que resulta evidente la falta de congruencia que existe entre tales recursos legales y los principios fundamentales del derecho y proceso penal modernos; por ejemplo, el de igualdad procesal, presunción de inocencia e imparcialidad judicial. De ahí que hayan surgido incógnitas serias con respecto a la forma en que habrían de articularse tales estrategias en el marco del nuevo sistema de justicia penal.

### III. EL ARRAIGO

Como se ha dicho, la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, incorporó en el texto de la CPEUM las reglas y los principios del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal. Al mismo tiempo, apareció en el artículo 16, CPEUM, un párrafo que indica:

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

---

<sup>6</sup> Véase, ampliamente, González Cussac, José Luis, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de derecho: la doctrina del *derecho penal enemigo*”, *Revista Penal*, núm. 19, 2007, pp. 52-69.

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.

En esta porción del artículo 16, CPEUM, se habilitó una medida cautelar restrictiva de la libertad, que puede tener una duración máxima —incluyendo su prórroga— de ochenta días. Su concesión depende de la solicitud que realice el agente del Ministerio Público (de la Federación) en la que se justifique que la medida es necesaria: i) para el éxito de la investigación; ii) para la protección de personas o bienes jurídicos, o iii) por existir riesgo de evasión.

Esta medida cautelar recibió un tratamiento particular dentro del apartado de disposiciones transitorias del decreto de reforma constitucional de 2008; concretamente, por la vía del artículo décimo primero, que textualmente indica:

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

Esta medida será procedente siempre que sea necesaria 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.

De acuerdo con esta disposición transitoria, el arraigo (domiciliario) era una medida cautelar que sólo se podría utilizar en delitos graves —del orden común o federales— en tanto entraba en vigor el sistema procesal penal acusatorio y oral. En consecuencia, al ponerse en marcha de forma integral el nuevo sistema procesal penal (18 de junio del 2016), el arraigo sólo podrá utilizarse en casos de delincuencia organizada, esto es, conforme al artículo 16, CPEUM.

Por principio de cuentas, hay que reconocer que no se trata de una figura novedosa dentro de la geografía legislativa nacional, pero sí de un instrumento legal que ha adquirido rango constitucional, y que está dispuesto —en exclusiva— para la investigación de ciertos sectores de la criminalidad. En efecto, desde 1996 la figura se encontraba alojada en el artículo 12, LFDO. La reforma constitucional de junio de 2008 simplemente la elevó a rango constitucional. Por esa razón, el artículo 12, LFDO, debió ser ajustado al texto de la reforma mediante decreto publicado en el *DOF* el 23 de enero de 2009.

La cuestión a debatir en torno a esta figura procesal era —sobre todo a partir de la publicación del CNPP y del contenido de su artículo cuarto transitorio que marcaba una excepción derogatoria con respecto a la LFDO— cuál debía ser la ley procesal penal mediante la cual habrían de desahogarse los presupuestos que el propio artículo 16, CPEUM, recogía para la concesión del arraigo. Entre otros, interesaba resolver cuál era la autoridad judicial encargada de recibir y evaluar la solicitud ministerial de arraigo y, en su caso, resolver sobre su procedencia, así como, en el ámbito de los presupuestos que lo habilitan, cuál es la investigación cuyo éxito se persigue y que se ocupa como base para la solicitud de la medida cautelar.

Al respecto, conviene señalar que el artículo 155, CNPP, que contiene el listado de las medidas cautelares, no se refiere al arraigo, sino sólo reconoce dentro de ese catálogo (fracción XIII) el resguardo del inculcado *en su domicilio* con las modalidades que el juez disponga. Esta disposición coincide —en su naturaleza y efectos— con el desaparecido arraigo domiciliario, que, también como medida cautelar, podía utilizarse para dar continuidad a la investigación ministerial en delitos graves, de conformidad con el artículo décimo primero transitorio del decreto de junio de 2008.

Sin embargo, dada la temporalidad de la disposición transitoria que habilitaba —durante la *vacatio legis* de la reforma de 2008— el arraigo domiciliario, la medida cautelar de *resguardo domiciliario* resulta inconstitucional al día de hoy, por comportar una restricción a la libertad personal equivalente al desaparecido arraigo (domiciliario).

En cuanto al arraigo en materia de delincuencia organizada, el CNPP no incluye disposición alguna que lo regule.

Ahora bien, en cuanto a la autoridad judicial encargada de resolver sobre la petición del Ministerio Público, el CNPP, concretamente en su artículo 167, párrafo primero, señala:

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.

De acuerdo con este artículo, el juez de control es la autoridad judicial encargada de resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares de prisión preventiva y de resguardo domiciliario, que sólo pueden solicitar-

se excepcionalmente. Pero el resguardo domiciliario no podía entenderse equivalente a un arraigo en materia de delincuencia organizada. Y es que el artículo 16, CPEUM, no dispone un arraigo domiciliario, sino que descarga en la *ley* el señalamiento de “las modalidades de lugar y tiempo” bajo las cuales deba desarrollarse la medida cautelar.

Por tratarse de una cuestión exclusiva del régimen especial para la investigación y persecución de la delincuencia organizada, la *ley* a que se refiere el artículo 16, CPEUM, no puede ser otra que la LFDO. En su artículo 12, la LFDO indicaba que la medida cautelar de arraigo podría dictarse “con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud”, esto es, que no se trataba de una medida cautelar que debiera tener lugar en el *domicilio* del inculpado, sino en el sitio que al efecto señalara el Ministerio Público en su solicitud.

Así, difícilmente podía extenderse la competencia de los jueces de control para conocer y resolver sobre una medida cautelar de arraigo en materia de delincuencia organizada.

Por lo demás, en relación con *el éxito de la investigación*, que es uno de los presupuestos cuyo cumplimiento habilita al Ministerio Público para solicitar la medida cautelar, no se incluye precepto alguno en el CNPP que indique si la medida cautelar puede ser solicitada durante la investigación inicial o si, por el contrario, ha de esperarse la llegada de la audiencia inicial. Esta cuestión es de la mayor importancia si se tiene en cuenta que en el sistema procesal penal mixto (o también llamado *tradicional*), el arraigo era una medida cautelar que se autorizaba sin que mediara debate; por tanto, sería natural (y lógico) pensar en una solicitud de arraigo que se formulara durante la investigación inicial, cuya procedencia habría de resolver un juez de control.<sup>7</sup> Empero, se trataría de un juez de control que no estaba, como se ha visto, facultado para ello por el CNPP. Además, ese juez de control se estaría ocupando de resolver una solicitud ministerial de medida cautelar de arraigo sin que el imputado tuviera oportunidad de alegar.

Si la opción fuera, en cambio, debatir la medida cautelar de arraigo durante la audiencia inicial, la prisión preventiva oficiosa que reconoce el artículo 19, CPEUM, para los casos de delincuencia organizada, produciría la innecesariedad e inutilidad del arraigo, por cumplir, materialmente, el mismo propósito: otorgar mayor tiempo al Ministerio Público para continuar con la investigación.

En definitiva, el CNPP guarda silencio en relación con el trámite que debía darse a esta medida cautelar. Máxime si sucede, como en este caso,

<sup>7</sup> Véanse, en su texto reformado, los artículos 12 y ss., LFDO.

que el artículo cuarto transitorio del decreto con el que se publicara el CNPP se desmarca de todas aquellas disposiciones vinculadas con el tratamiento penal de la delincuencia organizada.

#### IV. EL COLABORADOR DE LA JUSTICIA

El crecimiento exponencial de la criminalidad organizada, así como la gravedad y frecuencia de los delitos que comúnmente la acompañan, hizo necesaria la creación de un régimen punitivo especial, que se dio a conocer el 7 de noviembre de 1996 con la publicación de la LFDO. En este régimen de excepción se incrustó la conocida figura del colaborador de la justicia.

Después de la reforma de junio de 2008, la figura del colaborador de la justicia apareció incluida en el artículo 20, CPEUM, concretamente, en su apartado “B”, fracción III, párrafo segundo. Su incorporación dentro del apartado “B” del artículo 20, CPEUM, obedece a las modificaciones que dicho numeral sufrió como consecuencia del decreto.

Así es, el artículo 20 constitucional recibió una de las modificaciones más significativas de la reforma constitucional. A partir de ese momento, este artículo se estructura en tres apartados. En el primero de ellos se integran los principios generales (y reglas) del proceso penal acusatorio. Las garantías del inculcado —que aglomeraba su entonces apartado “A”— se ubican como derechos de toda persona imputada en el nuevo apartado “B”; mientras que los derechos de la víctima u ofendido se trasladan al nuevo apartado “C”.

En el nuevo artículo 20 constitucional se aprecian referencias concretas a la delincuencia organizada. Una de ellas se encuentra, precisamente, en su apartado “B”, fracción III, párrafo segundo, que prevé la figura del colaborador de la justicia:

B. De los derechos de toda persona imputada:

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

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

La figura en sí misma, tanto como el arraigo, no es tan novedosa en nuestro orden jurídico nacional, sobre todo porque las hipótesis de colaboración con la autoridad —tanto como los beneficios que por éstas se pueden conceder— ya se encontraban previstas en la LFDO desde su entrada en vigor en 1996.

Estas fórmulas de colaboración con la autoridad han sido vistas, tradicionalmente, como una apuesta político-criminal, a través de la cual se persigue la obtención de información potencialmente privilegiada para la investigación, procesamiento y sanción de los delitos en materia de delincuencia organizada. La actual previsión constitucional implica, sin duda, elevar a rango supremo los beneficios que se pueden obtener por colaboración con la autoridad, especialmente conforme a los artículos 35 y 36, LFDO.

Así, desde el texto constitucional se dispone que todo imputado podrá gozar de los beneficios que prevea la ley cuando preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de la delincuencia organizada. Dicho de otra manera, en 2008 se constitucionalizó la posibilidad de conceder beneficios a quienes poseyendo, fundamentalmente, el carácter de imputado, colaboren con la autoridad en la persecución penal de la criminalidad organizada.

Este recurso a la colaboración con la autoridad ha encontrado cabida en diversas legislaciones y, ciertamente, al margen de sus implicaciones sustantivas y procesales —que no son pocas si se miran desde la óptica del irrestricto respeto del cuerpo de garantías que contempla la CPEUM en materia penal y procesal penal—, permite a las autoridades investigadoras, obtener información sobre la estructura, funcionamiento y operaciones de estos grupos criminales, siempre a cambio de la concesión de puntuales *beneficios* penales a favor del delincuente denominado *arrepentido*.<sup>8</sup>

De esta forma, se confirma la referida apuesta político-criminal a través de la cual se busca incentivar la disociación del imputado —no siempre espontánea—, respecto de la organización a la que hubiera pertenecido o con la que hubiera colaborado.

De forma complementaria con la separación del grupo, se suele requerir la colaboración del imputado, que, a cambio de alguno de los beneficios que señala la LFDO, aporta elementos de prueba que facilitan la investiga-

---

<sup>8</sup> Por influencia italiana se ha denominado *arrepentido* a aquel sujeto que, en su carácter de procesado o sentenciado por alguno o algunos de los delitos que así lo prevén, colabora con la autoridad para la identificación y captura de otros delincuentes, así como para la identificación y desarticulación de las bandas o grupos organizados a los que hubiera pertenecido o con los que hubiera colaborado. Véase, ampliamente, Ochoa Romero, Roberto Andrés, *op. cit.*, nota 2, pp. 73 y ss.

ción, detención, persecución, procesamiento y sanción de otros miembros de la delincuencia organizada, o bien de otros grupos criminales a los que hubiera pertenecido o con los que hubiera colaborado. La previsión permite, en definitiva, que la autoridad investigadora reciba información *potencialmente* privilegiada sobre la estructura, actividades y funcionamiento de diversas organizaciones criminales.

Los beneficios a que podía aspirar el colaborador de la justicia —de acuerdo con lo que disponía el artículo 35, LFDO, antes de la reforma de 2016—, podían producirse en diferentes momentos o etapas procesales, y siempre que se solventaran los presupuestos previstos para cada uno de ellos. De forma tal que los beneficios se graduaban según si la colaboración tuviera lugar durante la averiguación previa, durante el proceso penal, o bien en sede de ejecución de penas y medidas de seguridad.

En efecto, la concesión de los beneficios que reconocía la LFDO estaba supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos: por ejemplo, la comparecencia ante las autoridades con reconocimiento de los hechos en que se hubiera participado y, además, la colaboración activa con éstas a los efectos de identificar y detener a otros implicados. Incluso, en la mayoría de las legislaciones que prevén la figura se exige coadyuvar *eficazmente* a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o bien para impedir la actuación o el desarrollo de otras organizaciones o grupos criminales a los que se haya pertenecido o con los que se hubiera colaborado.

Pues bien, con independencia de las consecuencias que esta estrategia comporta desde la perspectiva de las garantías constitucionales penales, en algunas experiencias ha dado grandes resultados, por ejemplo en Italia, país del que proviene mayoritariamente su regulación.<sup>9</sup>

No obstante, la institución ha sido blanco de diversas y muy severas críticas por parte de la más calificada doctrina penal y procesal penal, particularmente por lo que ha supuesto, en el plano procesal, la asignación de una desmesurada potencialidad probatoria a los elementos de convicción proporcionados por el colaborador, lo que ha constituido —y efectivamente así ha sucedido en múltiples ocasiones— una flagrante vulneración del derecho a la presunción de inocencia,<sup>10</sup> y, en general, de otros principios fundamentales del proceso penal moderno.

---

<sup>9</sup> Pavarini, Massimo, “Lucha contra la criminalidad organizada y «negociación» de la pena”, *Nada personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, coordinados por Julio E. S. Virgolini y Alejandro W. Slokar, Buenos Aires, 2001, p. 24.

<sup>10</sup> Como señala González Cussac, “de la configuración constitucional del derecho a la presunción de inocencia deriva la interdicción de las presunciones *ius tantum e iuris et de iure*

Efectivamente, la problemática producida por el uso y abuso de los *arrepentidos* en el sistema penal conduce a la íntima imbricación que existe entre cuestiones penales de carácter sustantivo, y que en definitiva tienen relevancia político-criminal, y suponen una apuesta legislativa cargada de sentido político, y otra suerte de problemática, así se reitera, completamente interconectada, cual es la estrictamente procesal penal, y que forma parte de la más amplia teoría de la prueba; en concreto, cuestiones como la admisibilidad y valoración de la misma, y que, consistiendo en la admisibilidad y la valoración de la declaración del coimputado que señala a otro como coautor o partícipe en una actividad delictiva, representa infinidad de problemas valorativos.

A pesar de todo ello, la reforma constitucional de 2008 incorporó en el texto del artículo 20, apartado “B”, fracción III, la posibilidad de obtener beneficios por colaboración con la autoridad en la persecución y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada.

Los beneficios —que no son poca cosa desde la perspectiva penal y procesal penal—, pueden consistir:<sup>11</sup> i) en la renuncia a la persecución de los hechos imputables al colaborador, cuando éstos se descubran por virtud de su participación en la investigación (averiguación previa); ii) en una reducción de hasta dos terceras partes de la pena que le correspondería por los delitos cometidos, cuando la derrama de información tenga lugar durante la tramitación de una averiguación previa y sea suficiente para consignar a otros miembros de la criminalidad organizada; iii) en la reducción de hasta una mitad de las penas que le corresponderían al colaborador por los delitos

---

respecto de los hechos. De modo que, con independencia del tipo de delito de que se trate, como señalara la STC 87/2001, de 2 de abril «en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum* sea con una presunción *iuris et de iure*. La primera modalidad de presunción *iuris tantum* no es admisible constitucionalmente ya que, como declaró la STC 105/1988, produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el art. 24.2 CE. Y la segunda modalidad, la presunción *iuris et de iure*, tampoco es lícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, puesto que prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos, por un lado, de descargar de la prueba a quien acusa y, por otro, de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende, si es que opta por la posibilidad de probar su inocencia, efectos ambos que vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia». Por ello, “en sede de presunción de inocencia debe hacerse referencia al «enemigo arrepentido» y en particular al valor probatorio de sus testimonios como prueba de cargo, debiéndose considerar los beneficios legales obtenidos a cambio. Ya el TEDH calificó como «testigo sospechoso» a aquél que obtiene ventajas al declarar en un determinado sentido, y por ello viene exigiendo que las declaraciones de éstos tengan que ser corroboradas por otras pruebas”. González Cussac, José Luis, *op. cit.*, nota 3, p. 64.

<sup>11</sup> Según texto de la LFDO anterior a la reforma de 2016.



por los cuales se le sigue el proceso penal, cuando los elementos aportados constituyan pruebas *ciertas, suficientes* para sentenciar a otros sujetos con funciones de administración, supervisión o dirección de la organización criminal, y iv) en la remisión parcial de la pena privativa de la libertad hasta en dos terceras partes cuando el colaborador sentenciado facilite pruebas *ciertas, suficientemente* valoradas por el juez, para condenar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, supervisión o dirección.

Además, en la LFDO se prevé un régimen diferenciado de ejecución penal para aquellos miembros de la delincuencia organizada que hayan prestado ayuda eficaz en la persecución del delito y, especialmente, que hayan colaborado en el procesamiento de otro u otros de sus miembros a través de cualquiera de las modalidades colaborativas que establece la ley. Así, los colaboradores de la justicia podrán compurgar las penas que se les impongan en establecimientos penitenciarios distintos a aquellos en donde se encuentren otros miembros de la delincuencia organizada no colaboradores; podrán acceder al régimen de libertad preparatoria y de condena condicional, así como a otros beneficios en el ámbito de la ejecución penal.

En definitiva, la reforma constitucional de 2008 insertó en el artículo 20, apartado “B”, fracción III, CPEUM, la previsión de un régimen diferenciado de tratamiento penal y procesal penal que privilegia a quienes deciden colaborar con la autoridad a cambio de obtener los beneficios que precisa la ley, los cuales se traducen, según se ha dicho, en importantes reducciones de las penas que les corresponderían por los delitos cometidos, o bien en puntuales beneficios de orden penitenciario.

La previsión de tal posibilidad y, lo que es más, su elevación a rango constitucional, oficializan el premio a la colaboración para quien se encuentra involucrado en una investigación o, en su caso, en un proceso penal, por los delitos a los que se ciñe la LFDO. Pero como la obtención de los diferentes beneficios está condicionada al mayor o menor cúmulo de información que pueda aportar el (ex) miembro de la delincuencia organizada, se produce un amplio e indeseable margen de maniobra y de negociación de la responsabilidad penal, que privilegia a quien más sabe, y quien más sabe es, precisamente, el director, administrador o supervisor de la organización criminal; esto es, aquellos a quienes la LFDO sanciona con mayores penas de prisión.

Y es precisamente esa posibilidad de negociar *oficialmente* la responsabilidad criminal y de beneficiar a quien más sabe, lo que hace cuando menos cuestionable la necesidad de su previsión constitucional.

Por lo demás, la operatividad de las diferentes hipótesis del artículo 35, LFDO, dependía de la manufactura misma del proceso penal. En su texto anterior a la reforma de 2016, los beneficios previstos en el artículo 35, LFDO, dependían: i) de la inexistencia de una averiguación previa en contra del colaborador; ii) de la existencia de una averiguación previa en contra del colaborador; iii) de su colaboración durante el proceso penal, o bien, iv) de su colaboración durante la ejecución penal.

Al respecto, era necesario resolver cómo podrían producirse tales supuestos de colaboración con la autoridad en el nuevo sistema procesal penal y, muy concretamente, a través del CNPP. Para ilustrar esta cuestión, se tomará como marco legal de referencia el contenido de los artículos 35 y 36, LFDO, en su texto anterior a la reforma de 2016:

El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;

II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;

III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y

IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

### 1. *La fracción I del artículo 35*

Para que pudiera ser otorgado el beneficio a que aludía la fracción I del artículo 35, LFDO, se requería que no existiera averiguación previa en contra del colaborador. Así, los elementos de prueba que aportara, o bien

los que derivaran de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serían tenidos en cuenta en su contra. Se trataba, básicamente, de incentivar la entrega de información a cargo del colaborador, a cambio de una patente de impunidad.

Por principio de cuentas, el procedimiento penal de averiguación previa deja de existir (con todas sus implicaciones) en el nuevo sistema de justicia penal. El instrumento material que aglomera las constancias de la investigación recibe ahora el nombre de carpeta de investigación. En ésta se incorporan todos aquellos antecedentes de investigación desde los cuales se pueden derivar los datos de prueba que permiten, en su caso, el ejercicio de la acción penal.

Pero al margen de su denominación —que es, sin duda, lo menos importante— era necesario resolver cómo articular, en el nuevo sistema de justicia penal, un caso de colaboración con la autoridad como el que aquí se planteaba.

A diferencia del proceso penal mixto o tradicional en el que la investigación del delito se realizaba de forma integral durante el procedimiento de averiguación previa, la investigación del delito en el nuevo sistema de justicia penal se desarrolla en dos fases: i) investigación inicial, y ii) investigación complementaria.<sup>12</sup>

La investigación inicial arranca con la presentación de la denuncia o querrela sobre un hecho que la ley señale como delito, o bien con la puesta a disposición de una persona por virtud de haber sido detenida en el momento de estar cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido. Para llegar a la investigación complementaria, hace falta que el Ministerio Público ponga el asunto en manos del juez de control correspondiente y, además, se hayan llevado a cabo los actos procesales propios de la audiencia inicial.

En estas condiciones, la hipótesis del artículo 35, fracción I, LFDO (en su texto anterior), sólo podía presentarse en los casos en que no existiera ninguna investigación criminal alguna (carpeta de investigación) en contra del colaborador.

Sin embargo, todavía hacía falta definir qué habría de entenderse por “elementos de prueba”. Evidentemente, no podía tratarse de *pruebas* en sentido estricto, pues éstas sólo pueden desahogarse en la audiencia de juicio. Además, si la derrama de información se realizaba frente al agente Minis-

---

<sup>12</sup> Véase, artículo 211, fracción I, CNPP.

terio Público, éste no tendría facultades para decidir si la información que entrega el colaborador tiene la categoría de *elemento de prueba*.<sup>13</sup>

Así, el beneficio previsto en esta fracción sólo podría verificarse si el colaborador decide acudir ante el Ministerio Público para entregar la información que permitiera el inicio de una investigación criminal. Por tanto, se trataba de una *notitia criminis*, a la que se podían acompañar ciertos elementos (por ejemplo, documentos) de los que se pudieran derivar datos de prueba.

## 2. La fracción II del artículo 35

En el caso de la fracción II del artículo 35, LFDO, se requería de la existencia de una averiguación previa en la que el colaborador estuviera implicado. Como ya se dijo, el procedimiento penal de averiguación previa deja de existir en el nuevo sistema de justicia penal.

En esta fracción se exigía que el colaborador aportara *indicios* para *consignar* a otros miembros de la delincuencia organizada. En efecto, aquí se requería que el colaborador aportara información que resultara útil para ejercitar la acción penal en contra de otros miembros de la criminalidad organizada.

En este caso, se podía pensar en que la colaboración con la autoridad debía desarrollarse durante la etapa de investigación inicial, dado que el beneficio se condicionaba a la *consignación* de otras personas. Sin embargo, el supuesto no se refería exclusivamente a consignar a quienes se encuentren involucrados con el colaborador en la misma investigación. Al contrario, se dejaba abierta la posibilidad para que los *indicios* que aportara el colaborador permitieran ejercitar la acción penal en cualquier otra indagatoria, siempre que existiera una investigación en la que el colaborador estuviera implicado.

---

<sup>13</sup> Es importante señalar que el artículo 20, apartado “B”, fracción V, párrafo segundo, CPEUM, señala que “en delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra”. En este sentido, era posible que las manifestaciones que realizara el colaborador, así como otras actuaciones que pudieran realizarse a propósito de su colaboración, pudieran tener valor probatorio *anticipado* durante la etapa de investigación (inicial). Sin embargo, se trataba, igualmente, de una cuestión que no desarrollaba el CNPP y, por ello, se desconocía —entre otros— cuáles pudieran ser los casos en que las actuaciones *no pudieran ser reproducidas en juicio*.

De suerte tal que la colaboración con la autoridad ministerial podría tener lugar en cualquiera de las dos etapas de la investigación, aun cuando el beneficio quedara condicionado a que, formalmente, se ejercitara la acción penal en contra de otros miembros de la delincuencia organizada.

Ahora bien, el beneficio consistía en la aplicación de una circunstancia atenuante específica, que *podía* producir una reducción de hasta dos terceras partes de las penas que le corresponderían al colaborador por los delitos cometidos. Evidentemente, el beneficio sólo podía tener lugar una vez que se hubiera declarado la responsabilidad penal del colaborador en la etapa de juicio. Así, resultaba muy cuestionable —desde el principio de imparcialidad judicial—, que la autoridad que se beneficia de la información (en este caso el Ministerio Público de la Federación) no fuera la que concediera el beneficio. Muy por el contrario, se trataba de una cuestión que el Ministerio Público habría de poner en manos del juez de control para su incorporación en el auto de apertura a juicio.

Lo que es más, la cuestión habría de ser discutida durante la audiencia de individualización de sanciones y reparación del daño, toda vez que la concesión del beneficio quedaba supeditada a la decisión del juez. Y sería sólo el juez de sentencia el que podría ponderar, escuchando al Ministerio Público, si aprecia en el caso concreto una circunstancia atenuante específica y, por tanto, concede la reducción de la pena hasta en dos terceras partes.

En definitiva, la autoridad que está llamada (constitucionalmente) a conceder el beneficio, no es la que recibía y utilizaba la información que aportaba el colaborador. La concesión del beneficio exigía, por tanto, que el agente del Ministerio Público comunicara al juez de sentencia tal circunstancia, a los efectos de que éste decidiera si debía apreciarse la circunstancia atenuante.

Por último, la fracción II del artículo 35, LFDO, podía encontrarse en el camino con el supuesto del artículo 256, fracción V, CNPP. Así es, el artículo 256, fracción V, CNPP, recoge un supuesto de colaboración con la autoridad en clave de criterio de oportunidad:

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público ponderará el ejercicio de la acción penal sobre la base de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido o ésta manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación de lo cual deberá dejarse constancia.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

...

V. Cuando el imputado aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio. En estos supuestos, los efectos del criterio de oportunidad se suspenderán hasta en tanto el imputado beneficiado comparezca a rendir su declaración en la audiencia de juicio;

En este supuesto, la colaboración eficaz con la autoridad para la persecución de un delito más grave —acompañada de la detención de un imputado diverso— puede traer consigo la extinción de la acción penal. De tal suerte que si la información que aportaba el colaborador permitía la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada (artículo 35, fracción II, LFDO, en su texto anterior) y, posteriormente, se lograba su detención, cabía la posibilidad de que se aplicara el artículo 256, fracción V, CNPP, en lugar (o en perjuicio) del 35, fracción II, LFDO. Esta situación se mantiene con la actual regulación.

La cuestión a debatir era, nuevamente, el artículo transitorio cuarto del decreto del 5 de marzo de 2014. En esta disposición se dice que el CNPP no deroga las disposiciones relativas al tratamiento penal de la delincuencia organizada. ¿Debía (y debe), por esa razón, aplicarse una circunstancia atenuante específica en lugar de una causa de extinción de la acción penal?

### 3. *La fracción III del artículo 35*

La fracción III del artículo 35, LFDO, preveía un supuesto de colaboración con la autoridad durante el proceso penal.

En el nuevo sistema de justicia penal —de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 211, párrafo tercero, CNPP—,<sup>14</sup> el proceso da inicio con la audiencia inicial, y concluye con la emisión de la sentencia firme. Por tanto, este supuesto de colaboración podía tener lugar a partir de la audiencia inicial.

La colaboración que se exigía en esta fracción consistía en aportar “pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión”. El beneficio, por su parte, podía consistir —según lo decidiera el órgano jurisdiccional— en una reducción de hasta una mitad de las penas correspondientes a los delitos por los que se juzgara al colaborador.

<sup>14</sup> Véase artículo 19, párrafo quinto, CPEUM, y, artículo 170, fracción I, párrafo quinto, de la Ley de Amparo.

Llevada la cuestión al ámbito del nuevo sistema procesal penal, la colaboración habría consistido en aportar *pruebas ciertas* durante la investigación complementaria, en la etapa intermedia, o bien durante la etapa de juicio, pues todas ellas quedan dentro del proceso penal. En este sentido, hay que subrayar la imposibilidad de que el colaborador pudiera aportar *pruebas ciertas*, toda vez que éstas sólo pueden calificarse así cuando han sido desahogadas en la audiencia de juicio.

Por lo demás, las *pruebas ciertas* que aportara el colaborador debían ser *suficientes para sentenciar* a otros miembros de la delincuencia organizada que tuvieran funciones de supervisión, dirección o administración; esto es, quienes participaran en la toma de decisiones dentro de la organización. Si el beneficio quedaba, entonces, supeditado a la emisión de una sentencia (de condena) en contra de otros miembros de la criminalidad organizada, quien debería valorar tales *pruebas* era el órgano jurisdiccional, concretamente, el juez de la etapa de juicio.

Por tanto, si es válido aportar las designadas *pruebas ciertas* durante la etapa de juicio —por estar dentro del proceso penal—, se trataría de elementos de convicción que no fueron ofrecidos por ninguna de las partes con la oportunidad debida para trabar medios de prueba. Su desahogo en la audiencia de juicio sería, por tanto, ilegal. Si se observa la cuestión desde la perspectiva de un coimputado (cuando se trate de un compañero de proceso), se estarían valorando elementos de convicción que no fueron puestos a su disposición para preparar su defensa.

Finalmente, si las *pruebas ciertas* que ofreciera el colaborador durante la etapa de juicio tienen que ver con otros miembros de la delincuencia organizada que no enfrentan el mismo proceso que el colaborador, se estarían asignando a la autoridad judicial, funciones de investigación que, desde luego, no le corresponden, conforme al artículo 21, CPEUM.

#### 4. La fracción IV del artículo 35

En la última fracción del artículo 35, LFDO, se preveía la posibilidad de que un sentenciado colaborara con la autoridad.

La clave de colaboración que se exigía en esta fracción consistía en aportar “pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión”. El beneficio que se ofertaba en este supuesto consistía en la remisión parcial de la pena hasta en dos terceras partes de la privativa de la libertad que se le hubiera impuesto al colaborador.

Las *pruebas ciertas* que se exigían como presupuesto para la concesión del beneficio habrían de ser valoradas por el juez para dictar una sentencia en contra de otros miembros de la delincuencia organizada. Por tanto, este juez no podía ser otro sino el de la etapa de juicio. De tal suerte que el sentenciado aportaría pruebas ciertas —en cualquier proceso penal— para que, previa valoración que realizara el juez correspondiente, se emitiera una sentencia en contra de otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión.

El receptor de los elementos probatorios sería, directamente, el juez de la etapa de juicio; sin necesidad de que tales elementos fueran ofrecidos (formalmente) al proceso por alguna de las partes. Así, se asignarían a la judicatura, nuevamente, funciones de investigación. La concesión del beneficio, por su parte, tendría que haber sido evaluada por el juez de ejecución penal. De forma que, nuevamente, la autoridad que utilizara la información no sería la que finalmente decidiera si debe (o no) otorgarse el beneficio.

En estas condiciones, las violaciones al debido proceso legal y, muy particularmente, al régimen de incorporación de los elementos que puedan ser desahogados como prueba durante la audiencia de juicio, no se hacían esperar.

##### 5. *El particular supuesto del artículo 36, LFDO*

Dentro del grupo de supuestos de colaboración con la autoridad que recogía la LFDO en su texto anterior a la reforma de junio del 2016, se encontraba el artículo 36. En este numeral se preveía una peculiar hipótesis de colaboración en la que se involucraban (y mezclaban) los distintos actores del proceso penal:

En caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colabore con el Ministerio Público de la Federación, a solicitud de éste se le podrán reducir las penas que le correspondieran hasta en tres quintas partes, siempre y cuando, a criterio del juez, la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de prueba y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador.

En este supuesto se requería, en primer lugar, que existieran pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colaborara con el Ministerio Público.



Se trataba, también, de una circunstancia atenuante específica que operaba bajo ciertos esquemas de colaboración, y que podía traer consigo la reducción de hasta tres quintas partes de la pena que le correspondería al colaborador por el delito cometido. En este supuesto se requería que el colaborador aportara información que, previa corroboración, condujera a la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que aquél.

Es evidente que, en este supuesto, se volvían a asignar funciones de investigación al órgano jurisdiccional. Y es que tendría que haber sido la autoridad judicial (juez de sentencia) la que, finalmente, habría de corroborar los elementos de convicción proporcionados por el colaborador ante el Ministerio Público, y determinar su relevancia para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada.

Como resulta evidente, la consecuencia de la colaboración debía ser la detención (y procesamiento) de otros miembros de la delincuencia organizada. Así, la viabilidad de la detención habría de definirla el juez sobre la base de la información que aportara el colaborador. Pero la detención de una persona no es una función que se tenga asignada a la autoridad judicial, lo que traía consigo un injustificado rompimiento del marco constitucional que la rige, con el solo pretexto del *combate* a la criminalidad organizada.

Por lo demás, el beneficio (atenuación de la pena) debía ser solicitado por el Ministerio Público de la Federación, y operaría, siempre y cuando, a criterio del órgano jurisdiccional, la información aportada se encontrara debidamente corroborada por otros elementos probatorios y fuera relevante para la detención y procesamiento de otros integrantes de la organización criminal de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador.

Así, el Ministerio Público era la autoridad que recibía la información. Posteriormente, comunicaría dicha circunstancia al juez —que no podía ser otro que el de la etapa de juicio en tanto el beneficio habría de reflejarse en la sentencia—, para que éste a su vez verificara si la información se encontraba corroborada por otros *indicios de prueba* y si, por tanto, era relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada. De esta forma, se planteaba una suerte de negociación de la responsabilidad criminal que tenía lugar entre el colaborador, el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional, lo que producía un evidente rompimiento del principio de tercioedad en la posición del juez.

Ahora bien, las condiciones que se planteaban para la aplicación de esta figura suponían la concesión de un importante beneficio para los colaboradores de mayor jerarquía dentro de una organización criminal.

Efectivamente, para que el cooperador pudiera prestar *ayuda eficaz* a los órganos de administración de justicia (a través del Ministerio Público), aportando elementos de particular importancia para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada *de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador*, debía tratarse de alguno de los principales dirigentes o *jefes* de alguna organización criminal, pues serían ellos los que poseyeran, en régimen de privilegio, datos potencialmente relevantes en contra de otros sujetos de mayor peligrosidad o jerarquía.

Como puede verse, la utilización de la figura no podía aceptarse sin reparos en el nuevo sistema de justicia penal. Y es que, en este caso, las funciones del Ministerio Público (de la Federación) se fundían y confundían con las del órgano jurisdiccional, lo que producía una franca violación, por lo menos, del artículo 21 párrafos primero y tercero, CPEUM.

## V. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se ha intentado resolver el sentido del artículo cuarto transitorio del decreto del 5 de marzo de 2014; especialmente, se ha querido definir si era desde el CNPP desde donde se habilitaría el tratamiento legal de los instrumentos legales de excepción previstos para los casos de delincuencia organizada.

El cuestionamiento era absolutamente válido en tanto la propia disposición transitoria cuarta señala que se derogan todas las normas que se opongan al decreto, “con excepción de las leyes relativas a la jurisdicción militar así como de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”. Al día de hoy puede verse que la respuesta a tal pregunta era negativa, pues han debido ajustarse, recientemente, un buen número de preceptos de la LFDO para dar salida a estas formas especiales de investigación del delito, sin acudir al diseño de un apartado especial dentro del CNPP.

Por tanto, si el CNPP es aplicable también para los casos de delincuencia organizada, las disposiciones (de excepción) contenidas en la LFDO deben tener, de alguna manera, capacidad de realización en el marco del nuevo sistema de justicia penal.

Pues bien, para resolver si es posible conjugar ambos ordenamientos (o sistemas), fueron seleccionadas dos instituciones propias del régimen punitivo especial para la delincuencia organizada, que al día de hoy cuentan con reconocimiento constitucional: i) el arraigo, y ii) la colaboración con la justicia.

En cuanto a la medida cautelar de arraigo, el CNPP no se refiere a ella en el catálogo de medidas de su artículo 155. Sin embargo, si se trata de una

medida cautelar, su procedencia habría de debatirse durante la audiencia inicial, y, de ser concedida, desarrollarse durante la investigación complementaria. Sin embargo, en ese supuesto se pulveriza la necesidad y utilidad de la figura, por razón de que, en casos de delincuencia organizada, el artículo 19, párrafo segundo, CPEUM, mandata la prisión preventiva oficiosa que, materialmente, tendría los mismos efectos que el arraigo.

Sin embargo, el arraigo no fue concebido en ese sentido, sino que originalmente se visualizó como un mecanismo de tránsito entre la averiguación previa y el proceso penal, que permitiera al Ministerio Público, continuar con la investigación antes de acudir ante el órgano jurisdiccional para dar inicio al proceso. Sobre todo, se trata de un mecanismo que permite asegurar al inculpado —con las consecuencias que ello comporta desde el principio de presunción de inocencia— para, posteriormente, ponerlo a disposición de la autoridad judicial mediante una orden de aprehensión. La cuestión, por tanto, no parece encontrar cabida en el nuevo sistema de justicia penal.

La segunda institución que ha sido objeto de análisis es la colaboración con la justicia. Esta figura fue incorporada al texto constitucional mediante decreto del 18 de junio de 2008. El mismo decreto que estableció en nuestra norma suprema los principios y las reglas del proceso penal acusatorio y oral.

En el mismo contexto, se ha querido verificar si los distintos supuestos de colaboración con la autoridad que aglomeran, concretamente, los artículos 35 y 36, LFDO, pueden desarrollarse dentro de los márgenes que dispone el nuevo sistema de justicia penal. La propuesta legislativa que se coloca en la fracción I del artículo 35, LFDO, parece no tener problemas en la práctica, pues se trata de una patente de impunidad.

Sin embargo, en lo que respecta al resto de las fracciones del mismo artículo 35, LFDO, la asignación de beneficios en clave de reducción de las penas a modo de circunstancias atenuantes específicas, o bien de remisión parcial de la pena, compromete el debido proceso en el ámbito de la prueba y asigna funciones de investigación a la judicatura.

En efecto, cuando ha de ser el juez la autoridad que defina si la derrama de información que se exige al imputado en clave colaboracionista es o no suficiente para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada, o bien si la información se encuentra corroborada con otros indicios de prueba para efectos de detener y procesar a otros sujetos de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador (artículo 36, LFDO), se difumina la imparcialidad judicial y se alteran las funciones que vocacional y constitucionalmente le corresponden a la judicatura.

El nuevo sistema de justicia penal no reconoce (ni pretende habilitar), aun en los casos de excepción, jueces inquisidores.

Las dificultades que se presentan al momento de trazar una línea de correspondencia entre los principios y reglas del sistema procesal penal de corte acusatorio y oral, con los instrumentos legales especiales dispuestos para la investigación, persecución, procesamiento y sanción de los delitos que se comenten en el seno de la criminalidad organizada, son obvias. Y son obvias en tanto tales instrumentos de excepción se conciben dentro de una estrategia político-criminal de lucha o de guerra, y por ello forman parte de la más pura estrategia legislativa de emergencia, mientras que el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal pretende privilegiar los derechos dimanantes de la dignidad humana.

En definitiva, la incorporación del CNPP al régimen de supletoriedad a que alude el artículo 7o. LFDO —en sustitución del Código Federal de Procedimientos Penales—, puede acarrear serias violaciones a los principios sobre los que descansa el nuevo sistema procesal penal. Habrá que esperar, en el corto y mediano plazo, las respuestas del Poder judicial de la Federación para resolver si las nuevas disposiciones de la LFDO solventan las inconsistencias interpretativas (y aplicativas) que se advirtieron, durante más de dos años, entre ésta y el CNPP.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- CUERDA ARNAU, María Luisa, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi, “Emergenza penale e crisi della giuridizione”, *Dei Delitti e delle pene*, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, “Ravvedimento processuale e inquisizione penale”, *Questione Giustizia*, 1982.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 4a. ed., México, Porrúa, 2010.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político”, *Poder Judicial*, núm. 10, 1984.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de derecho: la doctrina del *derecho penal enemigo*”, *Revista Penal*, núm. 19, 2007.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010”, en Gonzá-

- lez Rus, Juan José (dir.), *La criminalidad organizada*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA, Pablo, *El delito de delincuencia organizada. Ideas para argumentar su inconstitucionalidad*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1989.
- MUSCO, Enzo, “Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas”, trad. de Virginia Sánchez López, *Revista penal*, julio de 1998.
- OCHOA ROMERO, Roberto Andrés, *Justicia penal y colaboración con la autoridad*, México, Ángel Editor, 2006.
- PADOVANI, Tullio, “La soave Inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento””, *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981.
- PAVARINI, Massimo, “Lucha contra la criminalidad organizada y «negociación» de la pena”, *Nada personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, Virgolini, Julio E. S. y Slokar, Alejandro W. (coords.), Buenos Aires, 2001.
- QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *La justicia penal y los denominados arrepentidos*, Madrid, Edersa, 1996.
- VERCHER NOGUERA, Antonio, “Terrorismo y reinserción social en España”, *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 2, 1994.

## OBLIGACIONES ESTATALES EN MATERIA PENITENCIARIA: EL TRASLADO DE LAS GARANTÍAS DEL JUICIO JUSTO A LA EJECUCIÓN PENAL

Luis Javier PINEDA GONZÁLEZ\*

SUMARIO: I. *Marco contextual.* II. *Delimitación del objeto de análisis.* III. *Legislación internacional y local al respecto de la ejecución de la pena: estatus normativo.* IV. *¿En qué consiste el traslado de las garantías del juicio justo a la ejecución penal?* V. *Propuestas y perspectivas de la Ley Nacional de Ejecución Penal.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

### I. MARCO CONTEXTUAL

El 31 de julio de 2017 se publicó por primera vez la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2016, que arrojó resultados impactantes en materia penitenciaria, y que permiten visibilizar las violaciones a derechos humanos a las que están sujetas las personas privadas de la libertad.<sup>1</sup> La publicación de esta encuesta se presenta bajo un entorno de críticas y ataques al sistema penal acusatorio instaurado y puesto en marcha en nuestro país en junio de 2016.

De acuerdo con el dictamen aprobado por la Cámara de Diputados respecto de la reforma constitucional de 2008, el nuevo sistema de justicia penal suponía la introducción de la jurisdicción penitenciaria como uno de sus ejes rectores. En aquella reforma, el Estado mexicano se propuso “limitar la facultad del Ejecutivo únicamente a la administración de las prisiones

---

\* Consultor del Área de Gobierno en Integralia Consultores, con experiencia en temas de transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrupción. Es licenciado en derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y candidato a maestro en derechos humanos y garantías por la misma institución.

<sup>1</sup> Para el levantamiento de la ENPOL 2016 se visitaron 338 centros penitenciarios de los ámbitos federal, estatal y municipal en las 32 entidades federativas, cubriendo la totalidad de los centros habitados en el país entre octubre y diciembre de 2016.

y otorgar la facultad de ejecutar lo juzgado al Poder Judicial ... en aras de que la totalidad de las facetas que componen el procedimiento penal queden bajo el control jurisdiccional”,<sup>2</sup> lo que suponía un cambio radical en la forma de impartir justicia, y que se traduciría en beneficios para las personas privadas de la libertad, dado que el examen de legalidad del proceso penal no finalizaría con la sentencia.

Dicha reforma colocó en un escalafón preponderante el debido proceso y el respeto a las garantías que nuestro texto constitucional establece en materia penal, ya que durante la formulación del dictamen el objeto era la democratización de la etapa de ejecución de las sanciones en la materia.

Sin embargo, la democratización de los procesos de ejecución de la pena, su normativa y las políticas penitenciarias no pueden ser comprendidas o desarrolladas racionalmente sin un conocimiento de la realidad social que produce el encarcelamiento. Es precisamente la ENPOL el instrumento estadístico que permite documentar las violaciones a derechos y la ausencia de garantías que las personas en reclusión enfrentan de manera cotidiana.

A su vez, la misma reforma implicaba un cambio en el objetivo de la pena. El fin de los centros penitenciarios sería la reinserción<sup>3</sup> o reintegración a la sociedad de las personas al cumplir con su condena, sustituyendo el viejo modelo de readaptación para su posterior incorporación. No obstante, las prisiones continúan siendo lugares donde sistemáticamente se violan derechos humanos: el 24.3% de la población privada de la libertad recibió amenazas o presiones para declararse culpable; el 31.9% se sintió inseguro en el centro penitenciario donde está internado, y el 19.1% lo hizo al interior de su celda.

Durante su estancia en el centro penitenciario, 33.2% de estas personas han sido víctima de algún delito: 89.2% fue víctima de robo de objetos personales, 24.6% sufrió lesiones y 20.1% fue víctima de *extorsión*. A su vez,

---

<sup>2</sup> Sarre, Miguel. “Art. 18: Sistema penitenciario para adultos. Ejecución de sanciones y medidas penales privativas de la libertad”, separata de obra publicada con diferente denominación en: *Constitución comentada sobre derechos humanos. jurisprudencia constitucional e interamericana*, Caballero Ochoa, José Luis y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, pp. 22 y 23.

<sup>3</sup> A propósito de la reinserción, el 94% de las personas privadas de la libertad a nivel nacional consideró que podría tener *reinserción familiar* una vez cumplida su condena. Sin embargo, 40.1% manifestó que podría lograr una *reinserción social* al abandonar el centro penitenciario. Durante 2016, a nivel nacional, 71.1% de la población privada de la libertad realizó alguna *actividad laboral* y 31.3% se inscribió en *programas educativos*. De la población no inscrita en algún programa educativo, 31.9% *no tuvo interés* en seguir estudiando, y a 13.4% *no se le permitió inscribirse* (ENPOL, 2016).

39.3% de la población privada de la libertad fue víctima de actos de corrupción en al menos una de las etapas relacionadas con su reclusión, y el 66.4% pagó por exentar el pase de lista como una forma de corrupción al interior del centro penitenciario. El ciclo vicioso concluye con la ausencia de mecanismos eficientes para la protección de las personas privadas de la libertad, dado que el 94.2% de las víctimas de actos de corrupción no presentaron una queja o denuncia.

Todas estas violaciones se traducen en el incumplimiento de obligaciones por parte del Estado mexicano en doble vía. En primer lugar, se incumplen obligaciones estatales asumidas a través de la ratificación de ordenamientos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas, entre otros.

En segundo lugar, el Estado mexicano incumple con su obligación constitucional promover, respetar, proteger, pero sobre todo de garantizar los derechos humanos (de las personas privadas de la libertad), de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Por lo tanto, el Estado ha fallado en sus tareas de prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones a los derechos humanos de las personas en reclusión.<sup>4</sup>

Por todo lo anterior, el propósito del presente texto es formular un planteamiento que permita visibilizar la trascendencia del tema a través del conocimiento de la legislación internacional y local sobre la ejecución penal, conocer el contenido mínimo que conforma las garantías constitucionales durante la etapa de ejecución (bajo el sistema penal acusatorio) y señalar un par de propuestas y perspectivas de contenidos mínimos y controles de legalidad durante la ejecución de las penas (que deberían verse reflejadas en una ley), con el objetivo de que pueda traducirse en una batería de beneficios para las personas privadas de la libertad.

## II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

La propuesta es sencilla: hacer un esbozo de los mecanismos de defensa que tiene el recluso, bajo la óptica de las garantías sustantivas y procesales (con énfasis en estas últimas), sobre el ámbito de acción de la administración penitenciaria, para de esta forma mantener un control de legalidad al interior de los centros de detención. La importancia del tema se concentra en que

---

<sup>4</sup> *Artículo 1o.*, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



el proceso penal es una serie discontinua de actos que afecta o puede afectar al imputado en determinados momentos. La prisión, en cambio, constituye una situación que trae aparejada una serie continua y permanente de actos que afectan cotidianamente a la persona encarcelada. La relación entre reclusos y guardias, a diferencia de las relaciones procesales, es constante, impredecible, inevitable, no reglada formal o materialmente, no impugnable.<sup>5</sup>

Ante el objetivo de poder materializar la reorganización total del sistema penitenciario bajo un sistema de pesos y contrapesos que garantice el adecuado respeto a los derechos inherentes de las personas en reclusión, se llevará a cabo el análisis del apartado de justicia de nuestro texto constitucional (bloque compuesto por los artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 22). Nuestro objetivo último, la judicialización de la ejecución de las sanciones penales.

Para ello, es necesario dilucidar en primera instancia el contenido obligatorio del artículo 1o. constitucional, que dispone de cuatro obligaciones específicas en materia de derechos humanos: promover, respetar, proteger, y garantizar. Esta última merece atención especial, dado que es una obligación positiva, encaminada a la acción, e implica para el Estado mexicano el deber de organizar todo su aparato gubernamental, de tal manera que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

La obligación de garantizar contenida en el artículo 1o. implica y se desdobra a su vez en tres obligaciones relacionadas con derechos humanos, como la de investigar, enjuiciar y sancionar bajo los parámetros de un debido proceso (aun en reclusión) que sea imparcial, que cuente con independencia objetiva y subjetiva, que sea competente, que se desarrolle en un plazo razonable y que permita una representación adecuada.

Entonces, para que la pena privativa de la libertad se aplique de manera que no vulnere la dignidad de las personas se debe contar con un debido proceso específico —para el caso, un debido proceso penitenciario—, que permee la ejecución de sanciones y las medidas disciplinarias que se determinen. Para ello, surge la necesidad de un “control judicial para evitar que los poderes disciplinarios y administrativos vacíen de contenido los principios garantistas que inspiran la Constitución”.<sup>6</sup>

En suma, se busca identificar el contenido mínimo (obligaciones mínimas que garanticen contenidos también mínimos de derechos) para la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad. Por lo tanto, garantías constitucionales como el acceso a la justicia, la plena ejecución de

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>6</sup> Sarre, Miguel, *op. cit.*, p. 3.

las resoluciones judiciales, así como la competencia exclusiva de los jueces para imposición y modificación de penas contempladas para el inculgado, deben ser de plena aplicación para el sentenciado.

### III. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y LOCAL RESPECTO DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA: ESTATUS NORMATIVO

Recientemente, la tendencia teórica en materia penal ha sido dejar las viejas prácticas del derecho penal de autor para dar paso al *derecho penal de acto*, que consiste en que el delito es reprochable y sancionable de acuerdo con la culpabilidad en el hecho mismo. La experiencia nacional no ha sido ajena a ello, y con la mencionada reforma de 2008 se adoptó dicha postura. En los siguientes dos apartados se describen algunos de sus postulados más importantes, así como las implicaciones de su adopción, vistos en el plano internacional y local.

#### 1. *La ejecución penal en los instrumentos internacionales*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 8o. el derecho de toda persona “a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.<sup>7</sup> Aquí mismo quedan comprendidos los derechos de las personas privadas de la libertad; sin embargo, no hay una referencia expresa a ellos, por lo que se vuelve necesario determinar claramente los derechos que se suspenden o restringen desde que inicia la privación de la libertad. A su vez, es igualmente importante definir y garantizar los derechos que las autoridades penitenciarias deben respetar.

El Subcomité contra la Tortura (órgano de la Organización de las Naciones Unidas) dio un paso significativo al reconocer “la falta de protección jurídica para las personas en reclusión y, específicamente, la necesidad de un control judicial, así como el respeto a las garantías procesales específicas de los reclusos condenados o en prisión preventiva”.<sup>8</sup>

La Unión Europea ha tomado su propio rumbo, ya que “los derechos procesales de los reclusos no suelen estar establecidos en las Reglas Penitenciarias Europeas o en las recomendaciones del Consejo de Europa, los cua-

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>8</sup> *Idem*.

les son sin embargo... instrumentos necesarios para lograr una ciudadanía legal efectiva”.<sup>9</sup> Es extraño el poco desarrollo al respecto, ya que aquella región suele ser vanguardista en lo referente a los derechos del hombre. A pesar de lo anteriormente estipulado, se cuenta con un par de experiencias satisfactorias provenientes sobre todo de países de tradición anglosajona (Inglaterra y Gales en particular), en donde se ha aceptado que “un preso condenado a pesar de su encarcelamiento, mantiene todos los derechos civiles, y no se les priva de ellos ni expresamente ni de forma indirecta”.<sup>10</sup>

En cuanto a la región latinoamericana, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en el documento *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas*, en sintonía con el artículo 8o. de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, reivindica:

...un debido proceso legal para hacer valer los derechos de las personas privadas de la libertad ante malos tratos y condiciones inadecuadas de reclusión e internamiento ante autoridades “competentes, independientes e imparciales”, sin comprender expresamente a las autoridades judiciales ni incorporar otras garantías judiciales... como el derecho a un defensor y a los medios adecuados para la preparación de su defensa y a un traductor.<sup>11</sup>

Dicha Comisión concibe a la intervención judicial como “una forma de “control periódico” sobre la legalidad en los actos de administración penitenciaria y las condiciones de detención, con lo que diluye la función judicial al asemejarla a un medio de inspección o al control propio del *Ombudsman* o del Ministerio Público (MP)”.<sup>12</sup> Visto de esta manera, se resta todo potencial avance que tendría un órgano jurisdiccional frente a una autoridad penitenciaria.

Podríamos concluir que aún a nivel internacional “la inexistencia de un marco jurídico, tanto orgánico como procesal, facilita y propicia la impunidad, más violaciones de los derechos humanos y la ausencia de las garantías necesarias para que los reclusos disfruten de sus derechos”.<sup>13</sup> En realidad, el problema pasa de un plano teórico a otro práctico, es decir, las personas privadas de la libertad parecieran tener *derechos sin garantías*.

---

<sup>9</sup> Van Zyl Smit, Dirk y Sonja Snacken. *Principios de derecho y política penitenciaria europea. Penología y derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 511.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>11</sup> Sarre, Miguel, *op. cit.*, p. 5.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 4.

## 2. *La perspectiva nacional de la ejecución penal*

Del anterior apartado concluimos que “la ilegalidad que ha caracterizado a la cárcel deriva principalmente de la práctica jurídica antes que de la ausencia de reglas positivas que pongan límites a la injerencia estatal sobre los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad”.<sup>14</sup> De tal forma que es la ausencia de una legislación que unifique todos los protocolos disciplinarios al interior de los centros de detención la que ha hecho que múltiples inconsistencias y abusos se presenten en la cotidianeidad penitenciaria:

Quienes son encarcelados, regularmente, carecen de posibilidades para instalar un debate público sobre las injusticias que sufren cotidianamente... la cárcel termina de marginar a quienes ya habían sido marginados fuera de ella. De allí que la protección de los derechos de estas personas no interese especialmente ni a los operadores de la justicia penal, ni al resto de los actores sociales.<sup>15</sup>

En el caso mexicano, la convergencia de un sinnúmero de corrientes políticas y culturales, que en su momento contribuyeron para la formación del apartado de justicia del texto constitucional, han sido la razón por la cual distintas proyecciones penitenciarias son de tipo pedagógico y readaptante contribuyendo a la marginación de las personas privadas de la libertad. Peor aún es el hecho de que diversos sectores de la sociedad creen firmemente que “el objetivo de la prisión sigue siendo proteger a la sociedad de los presos”.<sup>16</sup> Bajo esta postura, la principal función de la cárcel sería que “el preso no se evada, y para ello es necesario extremar los sistemas de seguridad en la misma”.<sup>17</sup> La pregunta relevante al extremar dichas medidas es ¿a costa de qué?

En nuestro país, con todo y las últimas reformas constitucionales, que representaron cambios paradigmáticos (principalmente teóricos), “se continúa degradando a las personas privadas de la libertad a la categoría de

---

<sup>14</sup> Bovino, Alberto, “Control judicial de la privación de la libertad y derechos humanos”, conferencia inaugural 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, p. 1.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>16</sup> Van Zyl Smit, Dirk y Sonja Snacken, *op. cit.*, p. 88.

<sup>17</sup> González Vidaurri, Alicia y Sánchez Sandoval, Antonio, “Discurso y cárceles de máxima seguridad”, *El sistema penitenciario. Entre el temor y la esperanza*, Irapuato, Gto., México, Orlando Cárdenas Editor, 1991, p. 160.

seres anormales necesitados de un «tratamiento progresivo»<sup>18</sup>. El régimen autoritario en la operación al interior de las prisiones quedó fortalecido, y, peor aún, legitimado:

...mientras las personas sentenciadas padecen condiciones de hacinamiento y violaciones apocalípticas a sus derechos más elementales ampliamente documentadas... el juez dicta su condena —no sin invocar la Constitución y diversos tratados internacionales— considerando “que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados... A la pena se le agrega el escarnio.<sup>19</sup>

Es necesario considerar a la prisión como escenario potencial donde opere un debido proceso —el debido proceso penitenciario—, no sólo durante la aplicación de la pena impuesta, sino sobre la detención misma en caso de prisión preventiva.

#### IV. ¿EN QUÉ CONSISTE EL TRASLADO DEL JUICIO JUSTO A LA EJECUCIÓN PENAL?

Toda medida sancionatoria, o, para el caso, toda pena privativa de la libertad, debería cumplir con los criterios que recoge la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La idoneidad y finalidad de la restricción, la necesidad de la medida utilizada y la estricta proporcionalidad de la medida deben operar como una suerte de test de proporcionalidad, que puede y debe ser aplicado a la ejecución de sanciones en materia penal. A continuación, se describirá el contenido mínimo que preservaría la operación del test mencionado.

##### 1. *Debido proceso penitenciario*

Consideramos que una de las razones por las que estas condiciones siguen predominando, es por la definición del carácter *administrativo* de los centros penitenciarios, sumada a la ausencia de un control judicial sobre la vida carcelaria que continúa sin ser determinada, al menos de manera significativa, por principios en nuestro ordenamiento jurídico vigentes.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Sarre, Miguel, “De la criminología crítica al garantismo”, texto presentado en la sesión del 25 de octubre de 2013 del Seminario de profesores de tiempo completo del Departamento de Derecho del ITAM, p. 5.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>20</sup> Para mayor detalle véase Bovino, Alberto, *op. cit.*, p. 1.

Tradicionalmente se tiene la creencia de que el debido proceso termina con la sentencia. Sin embargo, “la cárcel es un elemento central del sistema de justicia penal. No parece posible, en consecuencia, que su ilegalidad subsista a pesar de su oposición respecto de los demás elementos que integran la administración de justicia penal en su conjunto”.<sup>21</sup> Por lo tanto, un sistema de justicia que garantice aún el pleno cumplimiento de las sanciones es un sistema que opera de conformidad con el debido proceso constitucionalmente reconocido. ¿En qué consiste este debido proceso?

“El debido proceso instrumental comprende el conjunto de órganos y procedimientos para preservar, satisfacer o limitar válidamente los derechos sustantivos durante o con motivo de la privación de la libertad”.<sup>22</sup>

Reglas claras y la opinión pública son tan importantes durante el juicio como en la ejecución penal. Por ello, se busca contar con procesos seguidos en forma de juicio al interior de los centros penitenciarios, que los procedimientos sean una vía eficiente para que los internos ejerzan sus derechos o aquellos a quienes elijan como legítimos representantes. “La judicialización de la ejecución penal se pone al servicio de la gobernabilidad con condiciones de vida digna y segura en reclusión”.<sup>23</sup> La finalidad del debido proceso es que toda medida restrictiva o que vulnere los derechos fundamentales del individuo sea resuelta judicialmente.

## 2. Garantías constitucionales durante la etapa de ejecución

Como mencionamos anteriormente, el apartado de justicia se plasma en nuestro texto constitucional en los artículos 17, 18, 19, 20, 21, 22. En éstos se consagran las garantías que se proponen para análisis en párrafos introductorios. Atenderemos tres de ellas en específico.

En primer lugar, el artículo 17 (segundo y sexto párrafo) habla del acceso a la justicia y de la plena ejecución de las resoluciones judiciales, y menciona que “toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial”.<sup>24</sup> Siguiendo por el artículo “las leyes federales y locales estable-

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>22</sup> Sarre, Miguel, *op. cit.*, p. 22.

<sup>23</sup> Sarre, Miguel, “De la criminología crítica al garantismo”, texto presentado en la sesión del 25 de octubre de 2013 del Seminario de profesores de tiempo completo del Departamento de Derecho del ITAM, p. 11.

<sup>24</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 17.

cerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”.<sup>25</sup> Esto implica que las resoluciones referidas aplican aun para las formuladas en la etapa de ejecución. Dicha protección garantiza el derecho a la defensa. Por otro lado, la independencia de los tribunales se garantiza sobre las autoridades administrativas penitenciarias que traten de imponer alguna sanción.

Posteriormente, encontramos el artículo 18, que a la letra dice: “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 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”.<sup>26</sup> Es decir, el extracto del artículo citado habilita, por un lado, la utilización y vinculación de los diversos organismos internacionales que contengan derechos humanos o mecanismos para su protección, y, por otro lado, establece el nuevo objetivo de la pena ya con la reforma: la reinserción social de la persona privada de la libertad.

En tercer lugar, el artículo 21 determina que es de competencia exclusiva de los jueces el imponer y modificar las penas: “la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”.<sup>27</sup> Nadie más que una autoridad jurisdiccional debe modificar sanciones.

Los tres artículos anteriores inmiscuyen implícitamente derechos que se deben salvaguardar, tales como:

- La *presunción de inocencia*, que se aplicaría para cualquier falta administrativa que se atribuya al recluso.
- El *derecho de petición*, en su expresión sustantiva y procesal (derecho de acción), que contribuye a hacer efectivos otros derechos, como el acceso a la jurisdicción penitenciaria.
- El *derecho de acción y defensa* bajo un sistema oral acusatorio regido por los principios constitucionales en la materia, que hace que el sistema penitenciario se desarrolle en forma paralela al sistema de justicia penal y participe de las mismas características.
- La *publicidad*, ya que no tendría sentido garantizar la transparencia en la impartición de justicia si la ejecución penal es inescrutable para la sociedad.

---

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> *Ibidem*, artículo 18.

<sup>27</sup> *Ibidem*, artículo 21.

- El *derecho a la legalidad procesal en materia penitenciaria*, que sería contar con procedimientos específicos para hacer valer los derechos relacionados con la ejecución (las partes tendrían igualdad procesal, con facultades para ofrecer y participar en el desahogo de medios de prueba y de recurrir las decisiones que les afecten).

## V. PROPUESTAS Y PERSPECTIVAS DE LA LEY DE NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL

La Ley Nacional de Ejecución Penal del 16 de junio de 2016. Esta legislación empata con los postulados del sistema acusatorio implementado desde 2008, y, en principio, permite unificar los mecanismos de protección o recursos con los que cuentan las personas privadas de la libertad. Este nuevo ordenamiento supone modificar la propia naturaleza de la instrucción penitenciaria que suele ocultar de lo social las prácticas que se realizan en su interior.<sup>28</sup> Por lo tanto, ¿qué deberíamos esperar de esta nueva Ley?

### 1. *Contenidos mínimos de una ley de ejecución penal*

Un influyente autor en materia penal decía que “la reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, si no que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad”.<sup>29</sup> Asumiendo que todo documento jurídico es perfectible, y que sobre las leyes podemos decir que generalmente se trata de obras inacabadas, podemos concluir que dos elementos son fundamentales en esta materia:

En primer lugar, una recomendación sería que “las exigencias de individualización de servicios, deben ser elaboradas sobre el presupuesto teórico de que no existen características específicas de los detenidos en cuanto a tales, ni siquiera limitadamente para aquellos en quienes se haya comproba-

---

<sup>28</sup> Para mayor detalle véase Bovino, Alberto, “Control judicial de la privación de la libertad y derechos humanos”, conferencia inaugural 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, p. 4.

<sup>29</sup> Baratta, Alessandro, “¿Resocialización o control social? Por un concepto crítico de reintegración social del condenado”, *El sistema penitenciario. Entre el temor y la esperanza*, Irapuato, Guanajuato, Orlando Cárdenas Editores, 1991, p. 74.



do la infracción en juicio definitivo”.<sup>30</sup> Un ordenamiento de esta naturaleza debe garantizar que las personas privadas de la libertad cuenten con los mismos derechos que las personas sujetas a juicio, que garantiza la “igualdad de armas” procesal, y que cuente con recursos efectivos con sustento tanto teórico como operativo, para de esta manera no ver vulnerada su dignidad.

En segundo lugar, “los programas y servicios que se le ofrecen deben ser elaborados y realizados sin interferencia alguna con el contexto disciplinario de la pena”.<sup>31</sup> Como se describe en el artículo 21 constitucional, el único facultado para la modificación de la sanción es el juez, y en estricto sentido lo sería el *juez de ejecución*.

Las autoridades penitenciarias deben ser vistas como auxiliares de la función jurisdiccional:

De ninguna manera, los jueces de ejecución pueden ser vistos como extraños en el ámbito de la ejecución penal, sino como la última autoridad de dicho ámbito; son responsables de cumplir y hacer cumplir la ley en éste último tramo del sistema de justicia penal. La reforma referida responsabiliza a los tribunales respecto de la ejecución penal, por lo cual los jueces en la materia deben contar con todas las herramientas legales necesarias... para responder al recamo de internos en el sentido de que la pena que se les impuso de manera legal no corresponda a la que efectivamente se ven obligados a cumplir.<sup>32</sup>

## 2. Control de legalidad en la ejecución de las penas dentro del ámbito de acción de la administración penitenciaria

Es importante señalar que tanto la legislación en materia penitenciaria como la jurisprudencia constitucional destacan que “la condición de penado en un establecimiento penitenciario no significa la pérdida de los derechos fundamentales reconocidos a las personas nada más que en la estricta medida que fuese necesario para poder ejecutar la pena”.<sup>33</sup> Las autoridades penitenciarias deben ser excluidas de asuntos que no les concierne o aún que el mismo sistema no contempla, como lo puede ser lo “proclive” al delito que sea determinada persona.

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>32</sup> Sarre, Miguel, *op. cit.*, p. 23.

<sup>33</sup> Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan, “Las consecuencias jurídicas del delito”, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 130.

En cambio, dentro del paradigma anunciado, las autoridades penitenciarias sí deben ser responsabilizadas de lo que les compete: “la satisfacción y el respeto de los derechos que se conservan, los que se adquieren, y aquellos otros que se restringen durante la reclusión”.<sup>34</sup> El carácter de dichas autoridades es de auxiliar de la justicia, por lo que sólo deben instrumentar las resoluciones de los únicos facultados para emitirlos, los jueces.

La jurisdiccionalidad anunciada, que compete a la situación jurídica del interno, no debe contener valoraciones que se propicien de manera unilateral por las autoridades, sino que debe contar con elementos objetivos, verificables, sujetos a refutación, y que puedan realmente ser encuadrados bajo la teoría del derecho penal de acto.

Podríamos concluir que la diametral diferencia entre el poder de la administración penitenciaria y los internos sólo se consigue reducir si otorgamos al juez su función natural —juzgar—, empoderando todas las defensas que se le pueden otorgar a las personas privadas de la libertad. “En vez de parcializar al juez, se precisa fortalecer la defensa pública penitenciaria y facilitar los mecanismos de acceso a la jurisdicción en este ámbito”.<sup>35</sup>

## VI. CONCLUSIÓN

Cualquier iniciativa que pueda tomarse para hacer menos perjudiciales las condiciones de la vida carcelaria debe ser vista de manera positiva siempre que esté inspirada en el apego a los derechos que conservan las personas privadas de la libertad y “no cuando provenga de un reformismo tecnocrático”,<sup>36</sup> cuya finalidad y funciones sean las de legitimar los abusos por parte de las autoridades penitenciarias. El sistema de ejecución penal debe operar de manera adyacente al proceso mismo para salvaguardar la integridad del recluso.

Si bien es cierto que la “clara distinción entre la pérdida de la libertad y la restricción de derechos todavía ha de recorrer un largo camino”,<sup>37</sup> mientras más rápido se inicien reformas que materialicen la condición legal del detenido bajo la óptica garantista, consolidaremos un verdadero Estado de derecho:

...sin los derechos fundamentales “liberales” (y aquellos de los derechos sociales que garantizan un mínimo de igualdad real), la democracia, como pro-

<sup>34</sup> Sarre, Miguel, *op. cit.*, p. 10.

<sup>35</sup> Sarre, Miguel, *op. cit.*, p. 5.

<sup>36</sup> Baratta, Alessandro, *op. cit.*, p. 75.

<sup>37</sup> Van Zyl Smit, Dirk y Snacken, Sonja, *op. cit.*, p. 513.

cedimiento, sería un fraude, pues en modo alguno podría afirmarse que los sujetos, privados de tales derechos, pudieran gobernarse según su voluntad autónoma.<sup>38</sup>

Además, para la realización de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad es necesario transitar del cumplimiento efectivo de la obligación de garantizar, al cumplimiento paralelo de obligaciones de resultado y de conducta, como lo son la adopción de medidas deliberadas, concretas y dirigidas, que se podrían traducir en planes o programas para la satisfacción de derechos específicos estando en reclusión, estadística útil que permita identificar amenazas potenciales para la población privada de la libertad, política pública adecuada desde su diseño hasta su implementación, así como mecanismos de vigilancia, control y rendición de cuentas de la labor penitenciaria.

Por último, La interpretación conforme de la reinserción social —sea convencional o constitucional— permite el restablecimiento pleno de los derechos y libertades de la persona que ha cumplido su condena una vez que finalice su condena.<sup>39</sup>

## VII. BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, Alessandro, “¿Resocialización o control social? Por un concepto crítico de reintegración social del condenado”, *El sistema penitenciario. Entre el temor y la esperanza*, Irapuato, Guanajuato, Orlando Cárdenas Editores, 1991.

BOVINO, Alberto, “Control judicial de la privación de la libertad y derechos humanos”, conferencia inaugural 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.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

---

<sup>38</sup> Vives Antón, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 687.

<sup>39</sup> Para más detalle véase Sarre, Miguel, *op. cit.*, p. 10.

- GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia y SÁNCHEZ SANDOVAL, Antonio, “Discurso y cárceles de máxima seguridad”, *El sistema penitenciario. Entre el temor y la esperanza*, Irapuato, Guanajuato, Orlando Cárdenas Editores, 1991.
- INEGI, Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL), 2016.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Las consecuencias jurídicas del delito”, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1996.
- SARRE, Miguel, “Art. 18: Sistema penitenciario para adultos. Ejecución de sanciones y medidas penales privativas de la libertad”, separata de la obra publicada con diferente denominación en: *Constitución comentada sobre derechos humanos. Jurisprudencia constitucional e interamericana*, CABALLERO OCHOA, José Luis y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer.
- SARRE, Miguel, “De la criminología crítica al garantismo”, texto presentado en la sesión del 25 de octubre de 2013 del Seminario de profesores de tiempo completo del Departamento de Derecho del ITAM.
- VAN ZYL SMIT, Dirk y SNACKEN, Sonja, *Principios de derecho y política penitenciaria europea, penología y derecho humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

## LO ESPECIAL DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Miguel Ángel RODRÍGUEZ VÁZQUEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes y características del sistema acusatorio.* III. *El procedimiento abreviado mexicano.* IV. *Consecuencias del procedimiento abreviado.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

Como forma de terminación anticipada del proceso, el procedimiento abreviado está regulado por el Código Nacional de Procedimientos Penales y es de los más socorridos en la práctica, en virtud de que lo hace breve al obviarse el ofrecimiento y desahogo de pruebas, con el consiguiente aligeramiento de la carga de trabajo para los tribunales y la disminución de los costos que la realización del juicio oral implica.

No obstante, en la práctica, en algunos tribunales del país se sustanciaba el procedimiento abreviado utilizando ciertas reglas y principios que están consagrados para el procedimiento ordinario, específicamente, ciertas normas del juicio oral, como las relativas a la valoración de los medios de convicción a los que se refiere el artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cabe mencionar que en relación con dicha práctica, producto de una interpretación constitucional, en la que se asemejan el procedimiento ordinario y el procedimiento abreviado, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo directo en revisión 1619/2015, fijó una serie de criterios que difieren de la misma.

---

\* Catedrático e investigador de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Investigador nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt Miembro asociado de la sección mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Magistrado en retiro del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango.

En este trabajo se analizará la situación descrita y se fijará la postura que asumimos al respecto, por lo que se pretende demostrar que el procedimiento abreviado no guarda coherencia total con el sistema acusatorio al no observarse algunos principios que son la guía de éste, por lo que pondremos de manifiesto los problemas que acarrea el diseño, así como las consecuencias en el terreno práctico.

Algunas de las preguntas que nos planteamos y que ameritan respuesta para alcanzar el anterior objetivo son las siguientes: ¿cuál es la naturaleza jurídica del procedimiento abreviado?, dicho procedimiento ¿guarda coherencia con el sistema acusatorio?, ¿qué principios constitucionales le son aplicables?, ¿qué problemas se pueden generar en la práctica con su aplicación? Por tanto, debemos analizar la naturaleza y las notas que lo caracterizan, y a partir de ello explicarnos las causas por las que se han presentado algunos problemas en su interpretación y puesta en práctica, por lo que acudiremos al análisis de la Constitución, así como de algunos de los criterios que se han fijado por los diferentes tribunales del país, preponderantemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El trabajo se divide en tres partes. En la primera, se trata de dejar en claro cuáles son las características del sistema acusatorio desde un punto de vista teórico, y diferenciarlas de las que se pueden adscribir en cada país en que sea adoptado, en un momento concreto. En la segunda parte, se trata de identificar las notas relevantes del procedimiento abreviado, con la finalidad de saber si existe tal coherencia entre éste y aquél. Una vez hecho lo anterior, se procederá a analizar, de acuerdo con la forma en que está regulado ese procedimiento en México, si cumple con la totalidad de los principios constitucionales que rigen al sistema acusatorio o no. En la tercera parte, se identifican los problemas que se presentan por las consecuencias generadas por el procedimiento abreviado para el garantismo y la justicia mexicana. Por último, se formulan las conclusiones del trabajo.

## II. ANTECEDENTES Y CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA ACUSATORIO

Para conocer la esencia de las instituciones y de los procedimientos que han estado vigentes durante diversas épocas, es menester echar una mirada hacia atrás, para conocer las causas de su nacimiento y de la forma en que han evolucionado, empero, no con el ánimo de juzgar, ya que “la historia no es juzgar; es comprender y hacer comprender”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Febvre, Lucien, *Combates por la historia*, Barcelona, Ariel, 1974, p. 67, citado por Florescano, Enrique, *La función social de la historia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 58.

Realizar el estudio de los antecedentes históricos del sistema acusatorio es, precisamente, la forma de comprender el surgimiento de ese método de enjuiciamiento penal y de otros más que han estado vigentes en el devenir de los tiempos, pero ¿en qué aspectos centrarnos de ese devenir histórico? Consideramos obligado referirnos a la organización política, cuya pretensión es abarcar todos los espacios para ejercer su dominación, y uno de ellos es el procedimiento penal. Aunado a tal elemento sumamos el cultural, para que nos dé mayor comprensión del procedimiento penal mexicano.<sup>2</sup> Esos dos elementos determinan la forma de estructurarlo, los roles que tienen sus intervinientes y los ritos que lo acompañan.<sup>3</sup>

Para tener en claro las características del proceso, es necesario hacer el estudio de la titularidad del ejercicio de la acción penal.<sup>4</sup> Así, en la República romana el ciudadano particular era quien ejercía la acción penal, no un funcionario del Estado, por lo que tenía la carga de la prueba, y quien solucionaba la controversia tomaba el papel de espectador, para mantener la imparcialidad. De ahí que el proceso penal no era una actividad oficial de averiguación de las conductas delictivas, sino una disputa entre partes iguales.

Lo anterior así sucedía, habida cuenta que el ciudadano tenía la libertad de ejercer sus derechos, pues era quien había sufrido la conducta delictiva en sus bienes jurídicos. Los ciudadanos podían presentar denuncias, debido a que tenían la convicción de que era su responsabilidad la conservación del bien público, y no solamente de las autoridades.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> “Por esto es que, sea cual fuere la justicia y la pertinencia de la oposición de Damaska, es necesario complementarla con una aproximación cultural que no se detenga en las reglas, sino que, además, vaya a la manera en que éstas son recibidas por cada pueblo”. Garapon, Antoine y Papadopoulus, Ionnis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, trad. Viviana Díaz Perilla, Bogotá, 2006, p. 39.

<sup>3</sup> En esta primera parte en la que pretendemos dar un soporte histórico al conocimiento del sistema acusatorio nos auxiliaremos de una de las obras más importantes que se han escrito sobre derecho procesal penal en el que se contienen los fundamentos del derecho continental europeo y del anglosajón, misma que se basa en el estudio de las relaciones entre la política y la justicia, de tal manera que considera que se debe estudiar la organización del Estado “que deja algunas marcas en el proceso legal” y las funciones del Estado, cuyas visiones acerca de las mismas “informan las visiones sobre el propósito de la justicia” que permite la elección de muchos de los arreglos del procedimiento”. Damaska, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, trad. Andrea Morales Vidal, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. Aunque dicho enfoque en el trabajo que se presenta lo complementamos con el análisis cultural.

<sup>4</sup> “Que consiste en acusar a alguien de la comisión de un delito, en consecuencia, la puesta en marcha del *ius puniendi* del Estado”. Díez-Picazo, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 11.

<sup>5</sup> “En Roma estaba permitido que un ciudadano acusase a otro. Se había establecido esto siguiendo el espíritu de la República, en la que cada ciudadano debe observar un celo

Entonces, si el proceso no se incoaba de oficio, sino a iniciativa de un particular, mediante la denuncia respectiva, quien la presentaba estaba obligado a sostenerla, lo cual le generaba derechos y obligaciones.<sup>6</sup> Posteriormente, se llegaba al *iudicium publicum* oral, y luego se formaba un *consilium* de jueces. El debate en la audiencia quienes intervenían eran las partes privadas, en tanto que el jurado se concretaba a escuchar los interrogatorios y sus posicionamientos. Por su parte, el inculcado ejercía su defensa ampliamente.<sup>7</sup> Finalmente, el jurado votaba y declaraba si era culpable o no.

Cuando cayó la República en Roma y se transformó su organización política, consecuentemente, cambió el procedimiento penal, comenzando con que la denuncia ciudadana fue sustituida por delatores, la *oculta calumnia*, que fue útil a los intereses de la tiranía. Lo anterior determinó que en el procedimiento penal comenzara a tener lugar el secreto y los procedimientos escritos, se acabó con la publicidad y oralidad, además, se privilegió la confesión del inculcado.<sup>8</sup> Posteriormente, al caer el Imperio romano, se retomaron las características del sistema acusatorio.

Durante la época de la Inquisición, la acusación fue pública, pues se tenía la concepción de que si se cometía un delito, se ofendía a Dios. Las autoridades dirigían la investigación, por lo que no había contradicción, sino que se hacía uso del interrogatorio para saber los motivos por los que se había pecado contra el Señor. Incluso, Inocencio III autorizó que fueran

---

ilimitado por el bien público, y donde se supone que cada ciudadano tiene todos los derechos de la patria en sus manos”. Montesquieu, Carlos Luis de Secodant, Baron de Brède y de, *El espíritu de las leyes*, libro VI, capítulo VIII, trad. de Nicolás Estevanez y Matilde Huici, Buenos Aires, El Ateneo, 1951, pp. 103 y 104.

<sup>6</sup> “Este procedimiento no se incoaba nunca de oficio... sino que presuponía siempre la denuncia... de un particular. Esta denuncia era ahora, en realidad, una acusación; pero si el magistrado competente la admitía (y respecto a ella, al menos en ciertos casos, no tenía que decidir él mismo, sino un *consilium* formado por jueces), desde ese momento el denunciante adquiría los derechos y deberes de una parte procesal; en lo sucesivo sería él quien tendría que llevar al adversario ante el tribunal del delito”. Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, trad. de Juan Miquel, Barcelona, Ariel, 1966, 2009, p. 75.

<sup>7</sup> El historiador citado con antelación menciona lo siguiente: “el acusado podía, además, hacerse representar, en un momento dado, hasta por seis abogados. A ellos y a él se le concedía, en virtud de disposiciones legales expresas, un tiempo para hablar extraordinariamente amplio y medido por el reloj de agua; en total, una vez y media del tiempo de que disponía la acusación”. *Ibidem*, p. 76.

<sup>8</sup> “Nació así, con la *cognitio extra ordinem*, el proceso inquisitivo, tramitado y decidido *ex officio*, en secreto y sobre documentos escritos, por magistrados estatales delegados del príncipe (los *irenarchi*, los *curiosi*, los *nunciatores*, los *stationari*) basado en la detención del causado y su utilización como fuente de prueba, muy pronto acompañada de la tortura”. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 8a. ed., trad. por Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 2006, p. 565.



torturados los sospechosos de herejía (era muy grave, además de la blasfemia y el adulterio). Por tal motivo, se realizaron fuertes críticas contra esas prácticas del sistema inquisitivo y a los resultados que condujo.<sup>9</sup>

Con motivo de la Revolución francesa se implantó el sistema acusatorio, de tal manera que el ciudadano tenía el derecho de presentar su denuncia, y a él correspondía la carga de probar, en tanto que el inculpado tenía la oportunidad de defenderse, y así sostener el principio acusatorio.

Durante la era de Napoleón Bonaparte se adoptó un sistema mixto, que se caracterizaba la primera fase por tener rasgos inquisitivos, como la escritura y la secrecía, para pasar después a rasgos acusatorios en la otra fase.<sup>10</sup>

Para tener una comprensión más amplia del sistema acusatorio, haremos mención, aunque sea someramente, de los casos de Inglaterra y los Estados Unidos. Por lo que se refiere al primero, los ingleses conceptúan al sistema acusatorio como una disputa entre dos particulares, en la que el tribunal no actúa de oficio para evitar que se rompa con la igualdad de las partes que debe prevalecer durante el proceso. En el juicio prevalece la presunción de inocencia, y no puede ser declarada culpable una persona, sino solamente cuando se compruebe su responsabilidad “más allá de toda duda razonable”. Además, el público puede asistir para escuchar las pruebas que se desahogan ante el tribunal, salvo ciertos casos que se tratan en privado.

En el *common law* se conceptúa a las personas como seres libres, autónomos y capaces de decidir sobre su propio destino; por tanto, les corresponde poner en funcionamiento la maquinaria estatal, aunque las acusaciones se presentan a nombre de la Reina.

En la historia de la acusación en Inglaterra se debe conocer el papel que jugó el *grand jury*, que lo integraba gente de la comunidad y hacía las veces de jurado de acusación, ya que tenían la posibilidad de tener noticia y de conocer los pormenores de los hechos al ser comunidades pequeñas, y más bien rurales. Al volverse más compleja la estructura de las sociedades, cambió la función del gran jurado para ser un “mecanismo de control previo de la consistencia de la acusación, es decir, dado que su veredicto favorable, era requisito necesario para poder abrir el juicio, el gran jurado comenzó a ope-

---

<sup>9</sup> “Fue durante esos siglos de ignorancia, superstición, fraude y barbarie cuando la Iglesia, que sabía leer y escribir, dictó sus leyes a toda Europa, que no sabía más que beber, combatir y confesarse con los curas. La iglesia hizo jurar a los príncipes que habrían de exterminar a todos los herejes... “La herejía resulta el crimen más grave...”. Voltaire, *prix de la justice*, pp. 547 y 548. Cit. por Ferrajoli, Luigi.

<sup>10</sup> Por tal motivo, hay quien lo califica como “una monstruosa mezcla del proceso inquisitivo y acusatorio”. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, Nápoles, 1799, p. 80, cit. por Ferrajoli, Luigi.

rar como filtro de la seriedad y solidez de las pruebas de cargo”.<sup>11</sup> En 1937 desapareció el gran jurado. A los policías se les concibe como ciudadanos privados, de tal manera que hay que entender que la acción penal es como una “función pública difusa”.<sup>12</sup>

Empero, lo anterior debe quedar bien explicado, en el sentido de que aun cuando la acción penal es ejercida por los particulares, no debe ser entendida como una auténtica acción popular, “los particulares no gozan, en cuanto tales, de legitimación activa para iniciar el proceso penal, pues sólo en nombre de la Corona pueden ejercer la acción penal. Se está en presencia, más bien, de una especie de delegación tácita de la Corona —o, en términos modernos del Poder Ejecutivo— a los particulares”.<sup>13</sup>

El sistema inglés fue la fuente para el sistema acusatorio de los Estados Unidos; empero, por ser diferente el contexto, debemos advertir que este último tiene características propias; por ejemplo, el gran jurado permanece con funciones muy específicas.

Por otra parte, coincidimos con Muñoz Neira en el sentido de que no es exacto hablar de un modelo único de sistema acusatorio en los Estados Unidos, pues se debe tomar en cuenta que tiene un sistema federal:

...sino por lo menos 52 procesos diferentes, aunque obviamente con notables similitudes. La razón es que estamos delante de 52 jurisdicciones distintas, que gozan de una relativa autonomía: 50 estados federados, más el Estado federal como tal, más el Distrito de Columbia, donde está la capital federal, Washington, esto sin contar con territorios estadounidenses no incorporados como Guam o Islas Vírgenes, o el Estado Libre Asociado de Puerto Rico.<sup>14</sup>

A pesar de lo anterior, se mantienen los rasgos del sistema acusatorio de raíces inglesas, pues se trata de un “proceso de partes donde la afectada tenía la carga de probar la violación de su derecho imputable al acusado. Cuando la acusación dejó de ser función de la víctima, para ser asumida por el Estado en nombre de la comunidad como un todo, la carga probatoria continuó sobre los hombros del acusador”.<sup>15</sup>

Con los anteriores datos históricos podemos identificar los rasgos básicos del sistema acusatorio, que a nuestro entender lo caracterizan la sepa-

---

<sup>11</sup> Díez- Picazo, Luis María, *op. cit.*, p. 40.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> Muñoz Neira, Orlando, *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 122 y 123.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 131.

ración tajante entre el juez y la acusación, por lo que la carga de probar la responsabilidad del inculpado corresponde al acusador, lo que implica que se debe hacer efectivo el derecho de defensa en un plano de igualdad con la acusación; además, prevalecen la publicidad y la oralidad.<sup>16</sup>

Al igual que en todo proceso penal, se busca “castigar al delincuente” una vez que se han probado los hechos que se le imputan y la responsabilidad en su comisión, pero como no es la única finalidad del proceso, pues como existe la posibilidad de que no sea culpable, sino inocente, también lo es la protección de las personas que tengan tal calidad.<sup>17</sup> De ahí que Ferrajoli exprese lo siguiente: “la historia del proceso penal puede ser leída como la historia del conflicto entre ambas finalidades (el castigo de los culpables y la tutela de los inocentes), lógicamente complementarias pero contrastantes en la práctica”.<sup>18</sup>

Entonces, según se ponga el énfasis en una u otra finalidad, es que se diferencia el sistema acusatorio del sistema inquisitivo. En este último se privilegia el castigo de los culpables; consecuentemente, el proceso penal está organizado de tal forma para alcanzar dicho objetivo, en tanto que en el sistema acusatorio se pone el acento en la tutela de los inocentes, de ahí que en el proceso penal haya una serie de principios que le den garantía de que será sometido a un juicio justo.

Los sistemas antes mencionados parten de fundamentos distintos y eso trae como consecuencia, como lo expone Ferrajoli, que sean diferentes sus epistemologías, en el sistema inquisitivo existe el *dictum* de un solo sujeto, la relación es vertical entre inquisidor e inquirido, el juez actúa unilateralmente, en tal virtud, tiene como base una epistemología sustancialista y decisionista; por el contrario, en el sistema acusatorio la contienda es entre varios, hay una relación triangular entre las partes y el juez, en donde la autoridad judicial es un tercero separado de la acusación; por tanto, tiene como fundamento una epistemología falsacionista; esto es, se deben probar empíricamente los hechos.<sup>19</sup>

En tal virtud, en el sistema inquisitivo el juez tiene un papel muy activo, ya que no se limita a pronunciar sentencia, sino que posee amplias fa-

---

<sup>16</sup> “...sí forman parte del modelo teórico como de la tradición histórica del proceso acusatorio la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre acusación y defensa, la publicidad y la oralidad del juicio”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 563.

<sup>17</sup> En nuestra Constitución federal se consagra en el artículo 20 apartado A fracción I lo siguiente: “El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”.

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, cit.*, p. 604.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 603-606.

cultades para conocer la verdad; por ende, puede ordenar que se recaben determinados medios probatorios, interrogar a los testigos, incluso formular la acusación. En el sistema acusatorio el juez es solamente espectador, pues la acusación la formula una de las partes, y la otra se encarga de refutarla, generándose puntos de vista contrastantes, lo que le da información para tomar la decisión final.

Con base en la exposición antes realizada, es que podemos advertir que el sistema acusatorio comparte determinadas finalidades con otro tipo de procesos; empero, el énfasis en las mismas es distinto; por tanto, el diseño del proceso penal es diferente en sus principios y reglas.

Entonces, es posible concebir que hay un modelo teórico del sistema acusatorio, pero también debemos reconocer que en cada país, de acuerdo con sus necesidades e intereses, le han adscrito características que no se corresponden con el modelo teórico, lo cual puede generar error al desarrollar sus reglas y aplicar principios a instituciones y procedimientos que no son propios del sistema acusatorio, sino que han sido agregados de acuerdo con determinadas circunstancias de un determinado lugar y tiempo (más adelante se aplicará este criterio al caso mexicano).

Aunado a lo anterior, y yendo a la esencia del sistema acusatorio, que es la separación entre juez y acusación, consideramos que ello implica lo siguiente: *a)* que previamente debió formularse una imputación; *b)* que la carga de la prueba recae en el acusador; *c)* que se haga efectivo el derecho de defensa, y *d)* en un juicio público y oral.<sup>20</sup>

En México, se consagró constitucionalmente en la reforma contenida en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2011, y que en el artículo segundo transitorio, párrafo segundo, establece:

El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

Mencionar lo anterior es importante, pues podemos percatarnos de que no se consagra en puridad el modelo teórico del sistema acusatorio, habida cuenta que se agregan elementos que no forman parte del mismo, que tienen características que no le son propias, pues de acuerdo con sus bases y fundamentos epistemológicos no tienen una relación necesaria con dicho

---

<sup>20</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 606.

sistema; por ejemplo, el caso al que nos hemos referido anteriormente en otros trabajos,<sup>21</sup> la denominada “justicia alternativa”; esto es, la utilización de la mediación y la conciliación, entre otros instrumentos, para solucionar las controversias, con la finalidad de tener una salida alterna al juicio oral.<sup>22</sup>

La anterior afirmación tiene por sustento el hecho de que la justicia alternativa se puede implantar en un sistema de justicia, con independencia de si existe el sistema acusatorio propiamente dicho o no, habida cuenta que por su propia naturaleza está ubicado fuera del proceso penal. Daremos un ejemplo para comprobar empíricamente la aseveración realizada: en el estado de Durango, la justicia alternativa comenzó a operar en octubre de 2005, en sede judicial, y para esa fecha aún no estaba consagrado el sistema acusatorio en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>23</sup>

### III. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO MEXICANO

El fundamento constitucional del procedimiento abreviado lo encontramos en el artículo 20, apartado A, fracción VII, y su regulación en detalle en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en los artículos 183, 185 y del 201 al 2017.

El primero de los artículos citados establece:

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias,

---

<sup>21</sup> Rodríguez Vázquez, Miguel Ángel, *La casación y el derecho de recurrir en el sistema acusatorio*, México, UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013, pp. 10 y 11.

<sup>22</sup> El artículo 17, párrafo cuarto constitucional, establece lo siguiente: “Las leyes prevenirán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

<sup>23</sup> Cabe aclarar que su adopción en dicha entidad federativa formó parte de un plan que tenía por finalidad reformar el sistema de justicia hasta llegar a la implementación de esa forma de enjuiciamiento, precisamente, para que sirviera de solución alterna al procedimiento. En lo personal, me correspondió el honor, al ser magistrado presidente del Tribunal Superior de Justicia, de impulsar dicho proyecto, y gracias a la sensibilidad política del entonces gobernador del estado y del presidente de la Gran Comisión del Congreso del estado, se echó a andar en octubre de 2005, previa expedición de la Ley de Justicia Alternativa por la LXIII Legislatura mediante decreto 79, publicado en el *Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado Libre y Soberano de Durango* 45, del 5 de junio de 2005.

su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.

La citada fracción se refiere al proceso penal acusatorio, respecto al cual, el párrafo primero del artículo 20 constitucional consagra los principios que lo rigen, en los siguientes términos: “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”. Dichos principios son los que guían al procedimiento ordinario, y que vienen a caracterizarlo como una forma de enjuiciamiento en la que existe la separación entre quien juzga y quien acusa, y en donde quien realiza esta última función tiene la carga de probar. En diversas fracciones del apartado A de la citada disposición constitucional se contiene un segundo conjunto de principios, que algunos son reiterativos de los contenidos en el párrafo primero, pero agrega otros, como el de igualdad procesal.

El Código Nacional de Procedimientos Penales se refiere a cada uno de los principios del primer grupo, la siguiente manera: *principio de publicidad*: “Las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento sino también el público en general, con las excepciones previstas en este Código...” (artículo 5o.); *principio de contradicción*: “Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo lo previsto en este Código” (artículo 6o.); *principio de continuidad*: “Las audiencias se llevarán a cabo de forma continua, sucesiva y secuencial, salvo los casos excepcionales previstos en este Código” (artículo 7o.); *principio de concentración*: “Las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión, en los términos previstos en este Código, salvo los casos excepcionales establecidos en este ordenamiento...” (artículo 8o.), y *principio de inmediación*: “Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del Órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva”.

Pues bien, consideramos que en el procedimiento abreviado no se observan todos los principios que rigen al proceso penal acusatorio.<sup>24</sup> Cen-

---

<sup>24</sup> Afirma José Ramón Cossío en el voto particular que formuló en el amparo directo en revisión 4491/2013: “...no son aplicables al especial abreviado, particularmente los de contradicción, inmediación, convicción de culpabilidad y presunción de inocencia”.

traremos el análisis en el principio de contradicción, que está ausente de dicha forma de terminación anticipada del proceso, habida cuenta que no se da ésta sobre aspectos sustanciales del procedimiento abreviado, como es la responsabilidad penal del acusado, ya que la admite por el delito que se le imputa. Explicaremos con mayor detalle la aseveración hecha.

Existen varios requisitos de procedencia del procedimiento abreviado que están consagrados en el artículo 201 del Código Nacional de Procedimientos Penales. A continuación, los citaremos en forma resumida:

I. Que el Ministerio Público lo solicite, para lo cual deberá formular la acusación y exponer los datos de prueba que la sustentan. ...; II. Que la víctima u ofendido no presente oposición ... III. Que el imputado: a) reconozca estar debidamente informado de su derecho a un juicio oral y de los alcances del procedimiento abreviado; b) Expresamente renuncie al juicio oral; c) consienta la aplicación del procedimiento abreviado; d) Admita su responsabilidad por el delito que se le imputa; e) Acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación.

La admisión de responsabilidad, con la asesoría del defensor, se debe a que el inculpado la pacta con el agente del Ministerio Público a cambio de que éste pida una pena más baja en relación con la que se pudiera solicitar si se llegara al juicio oral, lo que de ninguna manera es coincidente con el *principio de contradicción* (que se observa en el procedimiento ordinario), a través del cual se refuta la hipótesis de la acusación y se controvierten los medios de prueba con los que se pretende probarla, mismos que son admitidos y depurados en la audiencia intermedia y desahogados en la audiencia que tiene lugar el juicio oral, en tratándose del procedimiento ordinario.

Al respecto, recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el siguiente criterio:

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. La aceptación total del imputado de la acusación, en los términos en que la formula la fiscalía o el ministerio público, tiene una consecuencia jurídica trascendental (legislación del estado de Durango). En el procedimiento abreviado es el acusado quien, con la asistencia jurídica de su defensor, acepta totalmente los hechos materia de la acusación y, por tanto, renuncia a tener un juicio oral en el que pueda ejercer el derecho de contradicción probatoria; esta circunstancia tiene una consecuencia jurídica trascendental en la apertura del procedimiento abreviado, porque en la posición en la que se coloca voluntariamente el acusado, debidamente asistido por un defensor licenciado en derecho, e informado sobre el alcance y las consecuencias jurídicas de aceptar la acusación en los términos en que la formulan la fiscalía o el Ministerio Público, *excluye la aplicación del principio de contradicción probatoria reconocido en el artículo 20 de la Constitución Política de los*

*Estados Unidos Mexicanos, porque ya no estará a debate demostrar la comisión del hecho delictivo ni la culpabilidad del acusado, mediante elementos de prueba, sino que las partes convienen en tener estos presupuestos como hechos probados a partir de los medios de convicción en los que se sustenta la acusación, con la finalidad de que la autoridad judicial esté en condiciones de dictar sentencia. En ese sentido, la aceptación de culpabilidad por el acusado en el procedimiento abreviado no es gratuita, sino que deriva de un juicio de ponderación de los elementos de defensa con los que se cuenta para hacer frente a la acusación. Entonces, ante un grado óptimo de probabilidad de que el juicio oral concluya con el dictado de una sentencia condenatoria, con la asesoría jurídica de su defensor, el acusado decide voluntariamente aceptar su participación en el delito, mediante la admisión de la acusación, así como los hechos en que ésta se sustenta, con la finalidad de que proceda el mecanismo anticipado de conclusión del proceso, a cambio de tener un procedimiento breve y con la posibilidad de obtener sanciones de menor intensidad. En este escenario procedimental, que parte de tener por admitidos los hechos materia de la acusación, no existe una etapa de presentación y desahogo de pruebas, pero lo que sí sucede, en términos de los artículos 421 y 422 del Código Procesal Penal del Estado de Durango, es que una vez que el juez acepta la apertura del procedimiento abreviado, mediante la aplicación de un test estricto de verificación de presupuestos, en la audiencia respectiva se le otorga la palabra al Ministerio Público para que exponga la acusación, además de mencionar las actuaciones y diligencias de la investigación que la fundamentan, lo que implica que las partes prevén la posibilidad de conciliar en la aceptación de los hechos que sustentan la acusación, a partir de los medios de convicción que ha logrado reunir el Ministerio Público en la etapa de investigación, con independencia de que aún no hayan obtenido el rango de prueba, por no haberse desahogado en juicio oral; sin embargo, se aceptan como elementos de convicción suficientes para corroborar la acusación y es a través del acuerdo que tiene el acusador con el acusado, sobre la aceptación de los hechos materia de la imputación y del procedimiento abreviado, como se solicita que se dicte la sentencia respectiva.*<sup>25</sup>

Amparo directo en revisión 1619/2015. 16 de marzo de 2016. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez.

Esta tesis se publicó el viernes 19 de agosto de 2016 a las 10:27 horas en el Semanario Judicial de la Federación. (Énfasis añadido).

Entonces, el pacto o acuerdo que existe entre el inculpado y el Ministerio Público para que el primero admita su responsabilidad en la comisión

---

<sup>25</sup> Tesis: 1a. CCXI/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, p. 785.



del delito no es propio del modelo teórico del sistema acusatorio, pues éste se rige por el principio de contradicción, consistente en “la confrontación pública y antagónica, en igualdad de condiciones entre las partes. Y ningún juicio contradictorio existe entre partes que, más que contender, pactan entre sí en condiciones de desigualdad”.<sup>26</sup>

Al pacto o acuerdo se hizo alusión en los códigos procesales penales que regularon el sistema acusatorio antes de la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales; por ejemplo, en el de Durango, en el artículo 420, fracción III, relativo a la actividad de verificación del juez que llevaba a cabo al resolver sobre la solicitud de procedimiento abreviado, se dijo literalmente respecto al inculpado: “Entiende los términos del *acuerdo* y las consecuencias que éste pudiera implicarle” (énfasis añadido).

Es tan importante el pacto, convenio o acuerdo al que nos referimos, que es reconocido en el terreno judicial por ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como es el caso de José Ramón Cossío, quien en el voto particular emitido en el amparo directo en revisión 4491/2013, expresó: “...Considero que si el procedimiento especial abreviado es el resultado de un *convenio* entre el acusador y el acusado, en el que de común acuerdo aceptan optar por una vía que permita la conclusión anticipada del juicio a fin de que no se tramite el procedimiento ordinario de juicio oral...” (énfasis añadido).

Además, doctrinalmente se ha reconocido y forma parte de la definición:

Es un procedimiento especial de actas que constituye una vía alternativa al Juicio Oral, en base a los registros que el Ministerio Público ha reunido durante la instrucción, de naturaleza más eficiente que garantista, toda vez que implica el sacrificio de notables derechos del acusado en pos de una salida más rápida y económica. Por lo mismo *supone un acuerdo entre el acusado y el fiscal, homologado en sede jurisdiccional*, en virtud del cual el primero renuncia voluntariamente a un posible juicio oral y acepta expresamente los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación en que se funda; y el segundo solicita al juez de garantía la imposición de una pena que no exceda de cinco años<sup>27</sup> (énfasis añadido).

---

<sup>26</sup> Aunado a lo antes dicho por Ferrajoli, además expresa tajantemente: “...La negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio y remite, más bien, a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la Inquisición”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 748.

<sup>27</sup> Cerda San Martín, Rodrigo y Hermosilla Iriarte, Francisco, *El Código Procesal Penal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, 3a. ed., Santiago, Librotecnia, 2008, p. 602.

El problema de un pacto en materia penal de esa naturaleza es que no se hace en condiciones de igualdad ni en audiencia ante el juez, por lo que puede haber coacción sobre el inculpado para que lo celebre, de ahí que haya violación de otros principios y no únicamente del de contradicción.

Aunado a lo anterior, en el terreno práctico se puede romper con lo consagrado en la fracción I, en la que se establece lo siguiente: “El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”, habida cuenta que el inculpado, por el temor de ser sentenciado en un juicio oral y obtener una pena más alta que la que pudiera fijársele en un procedimiento abreviado, puede llegar a admitir su responsabilidad aun cuando en realidad sea inocente; entonces, no se cumplirían la mayoría de las finalidades<sup>28</sup> del proceso, puesto que ni se esclarecieron los hechos delictuosos ni se protegió al inocente, y el verdadero culpable queda impune.<sup>29</sup> Se afirma lo anterior, pues si bien la Constitución exige que haya medios de convicción que corroboren la imputación, también lo es que no implica un ejercicio de valoración probatoria, sino únicamente se debe determinar “si hay lógica argumentativa a partir de que existen a partir de que existen suficientes medios de convicción que la sustenten”, de ahí que no se descarta la posibilidad de que se actualice la hipótesis que planteamos.

Lo anterior es así, pues el defensor no ejercerá plenamente la función que le corresponde; consecuentemente, no se hace efectivo el principio de contradicción al que nos hemos referido, pues como dice Ferrajoli: “La defensa... es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente en el *contradictorio* entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes”.<sup>30</sup>

En tal virtud, aun cuando el artículo segundo transitorio del decreto que contiene la reforma que consagra el sistema acusatorio mencione al artículo 20 constitucional (en su totalidad), se llega a la conclusión de que los principios que en el mismo se consagran para el procedimiento ordinario

---

<sup>28</sup> La Constitución no menciona la palabra “finalidades”, sino que dice: “El proceso penal tendrá por objeto”, pero consideramos que era más propio haber dicho: “El proceso penal tendrá por finalidades”. Para documentarse sobre tal discusión, véase Natarén Nandayapa, Carlos y Caballero Juárez, José Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio*, México, UNAM, 2013.

<sup>29</sup> “El pacto en materia penal, de hecho, no puede fundarse sino en un intercambio perverso. ¿Qué puede dar el sospechoso, en su confrontación desigual con la acusación, a cambio de la reducción de la condena, sino la propia declaración de culpabilidad o la admisión, incluso infundada, de haber codelinquido con los demás acusados?”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 748

<sup>30</sup> Cerda San Martín, Rodrigo y Hermosilla Iriarte, Francisco, *op. cit.*, p. 613.

—que comienza con la etapa de investigación, continúa con la intermedia y finaliza con la de juicio oral, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el tribunal de enjuiciamiento—, no todos son aplicables a la forma de terminación anticipada del proceso que estamos estudiando.

En el voto particular que formuló el ministro José Ramón Cossío en el amparo directo en revisión 4491/2013, expresó lo siguiente:

...la mayoría parte de la idea de que el procedimiento abreviado es parte del sistema procesal penal acusatorio de reciente incorporación al orden jurídico. Por tanto, concluye que se rige por los mismos principios procesales de debido proceso que son observables para el procedimiento penal ordinario de juicio oral.

En mi opinión, esta aseveración es totalmente errónea. A pesar de que el procedimiento abreviado se haya incorporado en el contexto de implementación legislativa del sistema procesal penal acusatorio, ello no significa que tenga la misma naturaleza jurídica y deba regirse por las mismas reglas del procedimiento penal ordinario de juicio oral.

Por otra parte, como lo afirmamos con antelación, las etapas que señalamos que componen al procedimiento ordinario, no todas están presentes en el procedimiento abreviado, tal como sucede con el desahogo de pruebas; empero, la locución “medios de convicción” que deben ser suficientes para corroborar la imputación ha generado confusión en algunos operadores del sistema en cuanto a su significado y por la forma en que quedó regulado en algunos códigos de las entidades federativas que se expidieron antes del Código Nacional de Procedimientos Penales. Veamos un ejemplo:

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Su tramitación no exime al juzgador de la obligación de valorar la totalidad de las pruebas que existan en la causa penal al dictar la sentencia respectiva (legislación del ESTADO DE NUEVO LEÓN).

Cuando el inculpado se acoge al procedimiento abreviado a que se refiere el artículo 601 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León, es necesario que en su trámite manifieste con anuencia de su defensor, entre otras cosas, que no tiene pruebas que ofrecer o desista de las ofrecidas, salvo las relativas a la individualización de la pena. *Sin embargo, ello no exime al juzgador de la obligación de valorar los restantes elementos de prueba que existan en la causa penal al dictar la sentencia respectiva*, pues es necesario que lo haga en su totalidad, a efecto de que precise con cuáles acreditó el hecho probado y si éste materializó el ilícito, así como la plena responsabilidad del inculpado; obligación que sólo al cumplirse permite conocer si se logró el objeto de la apelación prevista en el artículo 381 del citado código, y si se respetó el artículo 16 de

la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a la fundamentación y motivación de todo acto de autoridad.<sup>31</sup>

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito.

Amparo directo 280/2012. 9 de noviembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Felisa Díaz Ordaz Vera. Secretario: Severo Lugo Selvera (énfasis añadido).

Como se advierte de la lectura de la tesis antes señalada, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito consideró que no obstante que del artículo 601 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León se desprende que en su trámite es necesario que el inculpado, con anuencia de su defensor, manifieste que no tiene pruebas que ofrecer o desiste de las ofrecidas, salvo las relativas a la individualización de la pena, ello no eximía al juzgador de la obligación de valorar los restantes elementos de prueba que existan en la causa penal al dictar sentencia y señalar con cuáles se acreditó el delito cometido y la responsabilidad penal del inculpado.

En forma posterior a dicha interpretación, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo directo en revisión 1619/2015, determinó que la locución “medios de convicción suficientes” “no puede confundirse, interpretarse o asignarle como sentido, que deba realizarse un ejercicio de valoración probatoria por parte del juzgador para tener por demostrada la acusación formulada por el Ministerio Público”, sino lo que debe hacer el juez es “determinar si la acusación contra el imputado contiene lógica argumentativa, a partir de corroborar que existen medios de convicción que la sustenten”, sino que debe revisar respecto de éstos, la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia para sustentar la acusación. El Código Nacional de Procedimientos Penales, en el artículo 203, aclara que “...Serán medios de convicción los datos de prueba que se desprendan de los registros obtenidos en la carpeta de investigación”, y un dato de prueba, de acuerdo con el artículo 261, “es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado”.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes

---

<sup>31</sup> Tesis: IV.2o.P5 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIX, Tomo 3, abril de 2013, p. 2255.

para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción vii, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>32</sup>

En el precepto constitucional citado se establecen, entre otras cuestiones, que puede decretarse la terminación anticipada del proceso penal, si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito, y si “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”. Ahora bien, la locución “medios de convicción suficientes” no puede confundirse, interpretarse o asignarle como sentido, que deba realizarse un ejercicio de valoración probatoria por parte del juzgador para tener por demostrada la acusación formulada por el Ministerio Público, porque la labor del Juez de Control se constriñe a figurar como un ente intermedio que funge como órgano de control para que se respete el debido proceso y no se vulneren los derechos procesales de las partes, y es quien debe determinar si la acusación contra el imputado contiene lógica argumentativa, a partir de corroborar que existan suficientes medios de convicción que la sustenten; es decir, que la aceptación del acusado de su participación en la comisión del delito no sea el único dato de prueba, sino que está relacionada con otros que le dan congruencia a las razones de la acusación. De no considerarse así, no tendría sentido contar con un procedimiento abreviado, pues éste se convertiría en un juicio oral un tanto simplificado, otorgándole la misma carga al juzgador de valorar los datos de prueba para comprobar la acusación y premiando al imputado con el beneficio de penas disminuidas. En esta posición, al Juez de Control le corresponde verificar que efectivamente se actualicen las condiciones presupuestales para la procedencia de la resolución anticipada de la controversia, entre ellas, la de analizar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción invocados por el Ministerio Público en la acusación. En ese sentido, en el supuesto de que no existan medios de convicción suficientes para corroborar la acusación, es decir, que no tenga sustento lógico en otros datos diversos a la aceptación del acusado de haber participado en la comisión del delito, el juzgador estará en posibilidad de rechazar la tramitación del procedimiento abreviado. Consecuentemente, la decisión sobre la procedencia del procedimiento referido no depende del ejercicio de valoración de los medios de convicción con los que el Ministerio Público sustenta la acusación para afirmar la acreditación del delito y la demostración de culpabilidad del acusado, pues el Juez de Control no tiene por qué realizar un juicio de contraste para ponderar el valor probatorio de cada elemento y, a partir de este resultado, formarse convicción sobre la culpabilidad o inocencia del sentenciado, ya que ello está fuera de debate, porque así lo convinieron las partes. De esta manera, la locución referida deberá entenderse como la

---

<sup>32</sup> Tesis: 1a. CCXII/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, p. 783.

obligación del juzgador de revisar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción reseñados por el Ministerio Público para sustentar la acusación, y uno de los requisitos previos a la admisión de la forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio.

Amparo directo en revisión 1619/2015. 16 de marzo de 2016. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez.

Esta tesis se publicó el viernes 19 de agosto de 2016 a las 10:27 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

#### IV. CONSECUENCIAS DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Todo lo antes descrito produce consecuencias, tanto desde el punto de vista del cumplimiento del principio de justicia pronta como de que el procedimiento abreviado ayuda a hacer el sistema más eficiente y evita o coadyuva a su descongestión, pero, también, una parte de la doctrina advierte que hay violación de principios constitucionales y no se respetan algunas garantías que tutelan el procedimiento penal. Además, en la práctica, en México, puede alentar la corrupción y obstaculizar el logro de las finalidades del proceso penal acusatorio que están consagradas en la Constitución federal.

En relación con su justificación, se pueden esgrimir argumentos de fondo como el de hacer efectiva la justicia pronta a que se refiere el artículo 17 constitucional, pues se dice que “justicia retardada, no es justicia”. También se pueden aducir criterios relacionados con el aspecto administrativo relativos al funcionamiento del sistema de justicia; por ejemplo que despresuriza el sistema y permite desahogar asuntos con mayor prontitud, con el consiguiente ahorro de recursos, de tiempo y de esfuerzos de los operadores de justicia, para canalizarlos a los procedimientos ordinarios en los que se lleva a cabo la audiencia de juicio oral. Todo lo anterior es parte de la justificación de la inclusión del procedimiento abreviado en el sistema de justicia penal mexicano.

Por otra parte, se realiza la crítica de que no cumple con ciertos principios procesales del sistema acusatorio, como lo tratamos de demostrar con antelación, puesto que con el pacto que se lleva a cabo entre el inculpado, con la asesoría de su defensor, y el agente del Ministerio Público, se está suprimiendo el juicio contradictorio, de ahí la aseveración que se hizo en

la introducción de este trabajo, en el sentido de que no guarda coherencia total el procedimiento abreviado con esa forma de enjuiciamiento.

Al respecto, Ferrajoli, al analizar el procedimiento abreviado y la aplicación de las penas a instancia de las partes (implantados en Italia), los considera, como procedimientos transaccionales, y lo llevan a cuestionarse si se trata de “procedimientos alternativos” o en realidad de “medidas alternativas del proceso”, y dice literalmente: “Ante estos procedimientos transaccionales, y especialmente al pacto sobre la pena, es lícito preguntarse si debe considerárselos «procedimientos alternativos» o, mejor, «medidas alternativas del proceso». De hecho, pueden convertirse en una especie de justicia de cadí, encomendada a la acusación, a la que se reconoce una discrecionalidad total sobre la decisión de consentir un juicio abreviado...”<sup>33</sup>

Y respecto al pacto que surge entre las partes, afirma el autor, que el presupuesto básico del procedimiento abreviado, tal como sucede en la práctica, es la “voluntad concorde de las partes” de tal manera que se arriba a un pacto, “con la consiguiente supresión del juicio contradictorio”, y ya llevado al extremo produce las siguientes consecuencias:

Todo el sistema de garantías queda así desquiciado: el nexo causal y proporcional entre delito y pena...; los principios de igualdad, certeza y legalidad penal...; la inderogabilidad del juicio...; la presunción de inocencia y la carga de la prueba de la acusación...; el principio de contradicción, que exige el conflicto y la neta separación de funciones entre las partes procesales. Incluso la propia naturaleza del contradictorio queda pervertida...”<sup>34</sup>

De ahí que Ferrajoli haga el análisis del procedimiento abreviado y de la aplicación de la pena a instancia de las partes, a partir de sus fundamentos, y dice al respecto:

...Se funda en dos argumentos, el primero, teórico, es que son coherentes con la opción por el “sistema acusatorio”, y con la naturaleza del “proceso entre partes”, que impone al juicio el nuevo código; el segundo, pragmático, es el de que sólo el empleo en la mayor parte de los casos de estas alternativas formales, hace, en términos reales, practicable en los demás supuestos la celebración de un juicio contradictorio según el nuevo modelo acusatorio. En mi opinión, el primer argumento es infundado; el segundo, por sí solo, prueba demasiado y termina por justificar el sacrificio de las garantías en algunos procesos en aras de su satisfacción máxima en otros pocos.

---

<sup>33</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 749.

<sup>34</sup> *Idem.*

La tesis, refrendada por la doctrina hasta convertirse en un lugar común, de que las dos formas de acuerdo son un resultado lógico del “método acusatorio” y del “proceso entre partes” es totalmente ideológica y mistificadora..., una tesis como esta ... es fruto de una confusión entre el modelo teórico acusatorio —que consiste únicamente en la separación entre juez y acusación, en la igualdad entre acusación y defensa, en la oralidad y publicidad del juicio— y las características concretas del proceso penal acusatorio estadounidense, algunas de las cuales, como la discrecionalidad de la acción penal y el pacto, no tiene relación alguna con el modelo teórico.<sup>35</sup>

También en la doctrina chilena hay quien reconoce que “el procedimiento abreviado merma el sistema de garantías”. Un ejemplo de lo anterior es lo expresado por Cerda San Martín:

El procedimiento abreviado disminuye las garantías, desde ya el derecho a defensa se ve seriamente menoscabado, pues el acusado queda impedido de rendir pruebas, no le es posible refutar fácticamente los elementos de convicción que obren en la investigación oficial; frente al reconocimiento de los hechos de la acusación, el estado de inocencia del imputado si bien se mantiene, sufre una sensible disminución, de otro lado, el principio acusatorio, de división de funciones, también se ve disminuido, ya que el mismo juez que intervino durante la instrucción será quien resuelva sobre la procedencia del procedimiento especial.<sup>36</sup>

En forma muy radical, Zamora Pierce critica duramente el acuerdo que subyace en el procedimiento abreviado, pues considera que “destruye cabalmente el juicio” y, por ende, “la sentencia condenatoria que pudiese dictarse en dicho procedimiento viola la garantía de juicio previo”.<sup>37</sup> También estima que se rompe el lazo garantista entre la prueba plena y la pena, que hay coacción para celebrar el pacto, y que en México la negociación entre las partes puede generar corrupción.

Sergio García Ramírez pone en la balanza los pros y los contras del procedimiento abreviado: “Aquí entran en escena las exigencias de la justicia expedita y el plazo razonable, en tensión con los fines explícitos del proceso. Lo deseable es evitar a la vez la justicia retardada, que sería denegada, y la justicia atropellada, que culmina en la injusticia”.<sup>38</sup> La crítica que plantea es

<sup>35</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 8, p. 747.

<sup>36</sup> Cerda San Martín, Rodrigo y Hermosilla Uirarte, Francisco, *op. cit.*, pp. 602 y 603.

<sup>37</sup> Zamora Pierce, Jesús, *Juicio oral. Utopía y realidad*, 3a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 82.

<sup>38</sup> García Ramírez, Sergio, “Comentarios sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVII, núm. 141, septiembre-diciembre de 2014, p. 1187.



que considera que es “evidente la injerencia del M. P. en la determinación de la pena, por encima de las atribuciones del juzgador, fuertemente mediado por el órgano titular de la acusación”.<sup>39</sup> Lo que le da elementos para fortalecer la interrogante que a lo largo de su trabajo se plantea: “¿justicia o economía?”.

En la práctica, el mayor problema consiste en que el acuerdo o pacto que realizan el inculpado, con asesoría de su defensor, y el agente del Ministerio Público, es un incentivo que propicia la corrupción en México, ya que pudieran darse varias hipótesis que rompen con la normativa constitucional o legal, como es el caso de que haya de por medio dinero para que el servidor público aludido solicite la apertura del procedimiento abreviado para que lo haga, o incluso para que pida determinada pena. Asimismo, puede que un inocente se declare culpable aun cuando haya medios de convicción que en “apariencia lógica” pudieran dar sustento a la acusación, ya que no hay desahogo de pruebas, y quienes hemos tenido a nuestro cargo la difícil tarea de juzgar sabemos que en muchas de las ocasiones así sucede hasta en tanto no se hace el desahogo de pruebas que ofrece el defensor para refutar la hipótesis acusatoria, entonces, puede romperse esa “apariencia lógica”.

## V. CONCLUSIONES

En la reforma de junio de 2008, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se consagró el sistema acusatorio como forma de enjuiciamiento penal regido por distintos principios, entre ellos el de contradicción, y como “parte” de dicho sistema (según el artículo transitorio segundo, párrafo segundo, del decreto respectivo), consagró el procedimiento abreviado, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para hacer efectivo lo establecido en el artículo 17 constitucional, relativo a la justicia pronta, para despresurizar el sistema que estaba recargado con un cúmulo de trabajo cada vez más intenso, que retardaba la terminación del proceso y amenazaba con congestionar el sistema, por el ahorro de recursos, tiempo y esfuerzos al terminar una gran cantidad de procesos en forma anticipada, para canalizarlos a la realización de audiencias de juicio oral en el procedimiento ordinario. En la práctica, hasta este momento, ha ayudado a evitar que se sature el sistema, y ello ha justificado su inclusión en el mismo.

El procedimiento abreviado rompe con ciertos principios que rigen al sistema acusatorio. En este escrito se analizó, en concreto, el principio de

---

<sup>39</sup> *Idem.*

contradicción, que hace posible refutar la hipótesis de la acusación y se controvierten los medios de prueba con los que pretende probarla, pero que no se hace presente en el procedimiento mencionado, habida cuenta que hay un pacto previo entre el inculpado, con asesoría de su defensor, y el agente del Ministerio Público, lo que viene a suprimir el juicio contradictorio. De ahí que consideramos acertados los criterios analizados que fueron esgrimidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al considerar que es diferente del procedimiento ordinario, ya que no se celebran todas las etapas de éste, ni se observan ciertos principios, pues terminaría por desnaturalizarse si así se hiciera, y no fue diseñado para que ello sucediera.

En tal virtud, en su diseño subyace la violación de algunos principios que son guía del sistema acusatorio y, consecuentemente, está presente el riesgo de no alcanzar algunas de las finalidades previstas por la Constitución mexicana (“objeto” dice ésta), por la razón de que el procedimiento abreviado no guarda coherencia con el modelo teórico del sistema acusatorio, pues frente a la acusación se debe hacer efectivo el derecho de defensa para refutar la hipótesis acusatoria, “confrontación pública y antagónica” en un plano de igualdad, lo cual no se da al celebrar el acuerdo al que nos referimos.

Entonces, encontramos latente una paradoja: se consagra como parte del sistema acusatorio al procedimiento abreviado, no obstante que no se rige por la totalidad de los principios del sistema acusatorio. Además, se debe reconocer el riesgo de ser un incentivo para generar corrupción con motivo de los pactos que se celebran en plano desigual, el inculpado, con asesoría de su defensor, y el agente del Ministerio Público, sin la asistencia del juez, y, consecuentemente, puede darse el caso en la práctica de que no se alcancen las finalidades del proceso, de ahí el riesgo de que se sacrifique la justicia en aras de la eficiencia, o bien la calidad por la cantidad.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, *El Código Procesal Penal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, 3a. ed., Santiago, Librotecnia, 2008.
- DAMASKA, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, trad. Andrea Morales Vidal, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, Ariel, 2000.

- FEBVRE, Lucien, *Combates por la historia*, Barcelona, Ariel, 1974.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 8a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2006.
- FLORESCANO, Enrique, *La función social de la Historia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- GARAPON, Antoine y PAPADOPOULUS, Ionnis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, trad. de Viviana Díaz Perilla, Bogotá, 2006.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Comentarios sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 141, septiembre-diciembre de 2014.
- KUNKEL, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, trad. de Juan Miquel, Barcelona, Ariel, 2009.
- MONTESQUIEU, Carlos Luis de Secodant, Barón de la Brède y de, *El espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estevanez y Matilde Huici, Buenos Aires, El Ateneo, 1951.
- MUÑOZ NEIRA, Orlando, *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, Bogotá, Legis, 2006.
- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio*, México, UNAM, 2013.
- PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Nápoles, 1799.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Miguel Ángel, *La casación y el derecho de recurrir en el sistema acusatorio*, México, UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013.
- ZAMORA PIERCE, Jesús, *Juicio oral. Utopía y realidad*, 3a. ed., México, Porrúa, 2011.

## ÉTICA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y ORAL. UN PRIMER ACERCAMIENTO

Javier SALDAÑA SERRANO\*

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Ética profesional como ética aplicada.* III. *Características del «buen» jurista.* IV. *Principios éticos en el nuevo sistema penal acusatorio y oral.* V. *Principios ético-jurídicos del Ministerio Público, la policía y el juez.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Referirse a la ética en el nuevo sistema penal acusatorio y oral plantea, sin duda, varios dilemas dignos de considerar. Quisiera centrar mi atención en al menos tres de éstos.

i) Un primer problema relevante se refiere a la escasa —casi diríamos nula— bibliohemerografía existente en materia de ética en el nuevo sistema penal acusatorio y oral. La indagación sobre el material necesario para redactar este trabajo me llevó a confirmar lo antes señalado. Es verdad que existen una infinidad de libros y artículos sobre la parte sustancial del nuevo sistema; esto es, el aspecto procesal del mismo,<sup>1</sup> pero prácticamente no hay nada que aborde el tema relativo a la ética en este nuevo paradigma, y menos aún que trate el aspecto deontológico de sus protagonistas.

---

\* El autor es doctor en derecho por la Universidad de Navarra, Pamplona, España. Es investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y profesor por oposición de filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM.

<sup>1</sup> Quizá la más importante colección de trabajos escritos sobre los diferentes aspectos del nuevo sistema penal acusatorio y oral sea la *Colección de juicios orales*, coordinada por los profesores Jorge Witker y Carlos Natarén, publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Al momento de redactar este trabajo, dicha colección alcanzaba la cantidad de veinticinco ejemplares.

Hay, sin embargo, un trabajo escrito por José Daniel Hidalgo Murillo titulado *Hacia una teoría de la prueba para el juicio oral mexicano*,<sup>2</sup> cuyo capítulo inaugural llamado “Ética, prueba y derechos humanos”, plantea interesantes reflexiones deontológicas que le sirven como soporte axiológico de todo lo que expondrá después sobre el nuevo sistema penal.<sup>3</sup> Así, por ejemplo, refiriéndose al tema objeto del libro —la prueba— dice claramente desde sus primeras páginas:

Es casi imposible referirme a la prueba sin un planteamiento ético. En definitiva, la prueba —esto es, el hallazgo, su identificación, acopio, embalaje, transporte, custodia, procesamiento, desahogo y valoración— es una ética del procedimiento probatorio —una deontología— porque es una acción humana, porque de su resultado se puede producir mucho mal y mucho bien, porque por su medio se puede arribar a la verdad, objeto de la ética.<sup>4</sup>

ii) El segundo problema al que se enfrenta quien decide tratar el tema de la ética en el nuevo sistema penal y, en general, quien desea escribir sobre la ética en el terreno del derecho penal, ya no se refiere al escaso material disponible, sino al área en la que se pretende enseñar la ética.

Especificando un poco más, se tendría que decir que si bien existe una gran dificultad para introducir el argumento ético entre los juristas, es doblemente difícil fijarlo entre los penalistas. Digámoslo con claridad: a todos los profesionales del derecho les cuesta mucho trabajo aceptar que la ética tenga alguna relevancia en el ejercicio cotidiano de su actividad.

Lo anterior se debe a una infinidad de causas, que van desde las puramente técnicas (por ejemplo, aceptar sin rechistar el dogma positivista de la separación radical entre el derecho y la moral), hasta las estrictamente personales, ya que es una verdad sabida que es precisamente el derecho penal el ámbito en el que prevalecen las más impropias conductas humanas, tanto de los servidores públicos que en ese terreno se mueven como de los abogados dedicados a ese ramo. En definitiva, si los juristas son reacios para aceptar la ética, los penalistas son los peores.

iii) En íntima relación con lo anterior, el tercer problema que afecta a los teóricos de la ética en el nuevo sistema penal se refiere ahora al sujeto de la acción ética. Es verdad que de un tiempo a la fecha se viene hablando

---

<sup>2</sup> Hidalgo, Murillo, José, Daniel, *Hacia una teoría de la prueba para el juicio oral mexicano*, México, Flores, 2013.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 1-50.

<sup>4</sup> Hidalgo, Murillo, José, Daniel, *Hacia una teoría de la prueba para...*, *cit.*, p. 2.

de ética de las instituciones,<sup>5</sup> pero el sentido focal de la acción moral sigue siendo la persona en lo individual; es decir, el sujeto como protagonista de la acción moral. Es en este punto donde se presenta el problema; y es que si observamos el artículo 105 del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) son al menos ocho los sujetos del procedimiento penal. Señala el referido artículo: “son sujetos del procedimiento penal los siguientes: i) La víctima u ofendido; ii) El Asesor jurídico; iii) El imputado; iv) El Defensor; v) El Ministerio Público; vi) La Policía; vii) El Órgano jurisdiccional, y viii) La autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso”. ¿De quién entonces proclamamos la ética: de la víctima, de su asesor, del imputado, del defensor, del Ministerio Público, del juez, de la policía, de los peritos? ¿De quien?

Evidentemente que la respuesta inmediata a las anteriores preguntas es que la ética alcanza a todas las personas involucradas en el nuevo sistema penal, pero hay algunas de ellas en las que la exigencia ética se convierte —aún más— en una necesidad imperiosa y urgente. Así, por ejemplo, el policía y el ministerio público, junto con el juez de control, son los sujetos que con mayor apremio deben tomarse en serio el tema ético, porque son ellos con los que se comienza todo el procedimiento penal.

Tomando en consideración las tres dificultades anteriores, desarrollaré mi exposición del siguiente modo:

i) En primer lugar, y tomando en consideración que los principales protagonistas del nuevo sistema penal son profesionistas del derecho, trataré de explicar el origen de lo que desde la segunda mitad del siglo XX se conoce con el nombre de las «éticas profesionales». Esto, por la sencilla razón de que hablar hoy de ética o deontología de cualquier actividad humana institucionalizada nos remite necesariamente a la explicación de las éticas profesionales, demostrando con esto que la referencia a este tipo de éticas aplicadas ni es una moda ni una invocación a los buenos sentimientos de las personas, sino una necesidad sentida desde las filas de la exigencia práctica cimentada en bases profundamente científicas.

ii) En segundo lugar, y a partir de lo anterior, es importante señalar que los profesionistas involucrados en el nuevo sistema penal —como todo el sistema en general— se encuentran sujetos a un conjunto de principios cuya naturaleza no es únicamente jurídica, sino también ética. Principios como el de «independencia», «objetividad», «legalidad», «respeto a los derechos humanos», etcétera, comparten esta doble naturaleza y han de ser observa-

<sup>5</sup> Lozano, M., Josep, *Ética y empresa*, Valladolid, Totta, 1999, pp. 15-34.

dos por cualquier profesionista, alcanzando una doble relevancia en el caso de quienes sirven en el nuevo sistema penal acusatorio oral.

La referencia a los anteriores principios de ética profesional es coincidente con los anunciados en el CNPP. Por esta razón, en el trabajo se tratará de mostrar, igualmente, la aplicación y operatividad de los mismos a la luz de lo que el propio CNPP señala. Como ya se puede inferir, los personajes que serán objeto de particular atención en este trabajo son el policía, el Ministerio Público y el juez como protagonistas en el nuevo sistema penal acusatorio y oral.

Lo que persigo en esta segunda parte del trabajo es mostrar cómo el discurso de las éticas profesionales —y en general de la ética jurídica— no es un ejercicio puramente teórico o simplemente especulativo, sino que el mismo pretende tener un significativo reflejo práctico. De este modo, las éticas aplicadas —específicamente las éticas profesionales— son más que una entelequia, son una realidad.

## II. ÉTICA PROFESIONAL COMO ÉTICA APLICADA

En un interesante libro llamado *Razón pública y éticas aplicadas. Los cambios de la razón práctica en una sociedad pluralista*,<sup>6</sup> la profesora Adela Cortina señalaba con toda claridad el momento preciso en el que aparecieron las denominadas «éticas aplicadas». Dice la profesora española que a mediados del siglo XX surgen en la sociedad occidental lo que se conoce como «éticas aplicadas». Así, al lado de los tres giros sufridos por la filosofía (el giro lingüístico, hermenéutico y pragmático), se sumaba un cuarto, el «giro aplicado»,<sup>7</sup> que echaba raíces en una parte importante de la filosofía práctica como es el de la filosofía moral.

De este modo, se pasó de una preocupación teórica o de fundamentación de la ética, a la necesidad de aplicar a los problemas concretos lo ganado en dicho ámbito especulativo.<sup>8</sup> Ya no fueron los problemas filosóficos o de fundamentación los únicos que ocuparon la atención de los filósofos morales, sino la serie de dilemas prácticos los que igualmente exigían una solución. Así, las éticas aplicadas aparecen entonces como respuesta a la serie de problemas concretos que exigían una solución; aquéllos proponían una nueva forma de estudiar la ética y definían un nuevo objetivo de esta última.

---

<sup>6</sup> Cortina, Adela, y García-Marzá, Domingo (ed.), *Razón pública y éticas aplicadas. Los cambios de la razón práctica en una sociedad pluralista*, Madrid, Tecnos, 2003.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>8</sup> *Idem*.

No fue gratuito que precisamente fuera después de la primera mitad del siglo XX el momento de aparición de un gran número de esfuerzos por tratar de responder a problemas concretos.<sup>9</sup> Uno de los más significativos fue, sin duda, el de la bioética, también llamada “ética de la vida”, y las importantes repercusiones morales que ésta acarrearía, las que, a partir del fuerte impacto tecnológico que implicó la manipulación genética, tendría que enfrentarse a escenarios nada cómodos para nadie, como el principio y fin de la vida humana (aborto y eutanasia); el tratamiento de las preguntas éticas sobre la posibilidad que los padres tienen hoy de elegir las cualidades físicas e intelectuales de sus futuros hijos (niños “a la carta”); el dilema moral que implica la clonación de seres humanos; la donación de órganos, etcétera.<sup>10</sup> Todos estos escenarios no plantearon un problema técnico; su radicalidad se expresaba en términos morales, ¿qué hacer?

Al lado de los problemas que acarreó la bioética, aparecieron también fuertes cuestionamientos éticos ante los vertiginosos avances tecnológicos, asuntos como poner freno a la fabricación de armas de destrucción masiva, o el establecimiento de una serie de restricciones al uso indiscriminado del Internet o de las llamadas redes sociales, en las que hoy es relativamente sencillo obtener cualquier tipo de información, que muchas veces es usada para delinquir.

La preocupación por el medio ambiente ocupó igualmente un lugar central en estos primeros momentos de reflexión sobre las éticas aplicadas. La enorme cantidad de problemas relativos al deterioro ambiental, tales como las intensas olas de calor, la desertificación en grandes zonas del planeta, las lluvias ácidas, o las consecuencias del uso de la energía atómica,<sup>11</sup> nos colocaron literalmente —como dice la profesora Cortina— ante un riesgo ecológico.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> En esta parte seguimos la exposición de los problemas que hace la profesora Adela Cortina en su trabajo *Viabilidad de la ética en el mundo actual*, México, U. Iberoamericana, Puebla, 2006, pp. 9-14.

<sup>10</sup> Por sólo mencionar un grave dilema moral que plantea la bioética se puede señalar el tema de la eugenesia liberal. Ésta consiste en que “los padres que tengan medios económicos van a poder conseguir que se manipule genéticamente el genoma de sus hijos, de tal manera que puedan nacer con mayores capacidades intelectuales o con mayor estatura o con mayores capacidades de otro tipo, no se trata de que la gente con mayor poder va a poder dar mejor educación a sus hijos, esto es viejo como la humanidad, sino que se podrán pagar ventajas genéticas”. *Ibidem*, p. 10.

<sup>11</sup> Pérez, Valera, Víctor, Manuel, *Ser más humano. Reflexiones sobre ética y derecho*, México, Porrúa-U. Iberoamericana, 2015, pp. 95-100.

<sup>12</sup> Dice Cortina: “El riesgo global se puede ver a futuro en cuatro aspectos fundamentales: en primer lugar el riesgo ecológico; estamos esquilmando las fuentes de riqueza, estamos



Es en este contexto donde aparecen las denominadas “éticas profesionales”, las cuales se cuestionan por la manera en la que vienen desarrollándose los quehaceres cotidianos y por el propósito de éstos. De lo que se trata con las éticas profesionales es, en definitiva, intentar ofrecer una respuesta a la pregunta de qué es una profesión y cuál es su *éthos*. Así, para esta particular especie de las éticas prácticas, ser un buen profesionista exige algo más que poseer conocimientos técnicos de su actividad, hace falta además —como dice Cortina— elevar la estatura moral tanto de la persona del profesionista como de la profesión a la que se dedica.<sup>13</sup>

Ahora bien, esta exigencia ética alcanza cualquier actividad humana, lo mismo al médico que al ingeniero, igual al docente que al periodista, también al policía que al abogado, etcétera.<sup>14</sup> Para el caso de este último, la profesora Cortina ha descrito perfectamente en qué consiste el compromiso ético que el Derecho exige hoy a sus profesionistas; dice la catedrática de Valencia: “Si el ejercicio de la actividad profesional exige excelencia, y no basta con evitar la negligencia, entonces el derecho es insuficiente: es preciso forjar el *ethos*, el carácter de la actividad, que se forma con valores, principios y virtudes, no con el mero seguimiento de leyes”.<sup>15</sup>

Entiéndase bien: no es con el mero cumplimiento de las leyes como se forma el carácter del buen profesional del derecho, ni la sola referencia a éstas dignifica a la profesión jurídica. Para esto se requiere perfilar un *ethos* profesional que se oponga a un *ethos* burocrático. En este contexto, la ética profesional del jurista exige recordar al menos algunas de las características que han identificado siempre al buen jurista.

### III. CARACTERÍSTICAS DEL «BUEN» JURISTA

i) En primer lugar, el buen Ministerio Público, el buen juez, el buen perito, en definitiva, el buen jurista, no puede ver su profesión como un simple medio

---

acabando con el desarrollo sostenible y como sigamos por el camino por el que vamos no va a quedarnos alguna parte del planeta que esté sana...”. Adela Cortina en su trabajo “Viabilidad de la ética en el mundo actual”..., *cit.*, p. 10.

<sup>13</sup> Cortina, Adela, “El sentido de las profesiones”, en *10 palabras clave en ética de las profesiones*, AVD, Estella, 2000, p. 17.

<sup>14</sup> *Ibidem*, *passim*. Donde se observan éticas del deporte, docencia, economía, ingeniería, investigación, judicatura, periodismo, medicina, sacerdocio, entre otras.

<sup>15</sup> Cortina, Adela, y García-Marzá, Domingo (ed.), *Razón pública y éticas aplicadas...*, *cit.*, p. 16.

para su sustento económico.<sup>16</sup> Por desgracia, en el ámbito del ejercicio profesional, especialmente entre los abogados penalistas, se suele enfatizar mucho este aspecto como el prioritario, y a veces único. Lo importante es hacer dinero, caiga quien caiga, desnaturalizando con esta actitud a la profesión jurídica.<sup>17</sup> Es verdad que haber estudiado una profesión y ejercerla ayuda a obtener recursos económicos, pero “esto no ha de llevar al error de considerar que las profesiones son exclusivamente un instrumento para obtener ganancias económicas o para lograr estatus social”.<sup>18</sup>

ii) En segundo lugar, y motivado por lo anterior, se encuentra el hecho —desgraciadamente hoy palpable— de una falta de vocación por el ejercicio de la profesión jurídica. Ésta, ya no es esa voz interior que nos invitaba a seguirla con pasión y amor, convencidos de que con ella se podía alcanzar un mundo mejor. Ahora, pareciera que la profesión se ha convertido en una válvula de escape al desempleo, creyendo falsamente que siendo una actividad relativamente sencilla podremos pronto ser llamados profesionistas del derecho y dedicarnos a ésta, pero sin vocación, es decir, ser un profesional, sin ese llamado interior. Sin embargo, sin vocación, el jurista se convierte en un autómatas, sin un fin noble por perseguir. Tiene razón Jorge Malem cuando afirma que las “profesiones deben ser ocupadas por personas con vocación. Esto es, por individuos que tienen la pretensión de hacer de su actividad su estilo de vida, con la intención de practicarla de un modo continuado en el tiempo, con un claro sentido de pertenencia en ella...”.<sup>19</sup>

iii) En tercer lugar, el buen profesionista sabe perfectamente que su actividad no se hace en forma aislada, sino que habitualmente se desarrolla en forma colectiva, con sus pares o con quienes todos los días convive, formando con ellos lo que podríamos llamar “ideales colectivos de la profesión”. Dice Adela Cortina refiriéndose al ejercicio colectivo de la profesión: “entro

---

<sup>16</sup> Comentando la definición que ofrece Max Weber sobre lo que es una profesión, la cual reitera la idea del rendimiento económico como fundamental, la profesora Cortina señala: “Sin embargo, si lo piensa con cierta detención, el ciudadano corriente se percatará de que la profesión no es sólo eso, de que no es sólo un *instrumento individual* para conseguir el dinero con el que mantenerse, sino bastante más”. Cortina, Adela, “El sentido de las profesiones”, en *10 palabras clave en ética...*, cit., p. 13.

<sup>17</sup> Para este punto véase Del Rosal, Rafael, *Normas deontológicas de la abogacía española. Una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria*, Madrid, Thomson-Civitas, 2002, pp. 103-108.

<sup>18</sup> Malem, Jorge, “La profesionalidad judicial”, en Cátedra Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2009, p. 65.

<sup>19</sup> *Idem.*

en un cuerpo profesional de colegas, un *collegium*, y pronuncio un juramento y me comprometo con ellos y con las normas de la profesión. Hay una comunidad que tiene unas normas, que persigue una metas, y no puedo usar nunca mis motivaciones particulares como razón para no cumplir las normas de la profesión”.<sup>20</sup>

Este espíritu colectivo se va construyendo a través de una serie de aptitudes, de hábitos que el profesionista ha de poseer, y que terminan por moldear su carácter como jurista; son lo que se conoce como las virtudes profesionales que el buen jurista debe tener.

Un reflejo de esto último es el reclamo de «probidad» como exigencia para las partes —entre ellos los abogados— que establece el artículo 107 del CNPP, el cual exige evitar planteamientos dilatorios, o cualquier abuso en el ejercicio de las facultades o derechos que el Código les concede.<sup>21</sup>

Finalmente, habrá que decir que, sin duda, cabe la posibilidad de que la profesión se ejerza sin los requerimientos anteriores; pero esto no es lo que busca la ética profesional. Ésta exige ir más allá del mero cumplimiento de los deberes establecidos en la ley, permitiendo distinguir entre el buen profesional y el burócrata de turno, entre el excelente servidor público y los técnicos que simplemente desarrollan una ocupación. De manera por demás clara lo ha dejado establecido Adela Cortina: “Por eso, el profesional se esfuerza, trata de ser excelente y no se contenta con no ser negligente. El buen profesional no se conforma con cumplir la legalidad —que, en ocasiones, ya sería mucho— sino que quiere llegar a la excelencia, porque desea ofrecer ese bien de la mejor manera posible”.<sup>22</sup>

#### IV. PRINCIPIOS ÉTICOS EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y ORAL

Instalados ya en el nuevo sistema penal acusatorio, cabría identificar y distinguir dos tipos de principios: aquellos que se encuentran expresamente es-

---

<sup>20</sup> Cortina, Adela, “Ética para las profesiones del siglo XXI”, *Cuadernos de la cátedra de ética, 1*, León, U. Iberoamericana, campus León, 2009, p. 18.

<sup>21</sup> Dice el mencionado artículo: “Los sujetos del procedimiento que intervengan en calidad de parte, deberán conducirse con probidad, evitando los planteamientos dilatorios de carácter formal o cualquier abuso en el ejercicio de las facultades o derechos que este Código les concede.

El órgano jurisdiccional procurará que en todo momento se respete la regularidad del procedimiento, el ejercicio de las facultades o derechos en términos de ley y de la buena fe”.

<sup>22</sup> Cortina, Adela, *op. cit.*, p. 19.

tablecidos en el capítulo I del CNPP, y aquellos que no estando en esta larga lista aparecen más adelante, y son los que podríamos calificar como propiamente deontológicos.

Los primeros —como se señaló— aparecen en el primer capítulo del CNPP; estos son: el principio de publicidad,<sup>23</sup> de contradicción,<sup>24</sup> de continuidad,<sup>25</sup> de concentración,<sup>26</sup> de inmediación,<sup>27</sup> principio de igualdad ante la ley,<sup>28</sup> de igualdad entre las partes,<sup>29</sup> de juicio previo y debido

---

<sup>23</sup> Artículo 5o. Principio de *publicidad*: Las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento sino también el público en general, con las excepciones previstas en este Código.

Los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia en los casos y condiciones que determine el Órgano jurisdiccional conforme a lo dispuesto por la Constitución, este Código y los acuerdos generales que emita el Consejo.

<sup>24</sup> Artículo 6o. Principio de *contradicción*. Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo lo previsto en este Código.

<sup>25</sup> Artículo 7o. Principio de *continuidad*: Las audiencias se llevarán a cabo de forma continua, sucesiva y secuencial, salvo los casos excepcionales previstos en este Código.

<sup>26</sup> Artículo 8o. Principio de *concentración*: Las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión, en los términos previstos en este Código, salvo los casos excepcionales establecidos en este ordenamiento.

Asimismo, las partes podrán solicitar la acumulación de procesos distintos en aquellos supuestos previstos en este Código.

<sup>27</sup> Artículo 9o. Principio de *inmediación*: Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del Órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.

<sup>28</sup> Artículo 10. Principio de *igualdad ante la ley*: Todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa. No se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas.

Las autoridades velarán por que las personas en las condiciones o circunstancias señaladas en el párrafo anterior, sean atendidas a fin de garantizar la igualdad sobre la base de la equidad en el ejercicio de sus derechos. En el caso de las personas con discapacidad, deberán preverse ajustes razonables al procedimiento cuando se requiera.

<sup>29</sup> Artículo 11. Principio de *igualdad entre las partes*: Se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen.

proceso,<sup>30</sup> de presunción de inocencia,<sup>31</sup> y de prohibición de doble enjuiciamiento.<sup>32</sup>

Sin duda, estos postulados guardan para sí una profunda carga ética; así, por ejemplo, la igualdad entre las partes, la presunción de inocencia o la prohibición del doble enjuiciamiento, etcétera, tienen como objetivo resguardar la dignidad de la persona (idea ética por excelencia); pero esta idea se encuentra también en otro grupo de principios que del mismo modo mantienen para sí una profunda carga ética, y que han recibido más atención de las éticas profesionales. Es el caso de aquellos postulados que orientan las actuaciones profesionales de los tres principales protagonistas del nuevo sistema penal acusatorio y oral, a saber: el Ministerio Público (en adelante MP), la policía y los jueces y magistrados.<sup>33</sup> ¿Cuáles son estos principios?, ¿dónde se encuadran ubicados en el CNPP?, ¿cuál es su alcance? Son algunas de las preguntas que trataremos de responder a continuación.

En el caso del MP, los principios que rigen su actividad están señalados en el artículo 131 del CNPP, específicamente en su fracción XXIII. Esta sección establece que el MP deberá “actuar en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos”.

---

<sup>30</sup> Artículo 12. Principio de *juicio previo y debido proceso*: Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> Artículo 14. Principio de *prohibición de doble enjuiciamiento*: La persona condenada, absuelta o cuyo proceso haya sido sobreseído, no podrá ser sometida a otro proceso penal por los mismos hechos. Para un análisis puntual de estos principios, cfr., Natarén, Nandayapa, Carlos, F., y Caballero, Juárez, José Antonio, “Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano”, en *Colección de juicios orales*, 3, México, UNAM, 2013, *passim*. Igualmente, González, Obregón, Diana, Cristina, “Una nueva cara de la justicia en México: aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales bajo un sistema acusatorio adversarial”, en *Colección de juicios orales*, 21, México, UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federa, 2014, pp. 30-63.

<sup>33</sup> Por supuesto que existen también otros principios deontológicos que corresponden, por ejemplo, al defensor, pero en esta ocasión no nos ocuparemos de ellos. Para tal efecto, véase Gullién, López, Germán, “La investigación criminal en el sistema penal acusatorio”, en *Colección de juicios orales*, 6, México, UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federa, 2014, pp. 21-29.

Estos mismos principios se repiten para las autoridades que intervengan en la etapa de investigación, entre ellas, por supuesto el MP, según lo establece el artículo 214 del CNPP.<sup>34</sup>

En el caso de la policía, el artículo 132 señala cuáles son las obligaciones de ésta, y establece que la misma actuará bajo la conducción y mando del MP en la investigación de los delitos; deja claramente establecido a la vez que los principios a los que estará sometida la policía serán los de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos, es decir, los mismos exigidos para el MP.

En el caso de jueces y magistrados, el CNPP no establece en forma expresa los principios deontológicos que habrían de regir su actividad como sí lo había prescrito en el caso del MP y de la policía. En defecto de tal enunciación, remite a la Constitución, estableciendo que son aquellos que guían la función judicial, los cuales —si entiendo bien— se encuentran en el párrafo séptimo del artículo 100, a saber: los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia. Entonces, aunque los principios de estos servidores públicos no se encuentren en el CNPP, sí están en la Constitución.<sup>35</sup>

En resumen, es claro que existen una serie de principios comunes entre los tres principales protagonistas del nuevo sistema penal acusatorio y oral. En el caso del MP y de la policía, sus principios son los de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto por los derechos humanos, y en el caso de los jueces y magistrados, los principios son los de independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia. Como se había señalado, todos estos postulados mantienen una doble naturaleza: una propiamente moral y otra de índole jurídica. Así, ¿se podría afirmar que la obediencia al derecho —principio de legalidad— es exclusivamente jurídica, o también participa de una carga moral la obediencia al derecho?, ¿el principio del profesionalismo es puramente de índole moral, o algo tiene que ver con el ejercicio del derecho? Por supuesto que estos principios y el resto de ellos son jurídicos y morales a la vez. Hoy prácticamente

---

<sup>34</sup> Dice textualmente el artículo 214. Principios que rigen a las autoridades de la investigación: “Las autoridades encargadas de desarrollar la investigación de los delitos se regirán por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad y respeto a los derechos humanos”.

<sup>35</sup> En cualquier caso, existen una serie de actuaciones que el nuevo modelo de justicia penal impone al juzgador, tanto que algunos han señalado que estas nuevas exigencias plantean una nueva figura de juez en México. Para este punto véase Valadez, Díaz, Manuel, “El juez mexicano ante el sistema penal acusatorio y oral”, en *Colección de juicios orales*, 4, México, UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013, *passim*.

nadie se atrevería a sostener con rigurosidad la separación infranqueable entre el derecho y la moral, algo que las éticas profesionales habían superado desde hace mucho tiempo.<sup>36</sup>

## V. PRINCIPIOS ÉTICO-JURÍDICOS DEL MINISTERIO PÚBLICO, LA POLICÍA Y EL JUEZ

Antes de referirme a los específicos principios del MP, la policía y el juez en el nuevo sistema penal acusatorio y oral, es importante llamar la atención sobre algunos problemas que directamente afectan a estos tres servidores públicos. Uno de estos —quizá de los más significativos— es que la pretensión de introducir el argumento ético en las actuaciones del MP (también de la policía), digamos, enseñarles ética, ha tenido un éxito más bien nulo. Algunos esfuerzos aislados se han realizado para instituir la ética en el ámbito judicial (a decir verdad, también con pocos resultados), pero han sido muy pobres los dirigidos al resto de protagonistas del nuevo sistema penal acusatorio.

Lo anterior es doblemente preocupante si observamos el excesivo poder con el que cuenta el MP en el nuevo sistema, pues como se sabe, de este servidor público depende el éxito o fracaso de todas las actuaciones posteriores en el nuevo paradigma penal. El MP tiene en su poder la conducción de la investigación, igualmente la coordinación y trabajo de los policías y peritos que intervienen en ésta, así como el ejercicio o no de la acción penal, y todas aquellas diligencias que ayuden a demostrar o no la comisión de un delito; esto, según lo establece el artículo 127 del CNPP.

Llamo la atención sobre la necesidad de capacitación en materia de ética para los Ministerios Públicos, porque como se sabe, muchas veces la actuación de este funcionario depende —entre otras cosas— de sus propios intereses, o de los intereses de quien lo nombró. En más de una ocasión se ha llegado a conocer que es por instrucciones de sus superiores que el MP no ejerce la acción penal cuando la debería ejercer, o la ejerce cuando no debería, o simplemente le ordenan archivar el expediente. Por eso es necesario insistir en la necesidad de una real y efectiva independencia del MP de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Si uno de los principios básicos del Estado de derecho es el de la independencia de sus instituciones, no se ve por qué con la que inicia la buena administración de justicia y el respeto de los derechos humanos como es el MP no tenga que serlo.

---

<sup>36</sup> Saldaña, Serrano, Javier, *El papel de la ética judicial en el nuevo modelo de juez del Estado constitucional del derecho*, México, UNAM-Porrúa, pp. 13 y 14.

Pero no sólo se exige la ética del MP para salvaguardar su independencia respecto de los poderes del Estado, sino que también es necesaria para cumplir cabalmente con otras importantes funciones que el propio CNPP le encomienda. Piénsese en la exigencia que establece el artículo 128 en su fracción XVIII, que describe la obligación por parte del MP de ser un conciliador que promueva “la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal”. Es obvio que si tal funcionario no cuenta con un conjunto de idoneidades éticas, más allá de las puramente técnicas, difícilmente podrá cumplir con la función encomendada en esta fracción.<sup>37</sup>

Pero también son necesarias el conjunto de idoneidades éticas para reafirmar ya no sólo los principios deontológicos que el CNPP exige al MP, sino también las virtudes éticas que debe hacer suyas. Así, por ejemplo, el artículo 128 del referido código establece la virtud de lealtad, que se traduciría en que las actuaciones del MP deberán ser desarrolladas dentro del marco de la Constitución y de los márgenes del propio código, agregando además la virtud de veracidad, tanto en cada una de sus actuaciones como en la información que se le requiera, y que pueda resultar favorable a los intervinientes del proceso.<sup>38</sup>

Algo análogo podemos decir de la policía, la que representa uno de los mayores problemas y retos para el nuevo sistema penal acusatorio. Como se sabe, este sector ha sido uno de los más abandonados en la formación y capacitación técnica, ni qué decir en la instrucción ética, que —salvo algunas excepciones— no ha interesado a las procuradurías respectivas. Con cierto desdén se llega a afirmar que si no se capacitan los Ministerios Públicos, menos los policías. Pero la formación y capacitación en materia de ética es muy importante para la policía en el nuevo sistema. Piénsese, por ejemplo, en cuestiones tan delicadas como preservar el lugar de los hechos donde se cometió el delito (fracción VIII del artículo 132 del CNPP), o la recolección y resguardo de los objetos relacionados con la investigación, según establece la fracción IX del mismo artículo 132.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Sobre la exigencia ética del MP, particularmente la de probidad, véase García, Ramírez, Sergio, “Temas del nuevo procedimiento penal. Las reformas de 1996, 2008, 2013 y 2014”, en *Colección de juicios orales*, 25, México, UNAM, 2016, pp. 31 y 32.

<sup>38</sup> Nosotros, en algún trabajo anterior hemos dado cuenta, con mayor detenimiento, de las exigencias éticas con las que debe contar el MP para desarrollar bien su trabajo, véase Saldaña, Serrano, Javier, *Ética del Ministerio Público. Virtudes ministeriales*, México, UNAM-Flores, 2014.

<sup>39</sup> Así, por ejemplo, la doctora Patricia González ha señalado que “...en las reformas instrumentadas en los Estados de la República, las transformaciones que en menor medida



Sobre estas bases pasemos a analizar los principios ético-jurídicos de los protagonistas en el nuevo sistema penal acusatorio y oral.

### 1. *Principio de legalidad*

El primer principio que enumera el CNPP tanto para el MP como para la policía, y por extensión al juez, es el de legalidad. ¿Qué significa este principio y cuál es su alcance desde la ética o deontología profesional?

Sin duda, el principio de legalidad ha sido el bastión más fuertemente defendido en el derecho, sobre todo en los tiempos modernos, donde algunos de sus más importantes representantes dejarían establecida la identificación de tal principio con la ley. Así, por ejemplo, refiriéndose a la sujeción de los jueces a ésta, Montesquieu dice taxativamente: “Pero si los tribunales no deben ser fijos, sí deben serlo las sentencias, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley...”.<sup>40</sup> Donde el propio Montesquieu lo señala más contundentemente es en el siguiente párrafo: “Podría ocurrir que la ley, que es ciega y clarividente a la vez, fuera, en ciertos caso, demasiado rigurosa. Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la leyes...”.<sup>41</sup>

Por su parte, Beccaria, en su conocida obra *De los delitos y de las penas*, establecerá el principio de estricta legalidad en el derecho penal, por el cual sólo las leyes pueden declarar las penas de los delitos, que serán establecidos únicamente por el legislador, quien representa toda la sociedad unida por el contrato social.

El objetivo que se persiguió con la subordinación de los jueces a la ley no fue otro que garantizar la seguridad jurídica como el valor más importante del derecho. Sin embargo, ¿qué significa realmente la expresión “seguridad

---

se presentaron son aquellas relacionadas con los sistemas de organización y funcionamiento de las instituciones policiales, que aún reflejan el marco procesal y la práctica vigente de las policías en un entorno producto de la cultura inquisitiva que data de la época colonial. Las actitudes, destrezas y habilidades de estos servidores públicos permanecen estáticas en esta cultura, tanto las formas de comunicarse con las actividades de investigación conectadas a las tareas del Ministerio Público, los juzgados y las partes en el proceso penal, que sólo reflejan el formalismo ineficaz del sistema”. González, Rodríguez, Patricia, L., “La policía investigadora en el sistema acusatorio mexicano”, en *Colección de juicios orales*, 7, México, UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013, p. X.

<sup>40</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Altaya, 1993, pp. 116 y 117.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 120.

jurídica”?, ahora, suponiendo que tenemos una certeza del significado de esta expresión, ¿la seguridad jurídica se consigue con la simple aplicación de la ley?, y en un contexto más amplio, ¿el principio de legalidad ha de comprenderse con la sola remisión a la ley?

Para responder a estas preguntas, quizá lo importante sea partir de un concepto general de lo que el principio de legalidad es. Este principio consiste en que

toda actividad jurídica desplegada en la órbita de la comunidad que provenga del Estado o de los particulares, solamente adquiere validez de tal, en cuanto de modo directo o indirecto, se encuentra habilitada por la Constitución que, lógicamente, ha de ser fruto del querer mayoritario formalmente expresado y dirigido a la garantía y auspicio de los derechos humanos.<sup>42</sup>

La definición anterior aclara lo que el principio de legalidad es; éste, como puede verse, no se reduce a la simple aplicación mecánica de la ley o la remisión a ésta; más aún, en los tiempos que corren —caracterizados por las críticas a la ley—, sería un error asimilar legalidad a ley.

Dos serían los argumentos a destacar en el principio de legalidad: uno, la necesaria referencia que este principio hace a la Constitución, y dos, la remisión directa a los derechos humanos que éste contiene. Así, la nueva comprensión del principio de legalidad no pasa por la ley, pasa antes por la Constitución y por los valores que ésta protege. Zagrebelsky lo ha señalado con toda claridad: “La ley por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por lo tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución”.<sup>43</sup>

Lo señalado anteriormente nos permite avanzar un poco más en la comprensión del principio de legalidad, que, como se señaló, no puede entenderse exclusivamente como la aplicación mecánica de la ley. Así, la concepción cabal de esta idea precisa —como lo recuerda quien fuera fiscal del Tribunal

---

<sup>42</sup> Rinesi, Juan Antonio, “Legalidad”, *Enciclopedia jurídica Omeba, XVIII*, Buenos Aires, 1964, p. 14. Otra noción análoga a la señalada establece que “todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor; esto es, el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener su apoyo estricto en una norma legal (en sentido material) lo que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución”. Orozco Henríquez, J., Jesús, “Principio de legalidad”, *Diccionario jurídico mexicano*, 3a. ed., México, UNAM-Porrúa, 1989, p. 2535.

<sup>43</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *Il Diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, Turín, Giulio Einaudi, 1992. Trad. cast. M. Gascón, *El derecho dúctil*, Valladolid, Trotta, 1999, p. 34.

Supremo español— de un esfuerzo hermenéutico o de interpretación que nos lleve a considerar la legalidad más allá de la pura ley; o, dicho con más propiedad: se ha de interpretar la ley y todo el ordenamiento jurídico no como una realidad estática o cerrada, sino abierta a los valores y principios constitucionales establecidos en el bloque de constitucionalidad, valores como la justicia, la igualdad, la libertad, y, por supuesto, los derechos humanos.<sup>44</sup>

El mismo Beneytes Merino, enfatizando la idea de que la legalidad no puede reducirse a la simple aplicación de la ley dice:

...los valores superiores no son reductibles al contenido de las normas positivas que constituyen el ordenamiento jurídico vigente como si no tuvieran más consistencia que la escuetamente inducible o deducible de esas normas, sino que presentan una mayor fecundidad, al permitir ir más allá de la perspectiva de las normas vigentes, penetrando en el campo de la moralidad.<sup>45</sup>

Este campo de moralidad que entraña el principio de legalidad lo había ya establecido uno de los más importantes documentos internacionales en materia de legalidad como es el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979, y que en su artículo 2o. señala: “En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas”.<sup>46</sup>

Pienso que la Constitución mexicana ha podido entender este sentido amplio del principio de legalidad; no hace falta más que leer lo que el párrafo segundo del artículo primero señala: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Y, lo más importante, ha podido igualmente incorporar esa carga moral del principio de legalidad a todo el resto del ordenamiento jurídico; así lo deja perfectamente establecido el mismo objetivo del CNPP, que en su artículo 2o. señala:

Este Código tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune

---

<sup>44</sup> Beneytes Merino, Luis, “Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal”, en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología, II*, Murcia, UCAM-AEDOS, 2003, p. 877.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 878.

<sup>46</sup> Saldaña, Serrano, Javier y Veloz Leija, Mónica Cecilia, *Informe nacional sobre el estado de la ética judicial en México, I*, México, SCJN, 2010, p. 22.

y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

De este modo, a partir de la reforma constitucional de 2011, todo funcionario deberá someter sus actuaciones al principio de legalidad, en el sentido en el que lo hemos explicado, respetando y protegiendo la dignidad humana y los derechos que le son inherentes. Obviamente, no pueden excluirse de esta exigencia constitucional los funcionarios nombrados en el CNPP, de modo que cuando los artículos 127 y 132 del CNPP señalan que el MP y la policía deben apegarse a lo previsto por la Constitución y a los otros ordenamientos jurídicos, están obligando a apegarse a los principios rectores de estos textos legales, el más importante, a saber: el de dignidad de la persona.

En el caso del MP, el compromiso con los derechos humanos y con la dignidad en la que se fundamentan éstos se encuentra expresamente reconocido en la fracción I del artículo 131, que a la letra dice: “Para los efectos del presente Código, el Ministerio Público tendrá las siguientes obligaciones: I. Vigilar que en toda investigación de los delitos se cumpla estrictamente con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados”. Y en el caso de la policía, el artículo 132, después de establecer que ésta deberá actuar bajo la conducción y mando del MP y de señalarle cuáles son los principios a los que debe apegar su actuación, determina claramente que deberá respetar “los derechos humanos reconocidos en la Constitución”. Finalmente, en el caso de los jueces y magistrados, el CNPP, en su artículo 134, específicamente en su fracción II, establece como deber de éstos “Respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el procedimiento”.<sup>47</sup>

## 2. Principio de objetividad

Otro de los principios ético-jurídicos que enuncia el artículo 131, fracción XXIII, del CNPP para el MP, es el de objetividad. En este artículo se señala que dicho funcionario público deberá apegar su actuación a este principio. La misma idea se encuentra establecida como exigencia para la policía en el artículo 132 y, naturalmente, para el caso de los jueces, el ar-

---

<sup>47</sup> Un trabajo en el que se explicita la importancia de los derechos humanos en el nuevo sistema penal, en Witker, V., Jorge, “Juicios orales y derechos humanos”, en *Colección de juicios orales*, 24, México, UNAM, 2016, pp. 75-120.

título 100, párrafo séptimo, de la Constitución, lo señala para estos mismos funcionarios del nuevo sistema penal. Pasemos a un breve tratamiento de este principio.

Uno de los problemas que suele presentar el principio de objetividad es que la mayor parte de los teóricos que escriben sobre deontología no le prestan mucha atención.<sup>48</sup> Salvo algunos códigos de ética relativos a los jueces, el resto de documentos de este tipo suelen más bien ignorarlo. De ahí que en el tratamiento del mismo echemos manos de las herramientas que nos proporciona la ética dedicada a los jueces, donde —como dijimos— se le ha dado un poco de atención a tal principio. No hace falta señalar que lo que digamos aquí para los jueces puede ser exactamente aplicado para los MP y la policía en el nuevo sistema penal.

El Código de Ética del Poder Judicial de la Federación define a la objetividad como la “actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho provenientes de sí mismo. Consiste en emitir sus fallos por las razones que el Derecho le suministra y no por las que se deriven de su modo de pensar o de sentir”.<sup>49</sup>

Por su parte, el Código Nacional Mexicano de Ética Judicial, en su artículo 5o. señala: “La objetividad judicial es la actitud que debe asumir el juzgador para buscar la verdad sólo desde la perspectiva de la razón y el derecho, desembarazándose de prejuicios, fanatismos y partidismos, de sus gustos o aversiones o de una voluntad irrazonable”. Como en el caso del código anterior, despliega después una serie de manifestaciones en las que se concreta este principio.

Tomando en consideración lo que establecen los anteriores documentos, es posible inferir dos rasgos identificatorios del principio de objetividad. El primero de ellos es que la objetividad se contrapone a la subjetividad, y el segundo es que la objetividad tiene como propósito esencial buscar la verdad desde la perspectiva únicamente del derecho.

La subjetividad, como su nombre lo indica, hace referencia al sujeto en lo particular, a sus deseos, sentimientos, intereses, convicciones, a su particular manera de ver la vida en la toma de decisiones. De ahí que los documentos de ética señalados prohíban a los funcionarios judiciales, buscar algún

---

<sup>48</sup> Por sólo mencionar algunos significativos trabajos aparecidos en México que dedican una parte específica a tratar el tema de los principios deontológicos puede verse: García, G., Dora, Elvira, *Ética, profesión y ciudadanía. Una ética cívica para la vida en común*, México, Porrúa-Tecnológico de Monterrey, 2008, pp. 64-72. véase también, Marsich, Mauro Humberto, *Manual de deontología jurídica*, México, Fundap, 2012, pp. 24-44. Cfr., tb., Ruiz Rodríguez, Virgilio, *Ética y deontología jurídica*, 2a. ed., México, Porrúa, 2015, pp. 141-144.

<sup>49</sup> Saldaña Serrano, Javier y Veloz Leija, Mónica Cecilia, *Informe nacional sobre el estado de la ética judicial...*, cit., p. 523.

tipo de reconocimiento personal, sacar alguna ventaja, u obtener algún beneficio al tomar una decisión.

En cambio, la objetividad remite a hechos de la realidad independientes de nuestra manera de pensar o de sentir, de nuestras convicciones e intereses, o de nuestra particular manera del ver el mundo. La objetividad, en el caso del derecho se refiere a aquellas conductas o hechos realizados que no dependen de la apreciación del sujeto, sino de la realidad misma, la que el sujeto, está llamado a descubrir.

Lo anterior, nos coloca de lleno en el segundo argumento clave para entender la objetividad como principio ético-jurídico; esto es, la idea de verdad en el procedimiento judicial. Se ha hecho común en el mundo jurídico hablar, al menos, de dos tipos de verdad: aquella que aconteció realmente en los hechos; es decir, la basada en hechos reales, y aquella otra que será la verdad jurídica, que puede o no corresponder con la anterior. Esto, evidentemente, es un error lógico; no se puede pensar, o al menos sería muy difícil aceptar, que hayan sucedido unos hechos en la realidad que luego no son confirmados en la sentencia judicial. Un juez está llamado a confirmar o desechar los hechos que se le aducen por las partes; por tanto, no puede pensar que existan dos verdades. Esto, evidentemente, dependerá del sistema jurídico donde el juez actúe (inquisitivo o dispositivo), pero “siempre, siempre, en ambos supuestos y en toda clase de litigios sobresaldrá como «prius» ineludible, la verdad judicial, fruto de la integración, de lo que se llama convicción o «ratio decidendi», esto es, lo que, en su fuero interno de Juez entiende ha ocurrido, bien porque la cosa existió así, o porque la conducta controvertida fue ésta y no aquella...”<sup>50</sup>

Pues bien, a partir de aquí se puede entender mejor el deber de objetividad y debida diligencia que el artículo 129 del CNPP exige al MP, imponiéndole la obligación de realizar una investigación objetiva para conocer la verdad,<sup>51</sup> señalando públicamente los elementos de cargo, pero también de descargo, para así garantizar los derechos de las personas.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Martínez-Calcerrada y Gómez, Luis, “El juez: su independencia y axiología”, en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología...*, cit., p. 838.

<sup>51</sup> Sobre la obligación del MP para conocer la verdad, véase Guerrero Posadas, Faustino, “La argumentación jurídica en la etapa preliminar”, en *Colección de juicios orales*, 17, México, UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2014, pp. 2-6

<sup>52</sup> “Artículo 129. Deber de objetividad y debida diligencia

La investigación debe ser objetiva y referirse tanto a los elementos de cargo como de descargo y conducida con la debida diligencia, a efecto de garantizar el respeto de los derechos de las partes y el debido proceso.

De este modo, la objetividad como principio ético-jurídico se refiere a la actuación de cualquier servidor público por la que ha de rechazar todo tipo de influencia o prejuicio interior que de algún modo pueda determinar la conducción de sus actuaciones y los resultados de éstas.

Si el objetivo en la actuación tanto del MP como de la policía y del juez es alcanzar la verdad en términos reales —no puramente formales—, deberían evitar estar condicionados por su ideología, por sus filiaciones políticas, orígenes, por sus creencias —aun las más profundas—, por sus inclinaciones sexuales, en definitiva, por su particular manera de ver el mundo. Todos estos condicionamientos atentan contra el principio de objetividad, y su reflejo en el mundo práctico se conoce de sobra. Pensemos en la policía que siembra tal o cual evidencia entre los bienes del presunto delincuente para inculparlo, o el caso del MP que ante la orden de un superior fabrica todo un entramado para inculpar a tal o cual adversario político, etcétera. Los jueces no escapan a la posible violación a este principio, cuando, por ejemplo, en sus resoluciones buscan afanosamente reconocimientos o ventajas personales antes que la realización del derecho, etcétera.

Algunos ejemplos de objetividad se encuentran, en el caso del MP, en la fracción XVIII del artículo 131, pues al promover los mecanismos alternativos de solución de controversias está tratando de dar una pronta solución al problema, antes que algún tipo de reconocimiento o interés personal.<sup>53</sup> O en el caso de la policía, la fracción VI del artículo 132, pues al informar sin dilación y por cualquier medio al MP sobre la detención de alguna perso-

---

Al concluir la investigación complementaria puede solicitar el sobreesimiento del proceso, o bien, en la audiencia de juicio podrá concluir solicitando la absolución o una condena más leve que aquella que sugiere la acusación, cuando en ésta surjan elementos que conduzcan a esa conclusión, de conformidad con lo previsto en este Código.

Durante la investigación, tanto el imputado como su Defensor, así como la víctima o el ofendido, podrán solicitar al Ministerio Público todos aquellos actos de investigación que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Ministerio Público dentro del plazo de tres días resolverá sobre dicha solicitud. Para tal efecto, podrá disponer que se lleven a cabo las diligencias que se estimen conducentes para efectos de la investigación.

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”.

<sup>53</sup> Artículo 131. Obligaciones del Ministerio Público: fracción XVIII: “XVIII. Promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables.”

na, está anteponiendo la realización inmediata del derecho, y no su propio beneficio.<sup>54</sup>

### 3. Principio de independencia

Uno de los más importantes principios ético-jurídicos que el nuevo sistema penal acusatorio y oral exige a los protagonistas del mismo es el de independencia. No se puede llevar a buen puerto el sistema si no hay MP, policías y jueces realmente independientes. Sin embargo, a pesar de ser esto evidente, dicho postulado no fue recogido expresamente en la nómina de principios que el artículo 131, fracción XXIII, señala para el caso de los MP, o en el primer párrafo del artículo 132 del CNPP para el caso de la policía. Este principio, sólo se exige explícitamente para el juez en la Constitución federal.

El que se haya omitido mencionar expresamente este principio para los funcionarios aludidos podría hacer pensar, por ejemplo, que no se puede hablar de independencia en el caso de la policía, porque sus actuaciones están sujetas al mandato del MP, según establece el artículo 132 del CNPP.<sup>55</sup> Podría afirmarse también que tampoco es posible tratar con propiedad de independencia del MP, porque como señala la fracción X del artículo 131, este funcionario deberá solicitar autorización al órgano jurisdiccional para realizar actos de investigación y las demás actuaciones que sean necesarias dentro de la misma.<sup>56</sup> ¿Será verdad que ni la policía ni el MP han de ser independientes a la hora de realizar su trabajo?

Como se señaló, este principio no plantea problemas en el caso del juez. Este funcionario, por la propia naturaleza de su función, necesariamente ha de ser independiente; muy poca confianza se tendría en aquel juez que sometiera su actuación a intereses ilegítimos distintos a los de concretar la justicia, pero ¿corresponde a la naturaleza de la función ministerial o po-

---

<sup>54</sup> Artículo 132. Obligaciones del Policía. “El Policía actuará bajo la conducción y mando del Ministerio Público en la investigación de los delitos en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

Para los efectos del presente Código, el Policía tendrá las siguientes obligaciones: VI. Informar sin dilación por cualquier medio al Ministerio Público sobre la detención de cualquier persona, e inscribir inmediatamente las detenciones en el registro que al efecto establezcan las disposiciones aplicables.

<sup>55</sup> *Idem.*

<sup>56</sup> Artículo 131. Son obligaciones del Ministerio Público: X. “Solicitar al Órgano jurisdiccional la autorización de actos de investigación y demás actuaciones que sean necesarias dentro de la misma”.



licial ser independientes? En rigor, la respuesta a esta pregunta ha de ser afirmativa. Tanto el MP como la policía —igual que el juez— tienen que ser independientes. El problema es cómo exigir independencia a estos funcionarios con las dos restricciones arriba mencionadas.

Para abordar este dilema quizá sea conveniente, en primer lugar, ofrecer una idea —aunque sea general— de lo que es la independencia, para, a partir de ahí, precisar qué debemos entender por independencia tanto de la policía como de los MP, y reforzar esta explicación con algunas de las expresiones en las que este principio pueda verse violentado.

Para lo anterior vale la pena citar un importante documento que fue auspiciado por la ONU en 2001, siendo éste uno de los primeros textos internacionales en explicar la independencia de los funcionarios públicos (específicamente a los funcionarios judiciales). Me refiero a los Principios de Bangalore.<sup>57</sup> En este documento se expresa una de las más importantes ideas para comprender lo que la independencia es. Para tal texto internacional, la independencia judicial es “un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo. En consecuencia, un juez deberá defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como institucionales”; establece después que se es independiente cuando se está libre de cualquier influencia ajena, libre de instigaciones, de presiones, amenazas o todo tipo de interferencias, sean directas o indirectas, que provengan de cualquier fuente o por cualquier razón.<sup>58</sup>

A partir de lo anterior, se puede entender mejor cómo el MP y la policía en el nuevo sistema deben contar con independencia de criterio, dirigiendo cada una de sus actuaciones de acuerdo con su preparación jurídica —caso de los MP—, o los conocimientos técnicos que posea —caso de la policía—, y, evidentemente, del anclaje ético que deberían tener, sin dejarse influir por ningún tipo de presión, sugerencia, recomendación o imposición.

De este modo, la independencia de los servidores públicos en el nuevo sistema penal los tendría que hacer rechazar todo tipo de coacción que pudiera provenir de factores tales como los económicos, políticos, criminales,

---

<sup>57</sup> El nombre de este documento fue tomado de la ciudad hindú donde se llevó a cabo la reunión del grupo de trabajo conformado por presidentes de distintos tribunales provenientes de países del *common law*, a los que la ONU había encomendado la confección de un proyecto de Código de estándares de ética judicial. En 2001 surge un documento base de dicha reunión, que fue sometido a discusión en distintas conferencias. Este documento tiene como objetivo fortalecer la autoridad moral de los jueces. Los poderes judiciales latinoamericanos han hecho suyos los principios de Bangalore. Véase Saldaña, Serrano, Javier y Veloz Leija, Mónica Celia, *Informe nacional sobre el estado de la ética judicial...*, cit., pp. 16 y 17.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 39.

e incluso las presiones de sus superiores jerárquicos. Grande Yáñez explica la independencia diciendo que ésta hay que entenderla como “ausencia de mediación de otros poderes o profesiones”.<sup>59</sup>

Ahora bien, el hecho de que el MP y la policía sean independientes en las actuaciones que realizan, es decir, que sepan cómo llevar a efecto su actividad sin someterla a indicaciones que no sean las estrictamente técnicas, no significa que en el orden jerárquico administrativo no puedan estar subordinados a otros servidores públicos; el ejemplo más evidente es el de la policía, que jerárquicamente lo está del MP, pero no en razón de su actividad propiamente dicha, sino de aquellas indicaciones para una mejor conducción de ésta; no es desviar la actividad de la policía, sino orientarla de la mejor manera.

Algo análogo podemos decir del MP respecto del juez. Es claro que ambos —al menos en el sistema jurídico mexicano— pertenecen a distintos poderes del Estado, pero se puede decir lo mismo que en el caso de la policía. Cuando el artículo 131, fracción X, del CNPP, señala que el MP “debe solicitar al órgano jurisdiccional la autorización de actos de investigación y demás actuaciones que sean necesarias dentro de la misma”, no se está tratando de restar independencia a la actuación del MP, sino determinar cuáles de tales actuaciones conducirán a un mejor resultado en la investigación y en la sentencia.

Son innumerables las formas en que puede expresarse la falta de independencia de los protagonistas del nuevo sistema penal, por lo cual sólo mencionaremos algunas de éstas. Se faltaría a la independencia si el MP, por ejemplo, después de hacer una escrupulosa investigación sobre la comisión de un delito determinara que hay elementos para someter a proceso a una persona, pero por órdenes de su superior no lo hiciera, o por estas mismas indicaciones hiciera defectuosamente esta investigación, para que por algún error premeditado el presunto culpable obtuviera después su libertad. También se faltaría a la independencia en sentido inverso; esto es, que el MP no tuviera todos los elementos para iniciar el proceso a alguien y, sin embargo, lo hiciera por indicaciones de sus superiores, o por alguna consigna política. En ambos casos, la violación a la independencia proviene de la propia institución a la que sirven, pero la independencia también puede resultar violentada por factores externos a los institucionales.

Así, los funcionarios en el nuevo sistema de justicia penal deberían también ser independientes de la sociedad y de la presión que ésta suele ejercer ante un hecho que pudo haber levantado gran expectación en el seno

<sup>59</sup> Grande Yáñez, Miguel, *Ética de las profesiones jurídicas*, Bilbao, Desclee, 2006, p. 135.

de la propia sociedad. Muchas veces esta presión se expresa a través de los medios de comunicación; por ejemplo, la televisión, la radio o las famosas redes sociales, ante los cuales tanto los jueces como los ministerios públicos y policías simplemente sucumben, por los constantes bombardeos de los que son objeto.

Otro caso que puede violentar la independencia de los funcionarios públicos en el nuevo sistema penal son las conexiones inapropiadas que tanto la policía como el MP y el propio juez pueden tener con los otros poderes del Estado, principalmente con los integrantes de los poderes Poder Ejecutivo y Legislativo. No debemos olvidar que los nombramientos de procuradores, mandos policiacos y algunos jueces son hechos por el Ejecutivo y ratificados por el Legislativo, y que muchos de quienes han sido nombrados en esos puestos velan más por sus intereses políticos que por las verdaderas tareas de las funciones para las que fueron designados. En estos escenarios es casi seguro que se pierda la independencia.

Estos mismos funcionarios deberían ser independientes de sus compañeros de oficio respecto a las decisiones que tuvieran que tomar, o auto-restringirse respecto de las que ellos tomaran. Se falta a la independencia cuando no se es capaz de sostener un criterio debidamente fundado y éste se cambia con tanta facilidad como la sugerencia que puede hacer algún compañero de trabajo.

Algunos otros ejemplos de independencia o, mejor dicho, de falta de ésta, en el nuevo sistema penal serían, para el caso del MP, la fracción III del artículo 131, cuando establece que será su obligación “ejercer la conducción y el mando de la investigación de los delitos...”. ¿Qué pasaría si esta obligación fuera delegada a otra persona, o a un funcionario cuya capacidad técnica estuviera en duda? ¿Se estaría faltando a la independencia profesional? Por supuesto que sí.

En el caso de la policía, la fracción VI del artículo 132, a saber, “Informar sin dilación por cualquier medio al Ministerio Público sobre la detención de cualquier persona, e inscribir inmediatamente las detenciones en el registro que al efecto establezcan las disposiciones aplicables”. ¿Se faltaría a la independencia policial si se obligara a este funcionario a no informar a su debido tiempo sobre la detención de una persona, o sobre la desaparición de alguien?

#### *4. Principio del profesionalismo*

El profesionalismo es exigencia de la profesión, de modo que para analizar este principio es necesario detenerse en explicar qué es una profesión,

pues de esto dependerá la manera en que entendamos el principio de profesionalismo como principio ético-jurídico.

Casi todos los teóricos que han escrito sobre ética profesional han señalado al menos tres características básicas de lo que es una profesión, ésta: i) es una actividad especializada sobre una rama del saber humano, ii) desarrollada por una persona —el profesionista— para la adquisición de un beneficio —generalmente de tipo económico—, iii) manteniendo siempre una fuerte adhesión al compromiso social.

Así, por ejemplo, la profesora Adela Cortina ha propuesto la siguiente definición de lo que es una profesión: “una actividad social cooperativa, cuya meta interna consiste en proporcionar a la sociedad un bien específico e indispensable para su supervivencia como sociedad humana, para lo cual se precisa el concurso de la comunidad de profesionales que como tales se identifican ante la sociedad”.<sup>60</sup>

En la misma línea que la profesora Cortina, Augusto Hortal ha señalado que las profesiones son aquellas

actividades ocupacionales: a) en las que de forma institucionalizada se presta un servicio específico a la sociedad, b) por parte de un conjunto de personas (los profesionales) que se dedican a ella de forma estable, obteniendo de ellas su medio de vida, c) formando con los otros profesionales (colegas) un colectivo que obtiene o trata de obtener el control monopolístico sobre el ejercicio de la profesión, d) y acceden a ella tras un largo proceso de capacitación teórica y práctica, de la cual depende la acreditación o licencia para ejercer dicha profesión.<sup>61</sup>

Las anteriores definiciones nos permiten extraer dos ideas claras para entender lo que es una profesión. La primera de ellas la advertimos al inicio del presente escrito, y es la de que una actividad profesional —cualquiera que ésta sea— no puede ser vista como el fundamento de ganancias económicas. Mal pronóstico tiene aquel servidor público que piensa su actividad únicamente en estos términos; quien piense que un profesional pasa por ese tamiz, no solamente terminará desnaturalizando su actividad, sino él mismo se corromperá.

La segunda idea es la de que una profesión es identificada por un profundo compromiso social. Así, quien tiene claro lo que es su actividad como profesionista sabe perfectamente que ésta ha de representar siempre un servicio para los demás, en cuanto “que no es otra cosa que el empleo de las

<sup>60</sup> Cortina, Adela, *10 palabras clave en ética...*, cit., p. 15.

<sup>61</sup> Hortal, Augusto, *Ética general de las profesiones*, 2a. ed., Bilbao, Descleé, 2004, p. 51.

propias facultades, de las aptitudes congénitas o adquiridas en provecho del prójimo”.<sup>62</sup>

Ahora bien, parece claro que la misión que el profesionista cumple en beneficio de los demás no puede ser hecha de cualquier manera, sino que exige una determinada forma de actuación que no es la ambiciosa ni la burocrática: es la de llevarla a cabo de la mejor manera posible, con la mejor disposición de ánimo. Esto es precisamente el profesionalismo: “entregar con esmero lo mejor de nosotros mismos al servicio de la función que desempeñamos”.<sup>63</sup>

Referido a los protagonistas del nuevo sistema penal, el profesionalismo nos tendría que llevar a decir que un MP o un policía que se conduce con este principio es una persona respetable, dedicada, estudiosa, discreta, amable, disfruta el trabajo que realiza y sabe que siempre podrá mejorarlo.<sup>64</sup> Es un ejemplo y fuente de inspiración. Entre más conoce, más aumentan sus deseos de preparación.<sup>65</sup>

Sea cual fuere la labor, el profesionalismo nos obliga a actuar con responsabilidad, dedicación y respeto; a sentir orgullo por lo que realizamos y a transmitir a los demás ese sentimiento.

Dice el artículo 131 del CNPP: “Obligaciones del MP: Iniciar la investigación correspondiente y, en su caso, ordenar la recolección de indicios y medios de prueba que deberán servir para sus respectivas resoluciones y las del Órgano jurisdiccional, así como recabar los elementos necesarios que determinen el daño causado por el delito y la cuantificación del mismo para los efectos de su reparación”. Pues bien, un MP que no asumiera como propio el principio de profesionalismo simplemente no llevaría a efecto diligentemente esta y todas las demás obligaciones que el nuevo sistema le encomienda.

## 5. Principio de honradez

En rigor, la honradez es una virtud, y como tal se alcanza a través del ejercicio reiterado de ella. Así, la forma en que se expresa abarca los más diversos ámbitos, desde aquellos que se refieren a la honradez intelectual, siendo conscientes de la capacidad que tenemos para realizar bien nuestro

---

<sup>62</sup> Peinador Navarro, Antonio, *Tratado de moral profesional*, Madrid, BAC, 1962, p. 4.

<sup>63</sup> Jiménez Fuentes, Norma, *El Código de Ética del Poder Judicial de la Federación al alcance de todos*, México, SCJN, 2003, p. 59.

<sup>64</sup> *Idem.*

<sup>65</sup> *Idem.*

trabajo, hasta cuando nos conducimos con verdad en todas nuestras afirmaciones, siendo sinceros con nuestros interlocutores, llegando a ejercitarse en ella en aquellos casos en los que nos referimos a una persona que es horrada porque ha cuidado con esmero bienes materiales que les han sido encomendados.

En el caso del MP y de la policía, cada una de las formas en las que se expresa la honradez es clara; así, por ejemplo, estos funcionarios públicos no pueden faltar a la honradez intelectual que les exige conocer la Constitución, el propio CNPP, los tratados internacionales, que también orientan su actuación, así como el resto de la legislación aplicable en el nuevo sistema penal, como lo mandata el artículo 128 del Código nacional.

Del mismo modo, se le exige al MP ser honrado, para que la información que proporcione sobre los hechos o hallazgos que conozca sean veraces; en definitiva, que no los invente, para favorecer o perjudicar a una persona. Igualmente, esta misma virtud debe ser ejercida para no ocultar, a quienes intervienen en el nuevo proceso penal, aquellos elementos que pudieran resultar favorables para la posición que ellos asumen (artículo 128, segundo párrafo, CNPP). Evidentemente que en este punto, el MP no puede trabajar para favorecer al presunto delincuente en detrimento de la víctima, sino para que ésta no se vea aún más perjudicada por alguna otra circunstancia.

En el caso de la policía, y particularmente por lo que al resguardo de los bienes objeto del delito se refiere, la virtud de la honradez es fundamental para cuando tiene que recolectar, y sobre todo, resguardar los objetos relacionados con las investigaciones de los delitos; es decir, que no los pierda o se los robe, tal y como mandata el artículo 132, fracción IX del CNPP.<sup>66</sup>

Un último ejemplo de que el principio de honradez importa sobremedida entre los integrantes de las procuradurías o entre quienes son los primeros en iniciar todo el procedimiento penal es el Código de Ética para los Servidores Públicos de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Este documento, cuando trata esta virtud, señala que consiste en “conducirse con rectitud e integridad, obteniendo por el desempeño de su cargo únicamente la retribución que al respecto establece la ley”.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Artículo 132. Obligaciones del policía: “Recolectar y resguardar objetos relacionados con la investigación de los delitos, en los términos de la fracción anterior”.

<sup>67</sup> *Código de Ética para los Servidores Públicos de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.*

## 6. *Principio de respeto a los derechos humanos*

Abordar el principio de los derechos humanos en el nuevo sistema penal acusatorio sería, en sí mismo, una empresa que excedería las pretensiones de este primer acercamiento a la ética dentro del nuevo paradigma penal. Por eso, me referiré brevemente a aquellos aspectos que considero importantes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, y, que, según observo, han de tener importante repercusión entre los protagonistas de este nuevo sistema.

Como sabemos, el 10 de junio de 2011 se modificó la Constitución mexicana en su artículo primero, para incluir la expresión “derechos humanos” en el cuerpo de la misma. El actual texto señala en su artículo 1o.: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

Y en sus párrafos segundos y tercero deja claramente señalado: “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”.

Finalmente, en su párrafo tercero precisa:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Son varios los importantes argumentos que podrían destacarse de estos párrafos, por sólo mencionar algunos en forma rápida podemos señalar la sustitución de la expresión “otorgar” por la de “reconocer”. Ya no son derechos que la Constitución otorgue, sino que sólo reconoce, sustrayéndole al poder la posibilidad de conceder estos derechos o retirarlos a su antojo.

En íntima relación con el punto anterior, se encuentra otra modificación importante, que se refiere al cambio de la expresión “garantías individuales” por la de “derechos humanos”. A través de ésta se exige hacer una precisión para distinguir lo que es una garantía y lo que es un derecho humano. Las primeras son un mecanismo procesal de protección de los dere-

chos humanos; las garantías son concedidas por el poder, que también puede quitarlas; en cambio, los derechos humanos no son otorgados por nadie; sólo se reconocen por ser reflejo de la dignidad intrínseca del ser humano.

Sin duda, otro cambio igualmente significativo es el reconocimiento que se hace a los “tratados internacionales” como parte del sistema jurídico mexicano. Antes de la reforma a la Constitución, estos documentos formaban parte del sistema jurídico, pero tenían una relevancia muy limitada. Ahora, su trascendencia no sólo se ve en el hecho de haberlos incluido en el primer artículo constitucional, sino en la exigencia que a partir de ahora tiene cualquier operador jurídico mexicano de tomarlos en consideración para su trabajo profesional, siendo estos documentos y los derechos que contiene, las guías de actuación en su desarrollo. Así, y como dice el párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución, todas las autoridades tendrán la obligación de atender lo que los tratados y la Constitución señalan, y sólo hasta que esto sea cumplido deberán observar lo que la ley secundaria establezca en aquellos aspectos que se refieren a la protección de los derechos humanos.

Hay, sin embargo, una modificación que quizá sea de mayor calado; ésta se encuentra establecida en el segundo párrafo del artículo primero, y se refiere al criterio de interpretación que todas las autoridades, pero principalmente los jueces, deberán hacer en materia de derechos humanos. A partir de ahora es un mandato de interpretación sistemática que la interpretación de los derechos humanos debe ser hecha desde la Constitución, las Constituciones de los estados de la República y desde los tratados internacionales que México haya ratificado. Como es lógico pensar, este mandato alcanza a la legislación ordinaria, entre ella el CNPP, en la medida en que esté implicado un derecho humano.

¿Habrán algún derecho humano implicado en el nuevo sistema penal acusatorio y oral? La respuesta es obvia, y es precisamente por esta obviedad por la que los involucrados en este nuevo sistema están obligados a velar por los derechos humanos de todas las personas involucradas en el nuevo sistema penal, tal y como establece el segundo párrafo del artículo 4o., que reconoce la idea de la dignidad como fundamento de estos derechos.<sup>68</sup>

Sólo desde la idea de dignidad de la persona es como se puede entender el capítulo II del CNPP, donde encontramos derechos tan significativos como el derecho a la intimidad y privacidad del artículo 15,<sup>69</sup> el de una jus-

---

<sup>68</sup> Dice el segundo párrafo: “...En todo momento, las autoridades deberán respetar y proteger tanto la dignidad de la víctima como la dignidad del imputado”.

<sup>69</sup> Artículo 15. Derecho a la intimidad y a la privacidad. “En todo procedimiento penal se respetará el derecho a la intimidad de cualquier persona que intervenga en él, asimismo se



tica no sólo pronta, sino también de calidad, establecido en el artículo 16,<sup>70</sup> el derecho a una buena defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata, como lo prescribe el artículo 17,<sup>71</sup> el derecho que se tiene de ser informado de sus derechos, como establece el artículo 18,<sup>72</sup> o el derecho a la libertad personal consignado en el artículo 19,<sup>73</sup> entre otros.

Cualquier servidor público involucrado en el nuevo sistema penal acusatorio y oral debe estar lo suficientemente persuadido de que su misión esencial ha de ser la salvaguardia y respeto incondicionado de las personas y de sus más elementales derechos. Pero esto nunca podrá alcanzarse si no se reconoce el alto valor de la persona humana, de su intrínseca dignidad y de sus derechos naturales más fundamentales. Aquel Ministerio Público, aquel policía, o aquel juez que no tiene arraigada tal convicción verá al ser humano como un simple instrumento, como una cosa de la que puede disponer

---

protegerá la información que se refiere a la vida privada y los datos personales, en los términos y con las excepciones que fijan la Constitución, este Código y la legislación aplicable”.

<sup>70</sup> Artículo 16. Justicia pronta: “Toda persona tendrá derecho a ser juzgada dentro de los plazos legalmente establecidos. Los servidores públicos de las instituciones de procuración e impartición de justicia deberán atender las solicitudes de las partes con prontitud, sin causar dilaciones injustificadas”.

<sup>71</sup> Artículo 17. Derecho a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata: “La defensa es un derecho fundamental e irrenunciable que asiste a todo imputado, no obstante, deberá ejercerlo siempre con la asistencia de su Defensor o a través de éste. El Defensor deberá ser licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional”.

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

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

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

<sup>72</sup> Artículo 18. Garantía de ser informado de sus derechos: “Todas las autoridades que intervengan en los actos iniciales del procedimiento deberán velar porque tanto el imputado como la víctima u ofendido conozcan los derechos que le reconocen en ese momento procedimental la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen, en los términos establecidos en el presente Código”.

<sup>73</sup> Artículo 19. Derecho al respeto a la libertad personal: “Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad personal, por lo que nadie podrá ser privado de la misma, sino en virtud de mandamiento dictado por la autoridad judicial o de conformidad con las demás causas y condiciones que autorizan la Constitución y este Código.

La autoridad judicial sólo podrá autorizar como medidas cautelares, o providencias precautorias restrictivas de la libertad, las que estén establecidas en este Código y en las leyes especiales. La prisión preventiva será de carácter excepcional y su aplicación se regirá en los términos previstos en este Código”.

para justificar cualquier acción, incluso las que lo ayuden a legitimarse ante sus superiores. Desde aquí, se aprueban prácticas tan perniciosas como la tortura, la desaparición forzosa de seres humanos, igual que la trata de personas o, en casos extremos, el desistirse por delitos tan graves como la pedrería o el tráfico de órganos. Se justifica también la mala investigación, la falsa acusación, la deficiente defensa, la condena injusta, etcétera, todo con tal de mantener el trabajo, quedar bien con el jefe, o tener el bolsillo lleno.

## VI. CONCLUSIONES

A la luz de todo lo anteriormente señalado, sólo quedaría enunciar algunas conclusiones provisionales en este primer acercamiento a la ética dentro del nuevo sistema penal acusatorio y oral.

*Primera.* La actividad ética del MP, del Policía y del Juez quedan cubiertas por las directrices que las éticas aplicadas han venido desarrollando, al menos desde la década de los años sesenta, y las cuales imponen hoy un nuevo modelo de profesionista, que ha de estar comprometido esencialmente con la excelencia en la realización de su trabajo. Así, estos tres protagonistas del nuevo sistema penal acusatorio no pueden reducir su labor a meras repeticiones burocráticas, como en el viejo sistema, sino que han de caracterizarse por un *ethos* de servicio bien realizado, como es el objetivo de las éticas aplicadas, particularmente de las éticas profesionales.

*Segunda.* Las funciones que tanto el policía como el MP y el juez deben desarrollar según lo establece el CNPP, están ancladas a un conjunto de principios rectores de dicha actividad. Estos principios son los de publicidad, contradicción, continuidad, concentración, inmediatez, igualdad ante la ley, igualdad entre las partes, juicio previo y debido proceso, presunción de inocencia y prohibición de doble enjuiciamiento.

Pero al lado de estos principios existen otros más propiamente deontológicos, como el de legalidad, que prescribe que, considerando la ley, aun ésta debe ser objeto de interpretación a partir de los principios éticos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales protectores de derechos humanos.

El principio de objetividad, mediante el cual el MP, la Policía y el Juez han de actuar rechazando cualquier interés personal que pudiera ir en contra del apego a la realidad y a la verdad de los hechos que investigan y declaran.

Independencia y profesionalismo, principios que se conjugan para rechazar cualquier influencia que pueda provocar en los funcionarios del nue-

vo sistema, desviar sus actuaciones en perjuicio de quienes se ven involucrados en los delitos, y al hacerlo, lo deben realizar no de cualquier manera, sino con la idea clara de que con tal profesionalismo ofrecen un servicio a la sociedad.

Finalmente, la virtud de la honradez y el principio de respeto a los derechos humanos son, junto con los demás, los principios que encierran el argumento ético por excelencia: el de la dignidad de la persona, guía primera y última de los funcionarios del nuevo paradigma penal. Así, sólo un servidor público que haga suyos realmente estos principios será el único capaz de velar por el respeto de las garantías individuales y los derechos humanos de las personas, de fomentar entre otros servidores públicos una cultura de respeto a estos mismos derechos que la Constitución, los tratados internacionales y el actual Código Nacional de Procedimientos Penales protegen.

Pareciera entonces que todo el sistema penal acusatorio y oral ha de estar guiado por el faro de la ética, un faro sin el cual seguramente el barco de este nuevo paradigma simplemente encallará, con su consecuente hundimiento.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Código de Ética para los Servidores Públicos de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
- CORTINA, Adela, “El sentido de las profesiones”, en *10 palabras clave en ética de las profesiones*, AVD, Estella, 2000.
- CORTINA, Adela, “Ética para las profesiones del siglo XXI”, en *Cuadernos de la cátedra de ética*, 1, León, Universidad Iberoamericana, campus León, 2009.
- CORTINA, Adela, *Viabilidad de la ética en el mundo actual*, Puebla, Universidad Iberoamericana, 2006.
- CORTINA, Adela y GARCÍA-MARZÁ, Domingo (eds.), *Razón pública y éticas aplicadas. Los cambios de la razón práctica en una sociedad pluralista*, Madrid, Tecnos, 2003.
- BENEYTEZ MERINO, Luis, “Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal”, en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, II, Murcia, UCAM-AEDOS, 2003.
- GARCÍA G., Dora Elvira, *Ética, profesión y ciudadanía. Una ética cívica para la vida en común*, México, Porrúa-Tecnológico de Monterrey, 2008.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Temas del nuevo procedimiento penal. Las reformas de 1996, 2008, 2013 y 2014”, en *Colección de juicios orales*, 25, México, UNAM, 2016.

- GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristina, “Una nueva cara de la justicia en México: aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales bajo un sistema acusatorio adversarial”, en *Colección de juicios orales*, 21, México, UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2014.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Patricia L., “La policía investigadora en el sistema acusatorio mexicano”, en *Colección de juicios orales*, 7, México, UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013.
- GRANDE YÁÑEZ, Miguel, *Ética de las profesiones jurídicas*, Bilbao, Desclee, 2006.
- GUERRERO POSADAS, Faustino, “La argumentación jurídica en la etapa preliminar”, en *Colección de juicios orales*, 17, México, UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2014.
- GUILLÉN LÓPEZ, Germán, “La investigación criminal en el sistema penal acusatorio”, en *Colección de juicios orales*, 6, México, UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2014.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Hacia una teoría de la prueba para el juicio oral mexicano*, México, Flores, 2013.
- HORTAL, Augusto, *Ética general de las profesiones*, 2a. ed., Bilbao, Desclee, 2004.
- JIMÉNEZ FUENTES, Norma, *El Código de Ética del Poder Judicial de la Federación al alcance de todos*, México, SCJN, 2003.
- LOZANO M., Josep, *Ética y empresa*, Valladolid, Totta, 1999.
- MALEM, Jorge, “La profesionalidad judicial”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, México, Fontamara, 2009.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GOMÉZ, Luis, “El Juez: su independencia y axiología”, en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología en Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología*, II, Murcia, UCAM-AEDOS, 2003.
- MARSICH, Mauro Humberto, *Manual de deontología jurídica*, México, Fundap, 2012.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Altaya, 1993.
- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, F. y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, “Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano”, en *Colección de juicios orales*, 3, México, UNAM, 2013.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, Voz, “Principio de legalidad”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 3a. ed., México, UNAM-Porrúa, 1989.

- PEINADOR NAVARRO, Antonio, *Tratado de moral profesional*, Madrid, BAC, 1962.
- PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, *Ser más humano. Reflexiones sobre Ética y Derecho*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2015.
- RINESSI, Juan Antonio, Voz, “Legalidad”, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, XVIII, Buenos Aires, 1964.
- ROSAL, Rafael del, *Normas deontológicas de la abogacía española. Una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria*, Madrid, Thomson-Civitas, 2002.
- RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio, *Ética y deontología jurídica*, 2a. ed., México, Porrúa, 2015.
- SALDAÑA SERRANO, Javier, *El papel de la ética judicial en el nuevo modelo de juez del Estado constitucional del derecho*, UNAM-Porrúa, México.
- SALDAÑA SERRANO, Javier, *Ética del Ministerio Público. Virtudes ministeriales*, México, UNAM-Flores, 2014.
- SALDAÑA SERRANO, Javier, y VELOZ LEIJA, Mónica Cecilia, *Informe nacional sobre el estado de la ética judicial en México*, I, México, SCJN, 2010.
- VALADEZ DÍAZ, Manuel, “El juez mexicano ante el sistema penal acusatorio y oral”, en *Colección de juicios orales*, 4, México, UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013.
- WITKER, Jorge, “Juicios orales y derechos humanos”, en *Colección de juicios orales*, 24, México, UNAM, 2016.
- WITKER, Jorge y NATARÉN, Carlos (coords.) *Colección de juicios orales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2016.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il Diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, Turín, Giulio Einaudi, 1992. Trad. cast. M. Gascón, *El derecho dúctil*, Valladolid, Trotta, 1999.

## LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Iris Rocío SANTILLÁN RAMÍREZ\*

SUMARIO: I. *Todos/as los operadores del sistema penal.* II. *La policía.* III. *El Ministerio Público.* IV. *La defensoría pública.* V. *Asesores jurídicos de víctimas.* VI. *Poder Judicial/tribunales/jueces.* VII. *Centros de justicia para mujeres.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

El sociólogo inglés Anthony Giddens, en su texto *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, expone cómo “para bien o para mal nos vemos propulsados a un orden global que nadie comprende del todo, pero que hace que todos sintamos sus efectos”.<sup>1</sup> El autor explica que junto al fenómeno de la globalización se encuentran las ideas de riesgo y tradición. La primera tiene un doble filo, y está estrechamente ligada a la innovación, mientras que las tradiciones —las cuales explica Giddens, son realmente una invención para legitimar el dominio de algunas clases en el poder a partir de la modernidad— es una especie de nostalgia al pasado que se niegan a morir en gran medida porque llevan en sí mismas incorporadas poder: “[l]a tradición es quizá el concepto más importante del conservadurismo ya que los conservadores creen que contiene sabiduría acumulada”.<sup>2</sup>

Encuentro que los conceptos de globalización, riesgo y tradición están muy relacionados con la implementación del nuevo sistema de justicia penal orientado declaradamente a satisfacer las necesidades de las víctimas del delito —figura que desde el nacimiento de lo que Zaffaroni denomina *la cuestión criminal* fue invisibilizada al expropiarle el conflicto— y a abandonar

---

\* Profesora-investigadora en la Unidad Azcapotzalco de la Universidad Autónoma Metropolitana.

<sup>1</sup> Giddens, Anthony, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus, 2000, p. 19.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 55.

las prácticas de corrupción, impunidad, ineficiencia, inequidad y violación a derechos humanos que sufren las víctimas y los acusados.

El 18 de junio de 2016 comenzó a funcionar en todo el país el nuevo sistema de justicia penal acusatorio y adversarial; sin embargo, previo a su implementación se empezaron a escuchar voces que hablan de su fracaso, esperanzados en que de tanto repetirlo la profecía se cumpla. El paso a este nuevo paradigma es un riesgo que había que tomar, sin que esto represente que el estado de cosas cambiarán sustancialmente,<sup>3</sup> pero sí debemos aspirar a, como invita Zaffaroni,<sup>4</sup> construir un sistema que acote, contenga y reduzca el poder punitivo que hace posible que sucedan cosas como lo relatado por Eduardo Galeano en su *Patatas arriba*:

Para la Cátedra de Derecho Penal

En 1986, un diputado mexicano visitó la cárcel de Cerro Hueco, en Chiapas. Allí encontró a un indio tzotzil, que había degollado a su padre y había sido condenado a treinta años de prisión. Pero el diputado descubrió que el difunto padre llevaba tortillas y frijoles, cada medio día, a su hijo encarcelado. Aquel preso tzotzil había sido interrogado y juzgado en lengua castellana, que él entendía poco o nada, y con ayuda de una buena paliza había confesado ser el autor de una cosa llamada parricidio.<sup>5</sup>

El sistema tradicional se ha caracterizado por obstaculizar el acceso a la justicia a quienes pertenecen a los grupos más vulnerables, entre ellos las mujeres.<sup>6</sup> Existen cientos —por no decir miles— de casos que avalan mi afirmación: las víctimas han sido doblemente victimizadas, como sucedió en el caso de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, a quien le fue negado su derecho a abortar después de haber sido violada sexualmente, y en el de Valentina Rosendo e Inés Cantú, quienes fueron violadas de manera tumultuaria por militares. La primera tuvo que llegar ante la Comisión Interame-

<sup>3</sup> Al final la “clientela” del sistema de justicia penal será siendo la misma: la clase menesterosa, dada la selectividad que se da en la criminalización primaria y secundaria.

<sup>4</sup> Zaffaroni, Raul *et al.*, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2010, pp. 3-17.

<sup>5</sup> Galeano, Eduardo, *Patatas arriba. La escuela del mundo al revés*, México, Siglo XXI, 1998, p. 49.

<sup>6</sup> Si bien el sistema de justicia penal no sólo ha discriminado a las mujeres —se discrimina también por razones de origen étnico o nacional, edad, discapacidades, condición social, religión, preferencias sexuales, y otras, como reconoce el artículo 1o. de la CPEUM—, este análisis se enfocará principalmente a la discriminación que sufren las mujeres, sin dejar de considerar la violencia interseccional que muchas mujeres sufren por su condición que suma y acumula rasgos que socialmente la hacen más y más vulnerable a la discriminación.

ricana de Derechos Humanos; Valentina e Inés, hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Son cientos de niñas y jóvenes “desaparecidas”, e inclusive privadas de la vida de manera violenta, con quienes las autoridades han sido lentas en aceptar las respectivas denuncias bajo argumentos estereotipados y sexistas —y, por tanto, discriminadores— como los consabidos “seguro se fue con el novio”, y una vez iniciada la indagatoria, los prejuicios se develan de manera feroz, culpabilizándolas, etiquetando a muchas de ellas como prostitutas,<sup>7</sup> intentando justificar su omisión bajo el argumento de que ellas “se lo buscaron”, negándoles su calidad de personas y, por tanto, su dignidad como tales a quienes se dedican al trabajo sexual.

Aquel sistema dejó en la memoria nacional casos extremos en los que las denunciadas pasaron de ser víctimas para convertirse en las presuntas culpables, como el caso de Claudia Rodríguez Ferrando, quien en 1996, al dispararle al sujeto que intentó violarla sexualmente, fue llevada a prisión, mientras que él fue exonerado bajo el argumento judicial de que al momento de la ejecución de los hechos estaba ebrio.<sup>8</sup> ¡Qué cosas!, el Poder Judicial no utilizó el mismo criterio —válido para algunos supuestos dentro de la teoría del delito— en el célebre caso de Elvira Luz Cruz, quien fue condenada a veintitrés años de prisión —quizá porque ella era pobre, desempleada, ignorante, maltratada por su madre, su suegra y las cuatro parejas que a sus veintiseis años le habían dejado un hijo cada una, a quienes privó de la vida, sin ella recordar lo que había pasado.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Prostituta o puta es un calificativo que tiene como fin denigrar a las mujeres que han roto de alguna manera el cautiverio que representa el patriarcado. De este modo, por ejemplo, para Lombroso —referente de la antropología criminológica— las mujeres eran evolutivamente inferiores a los hombres por lo que ellas no delinquirían, sino que se prostituían (Santillán, Iris, *Matar para vivir. Análisis jurídico penal y criminológico con perspectiva de género de casos de mujeres homicidas*, México, Ubijus, 2016, pp. 70 y 71). De igual modo, la Real Academia Española de la Lengua ha sido capaz de incorporar palabras como “frikis”, “chat”, “amigovios” al *Diccionario de la lengua*, no así a modificar la definición que de la palabra hace, en la que califica como prostituta a la “mujer de la calle”, “mujer de partido”, “mujer mundana”, “mujer pública” [*Diccionario de la Lengua Española*, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Q1vMnRp>, URL consultado el 23 de noviembre de 2016].

<sup>8</sup> Llamas, María Victoria y Rodríguez Ferrando, Claudia, *Claudia: una liberación*, México, Plaza y Janés, 1998.

<sup>9</sup> Los hechos se dieron el 8 de agosto de 1982, en aquel entonces no había un reconocimiento de las diferentes modalidades y tipos de violencia de las que eran receptoras las mujeres. En el ámbito familiar, la violencia era vista como una forma de relación “normal” entre las parejas. Nunca se sabrá lo que realmente sucedió aquel día, ya que ella siempre manifestó no recordar nada; es posible que ella tuviera un cuadro grave de depresión postraumática [Santillán, Iris, *op. cit.* pp. 84-86] y que efectivamente hubiera ahorcado a sus hijos, lo cual



Más recientemente —en 2013— pasó algo similar con Yakiri, quien después de haber sido violada sexualmente por dos sujetos que eran hermanos entre sí, y aprovechando que uno de sus agresores había salido, intentó escapar, no sin antes librar una lucha con el que había quedado en la habitación de hotel en donde la mantuvieron privada de su libertad. Su violador le acuchilló los brazos, pero ella alcanzó a tomar la navaja y se la clavó en la yugular. Yakiri salió a la calle semidesnuda a pedir ayuda, llegó a la agencia del Ministerio Público 50 sabiéndose víctima de los hechos, pero los operadores del sistema de justicia penal lo único que alcanzaron a mirar fue a la mujer que minutos antes había matado a un hombre, por lo que fue consignada ante el juez por el delito de homicidio calificado. Yakiri permaneció 86 días presa, hasta que fue reclasificado el hecho a homicidio en exceso de legítima defensa, para finalmente, después de un largo proceso, considerar que no existía ningún delito, por existir una causa de justificación.

En fin, son muchos los casos que se han convertido en paradigmáticos de un sistema que, basado en gran medida en estereotipos,<sup>10</sup> ha violentado a las mujeres.

Desde los tres ordenes de gobierno, el Estado mexicano ha generado diversos tipos de ordenamientos y mecanismos<sup>11</sup> orientados a promover la equidad e igualdad de derechos y dejar atrás los estereotipos de género que llevan irremediamente a la discriminación y a la negación del acceso a la justicia a las mujeres.

Recientemente, se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* diversos acuerdos tomados en el seno de la XV Sesión Ordinaria del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, destaca el Acuerdo COCO/XV/002/15,<sup>12</sup> mediante el cual se “aprueba” que en todas las acciones que realizan las instituciones integrantes de este Consejo de Coordinación en el ámbito de su competencia y de la Secreta-

---

significaría que en el momento de la comisión del injusto penal era inimputable y, por tanto, al no haber culpabilidad, tampoco habría delito. También existe la posibilidad de que la pareja o la suegra en turno fueran los autores del múltiple homicidio [Ponce, Armando, “33 irregularidades en la condena a Elvira Luz Cruz, *Proceso*, 21 de enero de 1984, disponible en: <http://www.proceso.com.mx/137853/33-irregularidades-en-la-condena-a-elvira-luz-cruz>, URL consultado el 26 de abril de 2016].

<sup>10</sup> Zaffaroni, *op. cit.*, p. 12.

<sup>11</sup> Sólo por citar algunos: los artículos 1o. y 4o. de la CPEUM, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la Ley General de Igualdad entre Mujeres y Hombres. En el plano administrativo resalta el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, que prevé entre sus metas lograr un México Incluyente y plantea como una de sus tres estrategias transversales la perspectiva de género.

<sup>12</sup> Publicado el 21 de enero de 2016.

ría Técnica se considere una perspectiva de género en el nuevo sistema de justicia penal (NSJP), debiendo constituirse un comité de seguimiento de los planes y acciones a que se refiere el acuerdo, para lo cual se emitió en la misma fecha el Acuerdo COCO/XV/003/15,<sup>13</sup> mediante el cual se aprueban los indicadores para el seguimiento y evaluación del funcionamiento y operación del Sistema, sin que de su lectura se concluya que estos hayan sido elaborados con perspectiva de género (ppg) o que puedan obtenerse datos respecto a cómo impactan las acciones de manera diferenciada a las personas en razón de sexo, género, raza, edad, etcétera.

Por otra parte, respecto a la información estadística generada en las propias instituciones del sistema de justicia penal, el Centro de Investigaciones para el Desarrollo, A. C. (CIDAC) destaca que sus reportes sólo permiten contabilizar las entradas y salidas en cada etapa procesal; con esto impiden llevar a cabo un seguimiento de las causas de acuerdo con los flujos del proceso, y, por otra parte, que los procesos de planeación, gestión profesional, así como el uso de tecnologías de la información no han impactado en la generación de información oportuna y de calidad.<sup>14</sup> A estas observaciones agrego la importancia de valorar el tipo de actividades que deben ser consideradas en las estadísticas institucionales y el uso que de ellas se hagan, en virtud de que desde hace mucho tiempo la eficiencia dentro de las procuradurías se ha medido en razón de las actividades de corte punitivo e inquisitorial,<sup>15</sup> poniendo a prueba el conductismo de Pavlov, en el que los operadores del sistema de justicia penal se ven incentivados a la realización de unas acciones y no de otras.

En gran medida la dificultad de aplicar efectivamente la ppg tiene su origen en el papel mismo que a partir de finales del siglo XVIII ha jugado el derecho en la opresión de las mujeres y de todos los grupos sociales que no encajaban en el estereotipo de hombre y ciudadano (hombres, blancos,

---

<sup>13</sup> Acuerdo del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, por el cual se aprueban los indicadores para el seguimiento y evaluación del funcionamiento y operación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio, elaborados por el Comité para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación del nuevo Sistema, que deberán ser actualizados semestralmente.

<sup>14</sup> CIDAC, *Hallazgos 2015. Evaluación de la implementación y operación a ocho años de la reforma constitucional en materia de justicia penal*, México, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., 2016, p. 13.

<sup>15</sup> En el sistema tradicional se evaluaba la eficiencia en las procuradurías con base en el número de averiguaciones previas iniciadas y consignadas, autos de formal prisión y sentencias condenatorias, mecanismo que pervertía el fin declarado de estas instituciones que debía ser investigar la existencia de delitos. En alguna época en la Procuraduría General de la República se premiaba con días de descanso o numerario a los delegados estatales que reportaran “mayor eficiencia.”

occidentales, sanos, heterosexuales, católicos, productivos, etcétera). Roberto Bergalli y Encarna Bodelón explican:

La interpretación de las relaciones que se establecen entre género y derecho se ha enriquecido en las últimas décadas. Se puede afirmar que existen tres grandes perspectivas desde las cuales se analiza dicha relación. Tres acercamientos que responden a momentos diferentes dentro de los estudios feministas: el derecho como forma de sexismo, el derecho como enclave de la masculinidad y, por último el derecho y las relaciones de género.<sup>16</sup>

Que el derecho y las prácticas que se ejercen en torno a él sean sexistas significa, como lo afirma la teórica feminista norteamericana Catherine MacKinnon, que “la ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres”,<sup>17</sup> lo cual significa no sólo que las leyes reproduzcan estereotipos y roles de género —baste recordar que hasta hace un par de años siete códigos penales contenían en el capítulo correspondiente al homicidio, tipos penales que atenuaban la pena en caso de infidelidad<sup>18</sup>— sino que, si tuviéramos que identificar el género de las instituciones del sistema de justicia penal no dudaríamos en catalogarlas como masculinas,<sup>19</sup> en razón de que las prácticas ejercidas en esas instituciones también son sexistas y discriminatorias en contra de las mujeres.

Quienes operan u operarán el NSJP cuentan con una plataforma legal que les da la oportunidad de hacer las cosas de manera diferente de como se venía haciendo. A continuación se muestran de manera breve, algunos aspectos negativos, así como el marco legal que permite, e inclusive obliga a las y los operadores del sistema de justicia a dejar atrás viejas prácticas sexistas y discriminatorias.

## I. TODOS/AS LOS OPERADORES DEL SISTEMA PENAL

Quizá el mayor reto al que se enfrenta el NSJP es la resistencia de las y los operadores del sistema. Los custodios de la tradición —de la que habla

---

<sup>16</sup> Bergalli, Roberto y Bodelón, Encarna, “El análisis de género en los tribunales de justicia”, en Domínguez, José Luis y Ramos, Miguel Ángel (coords.), *La joven sociología jurídica en España. Aportaciones para una consolidación*, Oñati, The International Institute for the Sociology of Law, 1998, p. 94.

<sup>17</sup> MacKinnon, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Ediciones Cátedra, 1989, pp. 288 y 289.

<sup>18</sup> Santillán, *op. cit.*, p. 136.

<sup>19</sup> Bergalli y Bodelón, *op. cit.*, pp. 101 y 102.

Giddens— siguen ahí, y quieren seguir haciendo las cosas a su manera, como ellos lo saben hacer.

El artículo 21 de la CPEUM establece que la actuación de las instituciones de seguridad pública —que comprende la prevención de los delitos, la investigación y persecución para hacerla efectiva— se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en el propio texto constitucional.

En lo que al acceso a la justicia de las mujeres respecta, el cumplimiento de estas exigencias se complica si se considera que quienes operan el sistema penal desconocen los instrumentos legales de protección de derechos humanos de las mujeres; si el Poder Judicial, que es el garante de la legalidad de la actuación de las autoridades y el que se supondría tiene un mayor conocimiento de la legislación, no los conoce, ¿qué podemos esperar de los(as) demás operadores? De acuerdo con un diagnóstico llevado a cabo en 2012 a 17 tribunales superiores de justicia del país— 66.6% de los juzgadores manifestaron no conocer algún instrumento internacional, y el 42.9% afirmaron que no conocía ninguna ley nacional o artículo constitucional en esa materia.<sup>20</sup>

El Estado mexicano está obligado, no sólo por los diversos instrumentos internacionales signados y ratificados por el Senado, sino además por las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos conocidos como *Campo Algodonero*, *Valentina Rosendo* e *Inés Fernández*, en las que se condenó al Estado mexicano a implementar programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en diversos tipos de violencia que sufren las mujeres (como la sexual o el feminicidio). Fundamental es la capacitación con perspectiva de género,<sup>21</sup> que

Implica no sólo un aprendizaje de las normas, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana. En particular, las capacitaciones deben generar que todos los funcionarios reconozcan las afectaciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Epadeq, *Diagnóstico e implementación de acciones básicas para la igualdad de género en la impartición de justicia, la normatividad y la cultura organizacional en 15 tribunales superiores de justicia estatales 2011-2012*, México, Consejo Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, 2012, p. 49.

<sup>21</sup> Las universidades también juegan un papel importante en la generación de profesionistas que cuenten con estos conocimientos.

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *González y otras* (“*Campo Algodonero*”) vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 540.

El Informe elaborado por el CIDAC,<sup>23</sup> con datos proporcionados por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (Setec), revela el rezago en materia de capacitación en el NSJP, que a septiembre de 2015 existía:

	<i>Capacitados</i>	<i>Rezago</i>		<i>Capacitados</i>	<i>Rezago</i>
MP	13,102	0	Policía ministerial	0	22,630
Facilitador	2,515	0	Policía preventivo	22,535	117,567
Defensor público	2,352	1,334	Asesor de víctima	30	No se conoce
Juez	4,363	0	Perito	5,150	552
Personal penitenciario	4,121	69,501			

FUENTE: Setec (septiembre, 2015).

Si a esto se suma que la mayoría de quienes imparten la capacitación lo hacen sin la perspectiva de género —aun cuando sean cursos especializados en género—,<sup>24</sup> la situación se agrava, por lo que debe ponerse especial interés en esta acción.

## II. LA POLICÍA

En el nuevo sistema de justicia penal, la tarea de la policía investigadora es crucial, por lo que debe hacerlo de manera profesional, técnica y científica, bajo el mando y la conducción del Ministerio Público, según lo establece el artículo 132 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).

Generalmente, el primer contacto de las víctimas y del o la probable autor(a) del ilícito con el sistema de justicia penal es a través de los elemen-

<sup>23</sup> CIDAC, *op. cit.*, p. 61.

<sup>24</sup> ¿Y quién capacita a las(os) capacitadores? Recuerdo que hace un poco más de un lustro participé como profesora en un diplomado de género dirigido a operadores del sistema de justicia penal, en el que el profesor que impartiría la materia de teoría del delito —a pesar de haber escrito varios libros en ese tema y quien efectivamente tiene un amplio prestigio a nivel nacional—, confesaba que no tenía idea de lo que era la “ppg”, mucho menos de transversalizar sus análisis y argumentaciones con ésta.

tos policíacos en quienes materialmente recae la selección criminalizante.<sup>25</sup> Dicho poder les da la oportunidad de imputarle o no la comisión de un delito a determinada persona. No en vano la policía es percibida como el sector más corrupto del gobierno.<sup>26</sup> En una encuesta realizada en 2002, 22% de internos en prisión afirmaron que policías judiciales les habían pedido dinero o sus pertenencias previo a la detención.<sup>27</sup> A estas acusaciones se suma el hecho de que “más del 60 por ciento de los elementos policíacos no pasaron las pruebas mínimas de confianza y desempeño”.<sup>28</sup> La situación empeora cuando los cuerpos policíacos tienen bajo su dominio a mujeres, tal y como lo evidenció Amnistía Internacional recientemente en su estudio “Sobrevivir a la muerte. Tortura de mujeres por policías y fuerzas armadas en México”, en el que denuncian que prácticas como la aplicación de descargas eléctricas en los genitales, la semiasfixia, el manoseo de los pechos, golpes en cabeza y abdomen, así como la violación con objetos, armas de fuego y el pene son habituales durante el arresto e interrogatorios de mujeres acusadas de delitos federales, como el tráfico de drogas.<sup>29</sup>

El perfil deseado del policía en el NSJP contrasta con el del sistema tradicional, sobre todo en la relación con la víctima, por lo que resulta desafortunado que el único indicador que ha elaborado el Comité para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación del nuevo Sistema es el porcentaje de órdenes judiciales cumplidas y no de otras, también previstas en el artículo 132 del CNPP (como la atención a víctimas u ofendidos o testigos del delito).<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Zaffaroni, *et al.*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>26</sup> En la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental 2013 (ENCIG) se encuestaron a 44'024,854 personas, de las cuales 26'119,388 (59.3%) percibe como muy relevante la corrupción en la policía, le siguen los partidos políticos (50.1%) y en tercer sitio el Ministerio Público (46.3%).

<sup>27</sup> Azaola, Elena y Berman, Marcelo, *Encuestas a población en reclusión*, México, CIDE, 2007, ambos citados en Raphael, Ricardo, *Reporte sobre la discriminación en México. Proceso Penal*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-CIDE, 2012, pp. 28 y 29.

<sup>28</sup> Castaño, C., “Narcotráfico y seguridad nacional: el gran debate de México”, *Bien Común*, 14 (173), México, Fundación Rafael Preciado Hernández, citado en Raphael, Ricardo, *op. cit.*, p. 29.

<sup>29</sup> Recién el 30 de noviembre de 2016, una reportera del periódico *Reforma* fue agredida por elementos policíacos —entre ellos una mujer— quien abusó sexualmente de ella al tocarle sus genitales bajo el pretexto de buscar algún equipo. Un hombre vestido de civil le escupió en la cara, le dio tres bofetadas y le obligó a ponerse los zapatos al revés [Redacción, “Policías del Edomex golpean y humillan a reportera de *Reforma*”, *Animal Político*, 30 de noviembre de 2016, disponible en: <http://www.animalpolitico.com/2016/11/policias-del-edomex-golpean-humillan-reportera-reforma/>, URL consultado el 1 de diciembre de 2016].

<sup>30</sup> El artículo 132, en la fracción XII, del CNPP especifica las obligaciones de la policía en esta materia:

Además, el policía del NSJP debe tener la sensibilidad, así como el enfoque diferencial de género y derechos humanos para, al momento de llevar a cabo una investigación, mirar, indagar, valorar sin prejuicios e informar al Ministerio Público de elementos fundamentales en casos en que se encuentre involucrada una mujer como víctima o probable responsable de un ilícito.

### III. EL MINISTERIO PÚBLICO

En la figura del agente del Ministerio Público (AMP) recae la competencia de:

conducir la investigación, coordinar a los Policías y a los servicios periciales durante la investigación, resolver sobre el ejercicio de la acción en la forma establecida por la ley y, en su caso, ordenar las diligencias pertinentes y útiles para demostrar, o no, la existencia del delito y la responsabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión (artículo 127, CNPP).

El AMP tiene diversas facultades en las que es indispensable que esté sensibilizado en materia de género, tales como:

- Recibir las denuncias y querellas sobre hechos que puedan constituir algún delito. La sentencia de Campo Algodonero evidenció que “[t]anto los representantes del Estado como de entidades no estatales señalaron que las autoridades de Ciudad Juárez solían desear las denuncias iniciales, manteniendo que la víctima habría salido con un novio y no tardaría en volver al hogar”.<sup>31</sup> Los AMP deben conocer de la existencia y contenido del Protocolo Homologado para la búsqueda de personas desaparecidas y la investigación del delito de desaparición forzada,<sup>32</sup> que detalla los mecanismos de

---

“a) Prestar protección y auxilio inmediato, de conformidad con las disposiciones aplicables;

b) Informar a la víctima u ofendido sobre los derechos que en su favor se establecen;

c) Procurar que reciban atención médica y psicológica cuando sea necesaria, y

d) Adoptar las medidas que se consideren necesarias, en el ámbito de su competencia, tendientes a evitar que se ponga en peligro su integridad física y psicológica”.

<sup>31</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 147.

<sup>32</sup> PGR *et al.*, Protocolo homologado para la búsqueda de personas desaparecidas y la investigación del delito de desaparición forzada, México, Procuraduría General de la República, junio de 2015, disponible en: [http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR\\_Normateca\\_Sustantiva/Protocolo%20Desaparici%C3%B3n%20Forzada.pdf](http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR_Normateca_Sustantiva/Protocolo%20Desaparici%C3%B3n%20Forzada.pdf), URL consultado el 1 de noviembre

búsqueda inmediata y urgente, así como las acciones ministeriales urgentes que deben llevarse a cabo. En la actualidad es bien sabido que las primeras veinticuatro horas son fundamentales en la investigación y hacen la diferencia entre encontrar o no a una víctima.

- La investigación. Si la investigación no se hace con una perspectiva de género, es muy probable que la conducta delictiva en contra de una o varias mujeres se quede en la impunidad, o que en caso de que sea una o varias las mujeres las imputadas, las consecuencias jurídicas vayan más allá de lo indispensable. No pueden ser otros los resultados, cuando se intenta aplicar a rajatabla un sistema que ha sido elaborado desde la óptica masculina y para su único beneficio. Por eso se han hecho esfuerzos en los últimos años de elaborar diversos protocolos que orienten a las y los ministerios públicos y sus auxiliares la forma de investigar con perspectiva de género. A nivel federal existen ya varios protocolos que guían la actuación de los AMP frente a grupos a los que se reconoce que históricamente y de manera consuetudinaria se les han vulnerado sus derechos, por lo que requieren de una atención especial; de lo contrario, se violentaría el principio de igualdad y, por tanto, se les discriminaría. Hasta noviembre de 2016 se han emitido los siguientes:

- Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial con perspectiva de género para el delito de feminicidio,<sup>33</sup>
- Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial con perspectiva de género para la violencia sexual;<sup>34</sup>
- Protocolo homologado para la búsqueda de personas desaparecidas y la investigación del delito de desaparición forzada;
- Protocolo para atender la violencia política contra las mujeres;<sup>35</sup>

de 2016. En la elaboración de este Protocolo participaron autoridades de la PGR, de las procuradurías estatales y del, entonces, Distrito Federal.

<sup>33</sup> PGR, Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial con perspectiva de género para el delito de feminicidio, Procuraduría General de la República, 1 de septiembre de 2015, disponible en: [http://http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR\\_Normateca\\_Sustantiva/Protocolo\\_Feminicidio.pdf](http://http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR_Normateca_Sustantiva/Protocolo_Feminicidio.pdf), URL consultada el 30 de octubre de 2016.

<sup>34</sup> PGR, Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial con perspectiva de género para la violencia sexual, Procuraduría General de la República, 30 de diciembre de 2015, disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/51043/Protocolo\\_inv\\_con\\_pg\\_para\\_la\\_violencia\\_sexual.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/51043/Protocolo_inv_con_pg_para_la_violencia_sexual.pdf), URL consultado el 30 de octubre de 2016.

<sup>35</sup> TEPJF, Protocolo para atender la violencia política contra las mujeres, Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal, México, 2016. En este Protocolo se fija la actuación de diversas instancias, entre ellas la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV), la Comisión



- Protocolo de actuación ministerial para la atención de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados;<sup>36</sup>
- Protocolo para el uso de procedimientos y recursos para el rescate, asistencia, atención y protección de víctimas de trata de personas.<sup>37</sup>

A manera de ejemplo, a fin de que las y los AMP federal den cumplimiento al artículo 5o., fracción XV, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República<sup>38</sup> —que les mandata a aplicar la perspectiva de género con la debida diligencia, la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados, entre otros con violencia de género— el Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial con perspectiva de género para la violencia sexual indica que las obligaciones que deben cumplir en la investigación de estos casos son:

- Capacitarse en perspectiva de género.
- Identificar las necesidades de las víctimas. Prestar atención a las características y gravedad del caso.
- Cuando comparezca a una víctima de violencia sexual, la o el AMPF deben tener en cuenta que la víctima puede transitar por un estado de *shock* o manifestar un síndrome de estrés pos violación, y

---

Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (CONAVIM) y la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas (FEVIMTRA), dependiente de la Procuraduría General de la República.

<sup>36</sup> PGR, Protocolo de actuación ministerial para la atención de niñas, niños y adolescentes no acompañados, Procuraduría General de la República, México, enero 2016, disponible en: [http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR\\_Normateca\\_Sustantiva/Protocolo%20ni%C3%BAos%20migrantes.pdf](http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR_Normateca_Sustantiva/Protocolo%20ni%C3%BAos%20migrantes.pdf), URL consultado el 1 de diciembre de 2016.

<sup>37</sup> SEGOB, Protocolo para el uso de procedimientos y recursos para el rescate, asistencia, atención y protección de víctimas de trata de personas, Secretaría de Gobernación, México, 10 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.gob.mx/segob/documentos/protocolo-para-el-uso-de-procedimientos-y-recursos-para-el-rescate-asistencia-atencion-y-proteccion-de-victimas-de-trata-de-personas>, URL consultado el 1 de diciembre de 2016.

<sup>38</sup> Dicha fracción establece que corresponde a la PGR:

“XV. Especializar a las y los agentes del Ministerio Público, peritos, policías federales ministeriales y en general al personal que atiende a víctimas de delitos, a través de programas y cursos permanentes en:

- a) Derechos humanos y género;
- b) La aplicación de al perspectiva de género en la debida diligencia, la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia de género y feminicidios;
- c) Incorporación de la perspectiva de género en los servicios periciales;
- d) Eliminación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres.”

que ello se caracteriza por desorganización en todos los aspectos de su vida y de sus pensamientos, que en esas condiciones no desea ser cuestionada ni recordar los hechos.

- Por ello, el personal deberá actuar con paciencia y calma, hablar con lenguaje claro, sencillo y mostrar interés por lo que manifiesta la víctima. Dar oportunidad a que la ésta vaya comprendiendo lo que se le dice y haga preguntas.
- Respetar el derecho que tiene la víctima de interrumpir su declaración cuantas veces sea necesario, reiniciándose cuando esté lista para contestar.
- No coaccionar a la víctima por las declaraciones vertidas.
- Entrevistar a las víctimas en un lugar privado y procurar que esté siempre acompañada de la persona que ella elija.
- Brindar de inmediato apoyo y contención. En circunstancias como las señaladas en el párrafo anterior, el personal actuante deberá hacer uso de los servicios institucionales de contención y manejo de crisis, brindar a las víctimas sin ninguna dilación los apoyos del personal en psicología especializado y consejería médica, considerando que es prioritario este aspecto antes de que comparezca ante el AMPF; en estos casos siempre es importante actuar conforme a la decisión informada de la víctima.
- Actitud del personal en el primer contacto. En el primer contacto con la víctima, el personal ministerial, policial y pericial deberá mostrar respeto, presentarse debidamente con nombre, identificarse y explicar cuál es el motivo de la intervención o diligencia, cómo lo hará, cuál es el valor de esa diligencia para la investigación, y en todo, caso reiterar que está para servir y apoyar a las víctimas.
- Es necesario obtener el consentimiento para todas las diligencias a realizar, por lo que es importante que la estrategia de investigación incluya un método en el que la víctima no repita una y otra vez los hechos de la violencia sexual que vivió; es responsabilidad del AMPF establecer las condiciones para que la narración de los hechos se realice sólo una vez.
- El personal ministerial, policial y pericial deberá comprender que todas sus actuaciones, expresiones, lenguaje y actitudes en presencia de la víctima deben ser cuidadosas con el fin de ayudarle a recuperar la perspectiva de la experiencia sufrida y aporte información necesaria para la investigación.

- Por eso es que se debe garantizar la declaración y presencia de la víctima en las diligencias en condiciones especiales de protección y cuidado.
- Decretar las medidas emergentes, de protección o cautelares, conforme a la Ley General de Víctimas.<sup>39</sup>

Estos procedimientos, casi de sentido común, diría yo, son claves indispensables que previenen la doble victimización y la posible violación a los derechos humanos de las víctimas,<sup>40</sup> cuyos efectos pueden inclusive desencadenar suicidios, como aconteció en el caso de Yessica Yadira.<sup>41</sup>

- Criterios de oportunidad. Conforme al artículo 21 constitucional, se faculta al Ministerio Público para considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, que de manera general proceden en casos en que no hubiera una grave lesión al bien jurídico tutelado en la norma penal ni a su titular (artículo 256, CNPP), por lo que no se justifica iniciar un procedimiento penal, lo cual resulta adecuado; sin embargo, culturalmente las violencias a las que sobreviven las mujeres (acosos, abusos sexuales, violencia

---

<sup>39</sup> PGR, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

<sup>40</sup> Conviene citar el reciente caso de posible abuso sexual o violación de varios niños y niñas de entre dos y cinco años de edad en el Colegio Matatena en la Ciudad de México. El abogado de las familias ha denunciado que el personal que realizó las pruebas psicológicas a las posibles víctimas no estaba capacitado, ya que además de hacerlos esperar hasta casi diez horas para realizarse cada prueba, “los exámenes consistieron en una sesión de 20 minutos en la que se les preguntó a los menores ‘Quién te tocó?’, ‘¿Qué pasó en la escuela?’, ‘Te tocaron?’” [Cobos, Adriana, “Padres de kínder Matatena piden a PGJDF investigar a 5 maestras”, *Milenio*, Ciudad de México, 24 de abril de 2016].

<sup>41</sup> En 1997 en la capital de Durango Yéssica Yadira Díaz Cazares, una niña de dieciséis años fue llamada después de dos meses de haber sido violada por tres individuos, se atrevió —después de haber intentado suicidarse en dos ocasiones cortándose las venas— en primera instancia a decírselo a su familia conformada por su madre y hermana, y a denunciar los hechos ante la Procuraduría de Justicia del estado. Su coraje ante los hechos aumentó y se convirtió en impotencia al ser detenidas ilegalmente (inclusive fue detenida la sobrina de Yéssica Yadira de dos años de edad) por las supuestas lesiones que la madre de esta chica le había inferido al victimario. Las diligencias a las que Yadira fue sometida como la confrontación, en la que sin una cámara gessel de por medio tuvo que identificar a su violador tocándolo, así como los exámenes químico-toxicológicos que le tomaron para determinar si era consumidora de alguna droga y de este modo desvirtuar el dicho de la víctima, llevaron a Yéssica Yadira a presentar tal estado de ánimo que volcó todo su coraje y frustración contra ella misma y, después de dos meses de iniciada la indagatoria, esta niña decidió quitarse la vida con una sobredosis de medicamentos [Santillán, Iris, *Violación y culpa*, México, Ubijus, pp. 145 y 146].

familiar entre otras) son vistas frecuentemente como casos menores. Por fortuna, el artículo 256 del CNPP prohíbe la aplicación de estos criterios “en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad [y] de violencia familiar”.

Se hace notar que en el antes referido Acuerdo COCO/XV/003/15 no se incluye como indicador el número de acuerdos de criterios de oportunidad dictados por los agentes del MP ni el tipo de caso en el que se determinó, datos indispensables para evaluar el comportamiento de los operadores sociales de las instituciones de procuración de justicia y detectar si se están o no dictando este tipo de salidas en materia de violencia en contra de las mujeres, lo cual es contrario a la normatividad y pone en riesgo a las mujeres víctimas de este tipo de ilícitos.

- Acuerdos reparatorios. Uno de los procedimientos más novedosos que contiene el nuevo sistema de justicia penal es, sin duda, los mecanismos alternativos de solución de controversias, para lo cual el constituyente llevó a cabo diversas reformas al el texto constitucional:
  - En el artículo 17 de la CPEUM se introdujo un párrafo que establece que “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.
  - En el apartado A del artículo 20 se adicionó la fracción VII: “Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley...”.

El CNPP determina como soluciones alternas del procedimiento penal [i] el acuerdo reparatorio, y [ii] la suspensión condicional del proceso. Conforme al artículo 186 del CNPP, los acuerdos reparatorios “son aquellos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal”.

El artículo 187 del CNPP establece de manera puntual los casos en que proceden los acuerdos reparatorios: [i] delitos que se persiguen por querrela; [ii] delitos culposos, y [iii] delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas. El artículo establece que este tipo de acuerdos no procederán “en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente

otros acuerdos por hechos que correspondan a delitos dolosos, salvo que hayan transcurrido dos años de haber dado cumplimiento al último acuerdo reparatorio, o se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades Federativas”, medida acorde con una política criminal que reconoce la desigualdad de fuerzas que existe en una relación familiar en la que hay violencia.

Es importante estar alertas, en razón de que el Congreso está discutiendo una miscelánea penal en la que se pretende reformar, entre otros ordenamientos, la última parte del artículo 187, para quedar de la siguiente manera: “No procederán acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos, salvo que se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas”,<sup>42</sup> cuya redacción abre la puerta para interpretar justamente que sí proceden este tipo de acuerdos en caso de violencia familiar.

<i>Artículo 187 vigente</i>	<i>Artículo 187 propuesta</i>
No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a delitos dolosos, salvo que hayan transcurrido dos años de haber dado cumplimiento al último acuerdo reparatorio, o se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas.	No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos, salvo que se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas.

Por otra parte, el Informe que el CIDAC ofrece permite calcular que el 53.65% de los casos que terminan por vías diferentes al juicio oral son sobreesidos.<sup>43</sup>

#### IV. LA DEFENSORÍA PÚBLICA

Es una realidad que son las mujeres quienes viven de manera más grave la pobreza. También es una verdad, como lo develó hace un par de décadas Elena Azaola, que cuando una mujer es alcanzada por el sistema de justicia penal

<sup>42</sup> Comunicación personal del maestro Gabriel Regino García del 1o. de mayo de 2016.

<sup>43</sup> CIDAC, *op. cit.*, p. 25.

como probable responsable de algún delito, generalmente es abandonada por la familia,<sup>44</sup> y se queda sin redes de apoyo que la auxilien en lo que implica verse involucrada en casos como este, por lo que su derecho a la defensa se ve satisfecha generalmente por abogados/as de la defensoría pública, instancia que probablemente representa el eslabón más débil de todo el proceso penal,<sup>45</sup> si se considera que, como afirmó Emilio Álvarez Icaza en 2012, siete de cada diez personas sentenciadas no ven jamás a su defensor/a de oficio.<sup>46</sup> El anterior sistema penal se caracterizaba porque los(as) defensores(as) públicos obtenían sueldos inferiores a los que recibían los AMP, y no había una homologación en la adscripción dentro de la estructura orgánica de los poderes, pudiendo pertenecer al Poder Ejecutivo, al Poder Judicial, y, las menos, tenían cierto nivel de autonomía.<sup>47</sup> Actualmente, el artículo 17 constitucional manda que “[l]as percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público”.

Un dato preocupante que aporta el Informe del CIDAC es la inequidad en los recursos financieros que esta instancia tiene para la implementación del NSJP. Esto impacta en el número de defensores públicos penales que existen. Así, los extremos son Nayarit en donde hay 7.08 defensores por cada cien mil habitantes, mientras que en Jalisco sólo hay .24. Coahuila, por ejemplo, que tiene 1.85 defensores por cada cien habitantes, cuenta con diecinueve defensores penales, quienes atienden 258 averiguaciones previas al año,<sup>48</sup> carga de trabajo que hace materialmente imposible una defensa seria, profesional y eficaz.

Resulta fundamental que exista el número suficiente de defensores(as) públicos con una sólida formación en teoría del delito, perspectiva de gé-

---

<sup>44</sup> Azaola, Elena y Yacamán, José, *Las mujeres olvidadas. Un estudio sobre la situación actual de las cárceles en la República Mexicana*, México, CNDH-Colmex, 1996; Azaola, Elena, Plaza y Valdés-CIESAS, México, 1996.

<sup>45</sup> Raphael, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>46</sup> Álvarez, Emilio, *Entrevista para la elaboración del reporte sobre la discriminación en México*, México, Conapred, citado en Raphael, Ricardo, *op. cit.*, p. 37.

<sup>47</sup> Torres Estrada afirma que la mayoría de las defensorías penales públicas se encuentran adscritas al Poder Ejecutivo (Aguascalientes, Guerrero, Distrito Federal, Tabasco, entre otras); bajo el segundo esquema se encuentra las defensorías de los estados de Oaxaca, Quintana Roo y Veracruz, entre otras y, finalmente ejemplos del tercer esquema lo representan el Instituto de la Defensoría Pública del Estado de México, desconcentrado de la Secretaría General de Gobierno del Edo. de México, y el Instituto de Defensoría Pública de Nuevo León, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía financiera, técnica y de gestión [Torres, Pedro, *Los límites y controles institucionales en el nuevo sistema de justicia penal mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 23, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/18/pjn/pjn2.pdf>, URL consultado el 2 de mayo de 2016].

<sup>48</sup> CIDAC, *op. cit.*, pp. 44-49.

nero y derechos humanos; de lo contrario, se seguirán reproduciendo los antiguos vicios en los que el(la) defensor(a) se hacía cómplice en la indefensión de los(as) indiciados(as) o procesados(as) haciendo nugatorio el derecho humano a la defensa jurídica.<sup>49</sup>

## V. ASESORES JURÍDICOS DE VÍCTIMAS

Acorde con el apartado C del artículo 20 constitucional, la Ley General de Víctimas (LGV)<sup>50</sup> tiene entre sus objetivos “garantizar un efectivo ejercicio del derecho de las víctimas a la justicia en estricto cumplimiento de las reglas del debido proceso” (artículo 2o.), para lo cual serán asesoradas y representadas por un asesor jurídico (artículo 12, fracción IV), reconociendo “la existencia de grupos de población con características particulares o con mayor situación de vulnerabilidad en razón de su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad y otros” (artículo 5o.) por lo que la atención que se brinde —a través de las comisiones de atención a víctimas estatales y de la Ciudad de México y la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV)— debe llevar un enfoque diferencial y especializado.

Preocupa en este punto la brecha que existe entre el ser y el deber ser, ya que de acuerdo con el Informe de CIDAC, de los veintisiete estados que proporcionaron información,<sup>51</sup> sólo en catorce de ellos se cuenta con una delegación de este organismo, siendo hasta febrero tan sólo 65 los asesores jurídicos quienes llevan esa función.<sup>52</sup> A nivel local, los mismos veintisiete estados manifestaron contar con una oficina para la asesoría jurídica de las víctimas. El CIDAC corroboró que en veintidós entidades se había creado, al menos formalmente, una comisión estatal de atención a víctimas, aunque no pudieron confirmar su operación. Al igual que a nivel federal, existe un déficit de asesores jurídicos, situación que se agrava si se considera que

---

<sup>49</sup> Conviene ver el documental de Concepción Núñez, *Deshilando condenas, bordando libertades*, México, Inmujeres, 2004, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=pVq7SnSjTWk>, URL consultado el 2 de diciembre de 2016.

<sup>50</sup> Publicada en el *DOF* el 9 de enero de 2013, última reforma publicada el 3 de mayo de 2013.

<sup>51</sup> La Ciudad de México y los estados de Chiapas, Baja California, Chihuahua y Nayarit no proporcionaron información a la SETEC, por lo que no fueron contabilizados en el estudio [CIDAC, *op. cit.*, p. 51].

<sup>52</sup> Es importante considerar que por la naturaleza de la competencia, generalmente los delitos federales no tienen víctimas. Aún así, la CEAV ha proyectado contar con 1,572 asesores jurídicos, lo que significa que en tres meses sólo tienen un avance de 4.2% en esa actividad [CIDAC, *op. cit.*, p. 52].

a diferencia de aquellos ilícitos, en la mayoría de los que corresponden al fuero común, siempre hay al menos una víctima.<sup>53</sup> La inequidad es clara si se considera que en las trece entidades que proporcionaron este dato se suman 697 defensores públicos, frente a 207 asesores jurídicos, por ejemplo, en Michoacán hay 131 defensores públicos y tan sólo dos asesores jurídicos.<sup>54</sup> Es muy probable que la falta de asesoría jurídica afecte de manera sustantiva a las mujeres víctimas de violencia, quienes por su condición requieren que se materialice el derecho que la ley les ha otorgado, de lo contrario, se les sitúa en un plano que las hace más vulnerables, siendo el Estado con sus omisiones ahora el que las sobrevictimiza.

Otra cuestión es el profesionalismo con el que las(os) defensores jurídicos de las víctimas realicen su trabajo. En un trabajo realizado en España (específicamente Barcelona y Madrid) se hace notar que la mayoría de las veces la intervención de estas(os) profesionales “se reduce a, tras una explicación somera del proceso, aconsejarles que no declaren o que traten de pactar con el agresor. Destaca, así mismo, la falta de implicación para preparar el juicio con anticipación y una escasa actividad a la hora de pedir la práctica de pruebas que logren acreditar la violencia sufrida”.<sup>55</sup> Se hace indispensable la creación de un sistema de evaluación cualitativa del servicio que se presta, junto con un modelo de incentivos para quienes hagan su trabajo de manera adecuada.

## VI. PODER JUDICIAL/TRIBUNALES/JUECES

Hace algún tiempo ya se hablaba de la necesidad de incorporar mujeres en los tribunales, como una forma de feminizar la justicia. En las últimas décadas, el número de mujeres que integran los tribunales en el país se ha ido incrementando. Por ejemplo, si se toma como referencia el Poder Judicial Federal, se destaca que en 1970 no había una sola jueza de distrito, en tanto que para 2000 ocupaban ese cargo 46 mujeres, que representaban el 21.5% del total de plazas.<sup>56</sup> Para 2014 de un total de 395 jueces de distrito, sólo 96 eran mujeres, y los restantes 299 hombres.

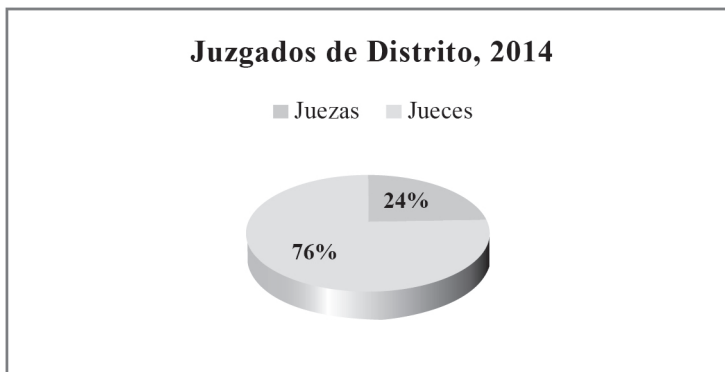
<sup>53</sup> A excepción de los delitos contra la salud, que también conocen los tribunales locales.

<sup>54</sup> CIDAC, *op. cit.*, p. 54.

<sup>55</sup> Naredo, María *et al.*, “La utilización de justicia penal por parte de mujeres que enfrentan la violencia de género en España”, en Bodelón, Encarna, *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Buenos Aires, Ediciones Diderot, 2012, p. 73.

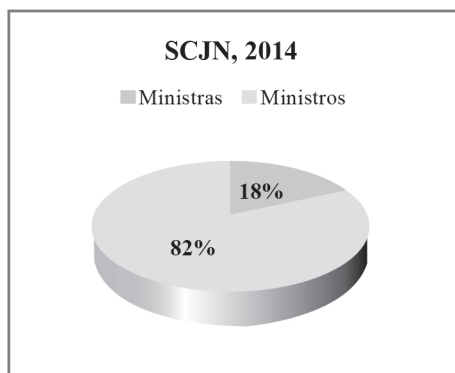
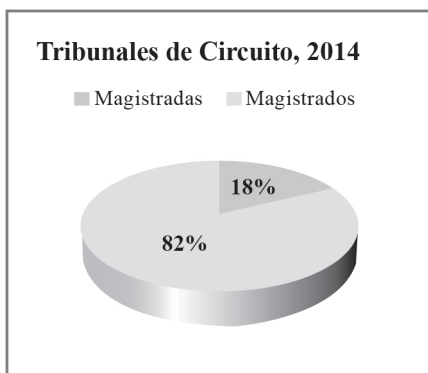
<sup>56</sup> Fix-Fierro, Héctor y López Ayllon, Sergio, *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, UNAM, 2006, p. 581.





FUENTE: Ramírez, Fernando, *El Financiero*, 20 de mayo de 2014.

Conforme el cargo es más alto, el número de mujeres disminuye. En el mismo año, del total de 740 magistraturas de circuito, solamente 130 estaban ocupadas por mujeres, y 610 por hombres,<sup>57</sup> y sólo había dos ministras —la ministra Olga Sánchez Cordero, quien impulsó de manera comprometida la transversalización de género en el quehacer judicial, y la ministra Margarita Luna Ramos—. En 2014, en el Consejo de la Judicatura Federal no había una sola mujer,<sup>58</sup> situación que ha cambiado, ya que de siete Consejeros, dos son mujeres (lo que representa el 28.5%).



FUENTE: Ramírez, Fernando, *El Financiero*, 20 de mayo de 2014.

<sup>57</sup> Ramírez, Fernando, “Sólo 5% de mujeres que laboran en el PJJ son juezas, magistradas o ministras”, *El Financiero*, 21 de mayo de 2014, disponible en: <http://www.elfinanciero.com.mx/politica/trato-disparejo-para-las-mujeres-en-poder-judicial.html>, URL consultado el 4 de mayo de 2016.

<sup>58</sup> Actualmente, siguen siendo dos ministras. La ministra Olga Sánchez Cordero se jubiló, y en su lugar fue designada la ministra Norma Lucía Piña Hernández.

Actualmente el Pleno de la Corte sigue conformado por sólo dos ministras: Margarita Luna Ramos y Norma Lucía Piña Hernández.

Es importante considerar que el hecho de que más mujeres ocupen cargos en el poder judicial no significa que estén sensibilizadas y sean conocedoras en la aplicación de la perspectiva de género al momento de juzgar, ni siquiera que haya cierta empatía en casos en que las mujeres están involucradas como víctimas o responsable de algún ilícito, ya que como lo afirman Bergalli y Bodelón

lo característico de este colectivo es la no identificación entre la experiencia personal como mujeres y su trabajo profesional...el desempeño profesional del papel de juez, implica para ellas la asunción de ciertos valores como los de neutralidad ante el sexo del acusado, que excluye la incorporación en el proceso de su experiencia como sujetos sexuados, como mujeres.<sup>59</sup>

Hasta hace un par de años era manifiesta la clara resistencia por parte de las y los juzgadores a transversalizar su ejercicio judicial con el género, como quedó demostrado en el diagnóstico que llevó a cabo Epadeq a diecisiete tribunales superiores de justicia, en el que, a través de grupos focales jueces, juezas, magistrados y magistradas manifestaron respecto a este tema cosas como las siguientes:

Creo que no sería correcto [aplicar la perspectiva de género] porque no respetaríamos ese principio de una igualdad procesal (mujer).

Todos son iguales, el hombre y la mujer son iguales ante la ley. Como seres humanos. Parejitos (mujer).

Es que nuestra misma función implica un trato igualitario. Ser hombre, mujer, pobre, rico, etcétera (mujer).

Aquí se toma exactamente un hombre, una mujer, si es demandada. Se juzga exactamente igual. No es como que “pobrecita porque la detuvieron” o “pobrecita porque le deben”. Es exactamente igual. En materia penal es muy cierto que hay algunos que se consideran que los cometen los hombres, se ve muy mal que sea una mujer la acusada o la inculpada. Se le sanciona exactamente igual, no es que se le dé preferencia, no es que se le dé más a la mujer o menos, yo estoy conforme. O sea, no noto ninguna diferencia (mujer).

En el caso concreto de la función jurisdiccional no hay una distinción de género, en términos particulares sí se toma mucho en cuenta, por lo que ya comentaban. Pero aquí no vemos si es hombre o mujer. Aquí se administra justicia con las reglamentaciones que cada ley contiene, no creo que se les haga más caso a los hombres que a las mujeres (hombre).

---

<sup>59</sup> Bergalli y Bodelón, *op. cit.*, pp. 102 y 103.

Inclusive aquí con nosotros, en el Tribunal, dentro de la administración de justicia [se cuenta con] la perspectiva de género... por eso debemos tratar igual a todos. Independientemente de si son hombres o mujeres (hombre).<sup>60</sup>

A partir de éste y otros diagnósticos, en 2013 la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicó el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género,<sup>61</sup> que constituye una herramienta imprescindible para quienes imparten justicia, ya que ofrece claves para identificar y evaluar diversos indicadores que han pautado una aplicación sexista de lo que se denomina justicia.

Aunque formalmente el Protocolo no es de aplicación obligatoria por ser sólo una guía para juzgar con perspectiva de género, es importante llamar la atención de que recién el 15 de abril de 2016 se acumularon cinco tesis de jurisprudencia en el mismo sentido, lo que conformó la jurisprudencia constitucional<sup>62</sup> “Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género”, la cual se convierte en obligatoria. El contenido de esta jurisprudencia es el siguiente:

Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Para ello, el juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente: i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja

<sup>60</sup> Epadeq, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

<sup>61</sup> SCJN, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 2013, p. 8.

<sup>62</sup> Con fundamento en el artículo 94 constitucional, la jurisprudencia es obligatoria. El artículo 217 de La Ley de Amparo determina que: “La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales” (publicada en el *DOF* el 2 de abril de 2013).

por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicarse los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivo de género.<sup>63</sup>

Es evidente que cuando la Primera Sala de la SCJN se refiere a impartir justicia, no se limita al momento de determinar una sentencia, sino a todas las actuaciones judiciales, y no sólo en aquellas en las que las mujeres y/o niñas sean víctimas, sino también en aquellas en las que sean acusadas de algún ilícito. En tanto que el nuevo sistema de justicia penal contempla a jueces de control, de enjuiciamiento, de alzada y de ejecución, la perspectiva de género debe estar presente en la actuación de todos(as) quienes integran el Poder Judicial.

Uno de los beneficios de la globalización es el desarrollo de las tecnologías, que nos permite enterarnos al segundo de lo que, inclusive en los tribunales, acontece en materia de género. La organización Women's Worldwide desde 2009 convoca a nominar decisiones judiciales en dos categorías: la primera —en la que se otorga el premio *Mallette*— se otorga a las decisiones que promueven la equidad de género, mientras que la segunda se otorga a las decisiones que son retrógradas y discriminatorias —a éstas se les otorga el premio *Garrote*. Este año fue nominada y, finalmente ganadora del premio Garrote público,<sup>64</sup> una sentencia dictada por el juez 42 de lo familiar del Tribunal Superior de Justicia del DF, licenciado Andrés Linares Carranza,<sup>65</sup> quien resolvió quitarle a una mujer de nacionalidad española la guarda y custodia de su hijo, motivando su decisión bajo el argumento de que ella no “ha cumplido con su «rol tradicional de madre»”, y le ordena asistir a terapia psicológica a fin de que pueda ofrecer a su hijo “cariño y amor conforme a las costumbres mexicanas y para que «accepte los roles tradicionales

<sup>63</sup> SCJN, Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género, Reiteración (jurisprudencia constitucional), Tesis 1a/J.22/2016 (10ª), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación la Jurisprudencia constitucional* el 15 de abril de 2016.

<sup>64</sup> Es decir, que fue la resolución judicial más votada a través del portal electrónico, a diferencia que los demás premios que fueron seleccionados por un comité.

<sup>65</sup> Ahora magistrado.

de género», para que así pueda «acertar» como madre en su formación y educación de su hijo». <sup>66</sup>

Por fortuna, también fueron nominadas tres resoluciones judiciales para el Premio Mallete 2016. Sólo citaré la emitida por la hoy magistrada Paula María García Villegas Sánchez Cordero, quien siendo titular del Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal reconoció la tardanza en la emisión de la declaratoria de la alerta de violencia de género en el estado de México, lo que constituye una grave violación de los derechos humanos de las mujeres, por lo cual ordenó la reparación integral de los daños y exigió al Estado mexiquense emitir una disculpa pública por el retraso. <sup>67</sup>

## VII. CENTROS DE JUSTICIA PARA MUJERES

En 2010, la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Conavim) —órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación creado el 1o. de junio de 2009— puso en marcha un programa para crear y fortalecer centros de justicia para mujeres (CJM), con el objetivo de brindar atención especializada e integral en un solo lugar a las mujeres que viven violencia y facilitar el acceso a la justicia. Hasta agosto de 2015 se contaba con veintiséis CJM en diecinueve entidades federativas.

## VIII. CONCLUSIONES

Gracias a los diversos estudios y análisis que se han elaborado con perspectiva de género en el campo de la procuración y la administración de justicia, ha quedado evidenciada la necesidad de que sus operadores no sean ciegos ni insensibles frente a las vivencias y experiencias que por razones de género algunas —me atrevo a afirmar que un número muy importante de ellas— mujeres viven en este país. Adicional a esta exigencia, se requiere conocimiento en la teoría de género, que ofrece claves para transversalizar las decisiones

---

<sup>66</sup> Women's link Worldwide, Rol de madre "tradicional", disponible en: [http://womenslinkworldwide.org/premios/interna-caso.php?lis=1\\$\\$-42BLXgnXutpPXMBVvgB&idi=es](http://womenslinkworldwide.org/premios/interna-caso.php?lis=1$$-42BLXgnXutpPXMBVvgB&idi=es) y [http://womenslinkworldwide.org/premios/administrador/doc\\_casos/56cb6dc8ef546\\_pgja\\_Mexico\\_Pronunciamiento\\_CDDHH\\_CasoXimenaConstante\\_es.pdf](http://womenslinkworldwide.org/premios/administrador/doc_casos/56cb6dc8ef546_pgja_Mexico_Pronunciamiento_CDDHH_CasoXimenaConstante_es.pdf), URL consultado el 6 de octubre de 2016.

<sup>67</sup> Women's link Worldwide, Disculpas públicas, disponible en: [http://womenslinkworldwide.org/premios/interna-caso.php?lis=1\\$\\$-42BLXgnWutpPXMBVvgB&idi=es](http://womenslinkworldwide.org/premios/interna-caso.php?lis=1$$-42BLXgnWutpPXMBVvgB&idi=es), URL consultado el 6 de mayo de 2016.

ministeriales y judiciales, reduciendo con ello el margen de soluciones sexistas, discriminatorias e injustas, como se venía haciendo el anterior sistema.

El nuevo sistema de justicia penal oral, acusatorio y adversarial ofrece la oportunidad de enmendar el camino, aunque debo confesar mi pesimismo, basado sobre todo en considerar que quienes operarán el nuevo sistema son exactamente los(as) mismos(as) operadores que trabajaban en aquel, con los mismos pensamientos y prejuicios.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Sobrevivir a la muerte. Tortura de mujeres por policías y fuerzas armadas en México*, Londres, Amnistía Internacional, 2016.
- AZAOLA, Elena y YACAMÁN, José, *Las mujeres olvidadas. Un estudio sobre la situación actual de las cárceles en la República mexicana*, México, CNDH, Colmex, 1996.
- AZAOLA, Elena, *El delito de ser mujer*, México, Plaza y Valdés-CIESAS, 1996.
- BERGALLI, Roberto y BODELÓN, Encarna, “El análisis de género en los tribunales de justicia”, en DOMÍNGUEZ, José Luis y RAMOS, Miguel Angel (coords.), *La joven sociología jurídica en España. Aportaciones para una consolidación*, Oñati, The International Institute for the Sociology of Law, 1998.
- COBOS, Adriana, “Padres de kínder Matatena piden a PGJDF investigar a 5 maestras”, México, *Milenio*, 24 de abril de 2016.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia del 16 de noviembre de 2009 del caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia del 16 de noviembre de 2009.
- EPADEQ, *Diagnóstico e Implementación de Acciones Básicas para la Igualdad de Género en la Impartición de Justicia, la Normatividad y la Cultura Organizacional en 15 Tribunales Superiores de Justicia Estatales 2011-2012*, México, Consejo Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, 2012.
- FIX-FIERRO, Héctor y LÓPEZ AYLLON, Sergio, *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, UNAM, 2006.
- GALEANO, Eduardo, *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*, México, Siglo XXI, 1998.
- GIDDENS, Anthony, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus, 2000.

*Hallazgos 2015: evaluación de la implementación y operación constitucional en materia de justicia penal*, México, Centro de Investigación para el Desarrollo, A. C., 2016.

LLAMAS, María Victoria y RODRÍGUEZ FERRANDO, Claudia, *Claudia: una liberación*, México, Plaza y Janés, 1998.

NAREDO, María *et al.*, “La utilización de justicia penal por parte de mujeres que enfrentan la violencia de género en España”, en Bodelón, Encarna, *Violencia de Género y las respuestas de los sistemas penales*, Buenos Aires, Ediciones Diderot, 2012.

MACKINNON, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Ediciones Cátedra, 1989.

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucre la orientación sexual o la identidad de género, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

Protocolo para Atender la Violencia Política contra las Mujeres, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal, 2016.

SANTILLÁN, Iris, *Matar para vivir. Análisis jurídico penal y criminológico con perspectiva de género de casos de mujeres homicidas*, México, Ubijus, 2016.

SANTILLÁN, Iris, *Violación y culpa*, México, Ubijus, 2013.

RAPHAEL, Ricardo, *Reporte sobre la discriminación en México. Proceso Penal*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-CIDE, 2012

ZAFFARONI, Raúl *et al.*, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2010

### *Legisgrafía*

Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *DOF* el 2 de abril de 2013.

COCO/XV/002/15. Acuerdo del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, por el que se aprueba que en todas las acciones a realizar por parte de las instituciones integrantes de este Consejo de Coordinación en el ámbito de su competencia y de la Secretaría Técnica, se considere una perspectiva de género en el nuevo Sistema de Justicia Penal, Publicado en el *DOF* el 21 de enero de 2016.

COCO/XV/003/15 Acuerdo del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, por el cual se aprueban los indicadores para el seguimiento y evaluación del funcionamiento y operación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio, elaborados por el Comité para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación del nuevo Sistema, los cuales deberán ser actualizados semestralmente.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, Publicada en el *DOF* el 29 de diciembre de 2014.

Ley General de Víctimas, publicada en el *DOF* el 9 de enero de 2013, última reforma publicada el 3 de mayo de 2013.

SCJN, Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género, Reiteración (Jurisprudencia Constitucional), Tesis 1ª/J.22/2016 (10ª), publicada en el Seminario Judicial de la Federación la Jurisprudencia Constitucional el 15 de abril de 2016.

### *Mesografía*

NÚÑEZ, Concepción, *Deshilando condenas, bordando libertades*, México, Inmujeres, 2004, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=pVq7SnS7TWk>, URL consultado el 2 de mayo de 2016.

INEGI, Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental 2013 (EN-CIG), disponible en: <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/tabuladosbasicos/tab-directo.aspx?s=est&c=33663>, URL consultado el 28 de abril de 2016.

PGR, Protocolo de actuación ministerial para la atención de niñas, niños y adolescentes no acompañados, Procuraduría General de la República, México, enero 2016, disponible en: [http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR\\_Normateca\\_Sustantiva/Protocolo%20ni%C3%B1os%20migrantes.pdf](http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR_Normateca_Sustantiva/Protocolo%20ni%C3%B1os%20migrantes.pdf), URL consultado el 1 de mayo de 2016.

PGR, Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial con perspectiva de género para el delito de feminicidio, Procuraduría General de la República, 30 de diciembre de 2015, disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/51043/Protocolo\\_inv\\_con\\_pg\\_para\\_la\\_violencia\\_sexual.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/51043/Protocolo_inv_con_pg_para_la_violencia_sexual.pdf), URL consultado el 1 de mayo de 2016.

PGR, Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial con perspectiva de género para el delito de feminicidio, Procuraduría General de la República, 1o. de septiembre de 2015, disponible en: [http://http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR\\_Normateca\\_Sustantiva/Protocolo\\_Feminicidio.pdf](http://http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR_Normateca_Sustantiva/Protocolo_Feminicidio.pdf), URL consultada el 1o. de mayo de 2016.



- PGR *et. al.*, Protocolo homologado para la búsqueda de personas desaparecidas y la investigación del delito de desaparición forzada, Procuraduría General de la República, México, junio de 2015, disponible en: [http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR\\_Normateca\\_Sustantiva/Protocolo%20Desaparici%C3%B3n%20Forzada.pdf](http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR_Normateca_Sustantiva/Protocolo%20Desaparici%C3%B3n%20Forzada.pdf), URL consultado el 10 de mayo de 2016.
- PONCE, Armando, “33 irregularidades en la condena a Elvira Luz Cruz”, *Proceso*, 21 de enero de 1984, disponible en: <http://www.proceso.com.mx/137853/33-irregularidades-en-la-condena-a-elvira-luz-cruz>, URL consultado el 26 de abril de 2016.
- RAMÍREZ, Fernando, “Sólo 5% de mujeres que laboran en el PJJF son juezas, magistradas o ministras”, *El Financiero*, 21 de mayo de 2014, disponible en: <http://www.elfinanciero.com.mx/politica/trato-disparejo-para-las-mujeres-en-poder-judicial.html>, URL consultado el 4 de mayo de 2016.
- REDACCIÓN, “Policías del Edomex golpean y humillan a reportera de Reforma”, *Animal Político*, 30 de noviembre de 2016, disponible en: <http://www.animalpolitico.com/2016/11/policias-del-edomex-golpean-humillan-reportera-reforma/>, URL consultado el 1 de diciembre de 2016.
- SEGOB, Protocolo para el uso de procedimientos y recursos para el rescate, asistencia, atención y protección de víctimas de trata de personas, Secretaría de Gobernación, México, 10 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.gob.mx/segob/documentos/protocolo-para-el-uso-de-procedimientos-y-recursos-para-el-rescate-asistencia-atencion-y-proteccion-de-victimas-de-trata-de-personas>, URL consultado el 1 de mayo de 2016.
- TORRES, Pedro, *Los límites y controles institucionales en el nuevo sistema de justicia penal mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/18/pjn/pjn2.pdf>, URL consultado el 2 de mayo de 2016.
- VOZ “mujer”, *Diccionario de la lengua española*, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=QIvMnRp>, URL consultado el 23 de abril de 2016.
- WOMEN’S LINK WORLDWIDE, Rol de madre “tradicional”, disponible en: [http://womenslinkworldwide.org/premios/interna-caso.php?lis=1\\$\\$-42BLXgnXutpPXMBVvgB&idi=es](http://womenslinkworldwide.org/premios/interna-caso.php?lis=1$$-42BLXgnXutpPXMBVvgB&idi=es), URL consultado el 6 de mayo de 2016.
- WOMEN’S LINK WORLDWIDE, Disculpas públicas, [http://womenslinkworldwide.org/premios/interna-caso.php?lis=1\\$\\$-42BLXgnWutpPXMBVvgB&idi=es](http://womenslinkworldwide.org/premios/interna-caso.php?lis=1$$-42BLXgnWutpPXMBVvgB&idi=es), URL consultado el 6 de mayo de 2016.

## DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS Y LA LEY GENERAL DE VÍCTIMAS

Jorge WITKER

SUMARIO: I. *Concepto*. II. *Víctima y ofendido*. III. *Víctima en el Derecho comparado*. IV. *Víctima en la Constitución*. V. *Víctima en el Código Nacional de Procedimientos Penales*. VI. *Ley General de Víctimas*. VII. *La Asesoría Jurídica Federal*. VIII. *Consideraciones finales*.

### I. CONCEPTO

El concepto de víctima ha ido variando con el tiempo, dependiendo de la postura asumida por los doctrinarios penalistas.

Por ello, es importante señalar lo que indican las normativas internacional y nacional a este respecto, en términos generales.

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder,<sup>1</sup> aprobada por la ONU en 1985, definió a las víctimas como “las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente”.

A su vez, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) ha considerado que

[u]na persona tiene la calidad de víctima del delito (VD) cuando individual o colectivamente ha sufrido algún daño, lesiones físicas o mentales, sufrimiento

---

\* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Resolución 40/34 de la Asamblea General, anexo, punto 1. Documento del Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, dado en Milán, 1985.

emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos, como consecuencia de acciones u omisiones de otra persona o personas que violen la legislación penal vigente”.<sup>2</sup>

Agrega que también se puede considerar como víctima del delito

a una persona independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al victimario, y de la relación familiar que exista entre éste y la víctima, pudiéndose incluir, 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.<sup>3</sup>

Hay que aclarar que la víctima tuvo un papel eminentemente activo hasta la imposición del modelo inquisitivo jurisdiccional público en materia penal. Siguiendo a Eugenio Raúl Zaffaroni, actual juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

la pena como coacción que excluye a la víctima se asentó definitivamente entre los siglos XI y XII, porque antes los mismos conflictos se resolvían por vía reparadora (composición). La composición era favorecida por una coacción consistente en la amenaza de guerra entre clanes. Pese a que no se puede hablar de delincuente sin hacerlo simultáneamente de víctima, la confiscación de ésta privó a la pena de todo contenido reparador y limitó la reparación al derecho privado, donde, en una sociedad caracterizada por grandes diferencias patrimoniales, no puede obtenerse cuando el demandado no tiene bienes. La pena podría perder algo de ilegitimidad como sanción reparadora si se la redujese a una coacción que obligase a la reparación, pero esta tendencia es apenas perceptible en la legislación vigente nacional y sólo un poco más extendida en la legislación comparada, donde se tiende a asociar los beneficios con los esfuerzos reparadores, devolviendo algún protagonismo a la víctima, como forma de obviar los aspectos más irracionales de la confiscación.<sup>4</sup>

Sin embargo, cada vez más se ha abierto la necesidad de establecer a la víctima como sujeto con derechos dentro del proceso penal. Ha señalado Amnistía Internacional que “El creciente reconocimiento de que la justicia

---

<sup>2</sup> *Lineamientos para la atención integral a víctimas del delito*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), 2010, p. 14.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, Aliaga, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 48.

exige que se respeten los derechos de la víctima de igual manera que los derechos de la persona acusada”.<sup>5</sup>

La ya mencionada Declaración de 1985 de la ONU, señaló en su punto 4 que “[l]as víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional”.

## II. VÍCTIMA Y OFENDIDO

La mayoría de las legislaciones en materia procesal penal hacen alusión a la víctima como un sujeto pasivo unívoco del delito; esto es, es sólo una persona quien recibe la agresión de la conducta dañosa.

Hay que diferenciar claramente la relación entre la persona que sufre la agresión, y quien es titular del bien jurídico afectado.

Queda más claro en el delito de robo: si la persona que es agredida en el robo, ¿no es dueña del bien sustraído (por ejemplo, un guardia de seguridad)?

Por esto, en la doctrina se ha establecido lo que se conoce como “delitos en triángulo”: hay una diferencia entre el sujeto pasivo del delito, y el sujeto pasivo de la acción. En el primero, es el titular del bien jurídico afectado objeto material de la acción; en el segundo, es sobre quien recae el perjuicio de la acción. Es decir, lo que la doctrina ha entendido como víctima del delito o víctima de la conducta.

## III. VÍCTIMA EN EL DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado existe una profusa legislación respecto al carácter de víctima. La evolución del reconocimiento de las víctimas como sujetos de derechos ha sido de no muy larga data. En este sentido, es pertinente diferenciar, aunque someramente, lo que se ha trabajado en la legislación internacional, así como el ámbito regional americano y europeo.

### 1. *Sistema de Naciones Unidas*

En este sistema se han aprobado numerosas normas internacionales, entre las cuales podemos observar:

---

<sup>5</sup> AA. VV., *Juicios justos. Manual de Amnistía Internacional*, 2a. ed., Madrid, Amnistía Internacional, 2014, p. XVII.

- *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.*<sup>6</sup> La Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia relativos a las Víctimas de la Criminalidad y del Abuso de Poder emana de las deliberaciones del séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y para el tratamiento de los delincuentes.<sup>7</sup>

Esta Declaración indica, en su numeral 1, que entiende como víctimas a

las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

También les entrega un trato prioritario, al referir que “[l]as víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional” (numeral 4).

- *Los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal.*<sup>8</sup> Disponen los elementos necesarios para la organización de sistemas nacionales efectivos y sostenibles de asistencia jurídica para las personas sospechosas de haber cometido un delito, para las detenidas y para las acusadas o declaradas culpables de delitos comunes, así como para las víctimas de la delincuencia y los testigos en procesos penales.

También la ONU ha establecido una serie de normas de *hard law* que protegen a ciertas víctimas en razón de su vulnerabilidad. Así, por ejemplo:

- *Convención de los Derechos de los Niños (CDN).*<sup>9</sup> La CDN forma parte de los instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes, ya

---

<sup>6</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU, en su Resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

<sup>7</sup> Congreso celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, Resolución 40/34 de la Asamblea General, anexo.

<sup>8</sup> Adoptados por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 2012 (anexos a la resolución 67/187).

<sup>9</sup> Adoptado por la Organización de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989. Fue aprobado por el Senado de la República el 19 de junio de 1990.

que garantizan y protegen los derechos humanos. El objetivo de la CDN, adoptada en 1989, es proteger los derechos de todos los niños del mundo.

La CDN establece cuatro principios que deben regir la implementación de todos los derechos que defiende: a) la no discriminación; b) el mejor interés del niño; c) el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, y d) el respeto de la opinión del niño.

- *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*.<sup>10</sup> La CEDAW se creó con la finalidad de evitar la discriminación contra la mujer, así como la violación de los principios de la igualdad de derechos y del respeto a la dignidad humana.
- *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Facultativos*. Esta Convención es el primer instrumento global de lucha contra la delincuencia organizada transnacional, que requiere una acción concertada a escala mundial. El principal objetivo de la Convención es fomentar la cooperación y, a escala europea, reforzar el espacio judicial, con el fin de luchar mejor contra este fenómeno. También se trata del primer instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas en este ámbito.
- *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. El propósito de esta Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Los Estados partes de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.

---

<sup>10</sup> Adoptado por la Organización de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979 y suscrito por México el 17 de julio de 1980 y ratificado en 1981.

## 2. *En el marco europeo*

La posición de las víctimas en los procesos penales y en la legislación pertinente de los Estados miembros, en la Unión Europea (UE), varía considerablemente de un Estado miembro a otro. Para asegurarles un nivel mínimo de derechos en todos los Estados miembros, la UE ha adoptado una serie de instrumentos legales que establecen disposiciones comunes para dispensar protección y asistencia a las víctimas de delitos: instrumentos transversales relativos a los derechos de las víctimas en general, instrumentos más específicos sobre medidas de protección e indemnización de las víctimas de los delitos e instrumentos de derecho sustantivo sobre la trata de personas y la explotación sexual de los menores.

La Directiva 2012/29/UE, de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, garantiza que las personas que hayan resultado víctimas de delitos sean reconocidas y tratadas con respeto, reciban la protección y el apoyo debidos y tengan acceso a la justicia. La Directiva sustituye a la Directiva Marco de 2001, referente al estatuto de la víctima en el proceso penal, y refuerza considerablemente los derechos de las víctimas y sus familiares a la información, las medidas de apoyo y protección y los derechos procesales. La Directiva exige además que los Estados miembros impartan una formación adecuada sobre las necesidades de las víctimas a los funcionarios con probabilidad de entrar en contacto con ellas y fomenta la cooperación entre Estados miembros y la coordinación de los servicios nacionales en lo que respecta a sus actuaciones sobre los derechos de las víctimas.

## 3. *En el marco interamericano*

El sistema americano de derechos humanos ha asumido una postura diversa respecto de la figura de la víctima. Como ha señalado García Ramírez, “abre generosamente el acceso a la justicia: cualquier persona puede recurrir a la vía internacional una vez agotada la nacional, para plantear la violación de un derecho humano y requerir el correspondiente pronunciamiento de los órganos internacionales de supervisión”.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Natarén Nandayapa, Carlos F. *et al.* (coords.), *Las Víctimas en el sistema penal acusatorio*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016, p. 68.

- *Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)*.<sup>12</sup> El artículo 8 de la CADH establece los estándares de un juicio justo, y señala los respectivos instrumentos de los que cuenta la víctima para el efecto.

En materia de violencia sexual contra la mujer, la Corte IDH ha establecido que ciertos instrumentos internacionales resultan útiles para precisar y dar contenido a la obligación estatal reforzada de investigarla con la debida diligencia. Entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada, si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas, como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso.<sup>13</sup>

En abril de 2012 fue adoptada en Argentina la Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas, en el contexto de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Esto asume el imperativo de otorgar a la víctima un nuevo rol, en el entendido de que

Es indispensable que el sistema procesal no atribuya al Ministerio Público la exclusividad en el ejercicio de la acción penal, sino que se reconozca también el derecho de la persona afectada por el delito a tener participación real y efectiva en el procedimiento penal, con altos poderes de eficacia sobre la pretensión punitiva a través de mecanismos como la acusación coadyuvante y en algunos casos independiente, y se le reconozca un margen importante de par-

---

<sup>12</sup> Firmada, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica, y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

<sup>13</sup> Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, párrafo 194.



tipificación en los actos del proceso, para reforzar la actividad que despliega el Ministerio Público en la persecución de los delitos.<sup>14</sup>

#### IV. VÍCTIMA EN LA CONSTITUCIÓN

La reforma constitucional en materia de seguridad, justicia y derechos humanos de 2008 abrió un nuevo espacio de protección a los diversos sujetos del proceso penal, a través del paso del sistema inquisitivo al acusatorio.

Específicamente, para la víctima, se encuentra protegida o cautelada —o cubierta— por los derechos base insertos en el apartado C del artículo 20 constitucional:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>14</sup> Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas, p. 4.

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

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

Esto tiene estricta relación con el acceso a la justicia, que es uno de los elementos esenciales del debido proceso.

## V. VÍCTIMA EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Se señala en el párrafo 1 del artículo 108, que para efectos de dicho cuerpo normativo, “se considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva”. Hay acá, de acuerdo con lo que vimos en el punto 4, una diferenciación clara con el ofendido, definido como “la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito” en la segunda parte del señalado párrafo.

Esta persona que se transforma en el nuevo sistema en verdadero sujeto procesal, en algunos casos es la legitimada para querrellarse cuando se dan los supuestos de perjuicio, ya sea en su propia persona o en los bienes jurídicamente tutelados.

Hay que resaltar el papel activo que da a la víctima el nuevo sistema procesal penal. Efectivamente, el sistema inquisitivo, basado en un modelo punitivo, que no es ni reparador ni conciliador, y volviendo al Zaffaroni, “es poco apto para la solución de los conflictos pues cuando prisioniza no resuelve el conflicto, sino que lo suspende, o sea, lo deja pendiente en el tiempo, dado que por definición excluye a la víctima”.<sup>15</sup>

En este sentido, la víctima y su asesor constituye un sujeto protagónico esencial que juega un papel significativo en el desarrollo del proceso.

En el proceso inquisitivo, los derechos de la víctima eran prácticamente expropiados por el Ministerio Público, quien actuaba en su representación, sin consentimiento o conocimiento alguno de la víctima. Por el contrario, hoy la víctima participa personal o —a través del asesor jurídico— activamente en el curso del procedimiento. Esto es lo que establece el artículo 110 del CNPP, en su párrafo primero:

<sup>15</sup> Zaffaroni, Aliaga y Slokar, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 37.

En cualquier etapa del procedimiento, las víctimas u ofendidos podrán designar a un Asesor jurídico, el cual deberá ser licenciado en derecho o abogado titulado, quien deberá acreditar su profesión desde el inicio de su intervención mediante cédula profesional. Si la víctima u ofendido no puede designar uno particular, tendrá derecho a uno de oficio.

A su vez, se adicionó en el párrafo tercero que su función será la de “orientar, asesorar o intervenir legalmente en el procedimiento penal en representación de la víctima u ofendido”.

Hay que agregar un papel importante, ya analizado en el tema del debido proceso, que es la necesidad de que las víctimas u ofendidos pertenecientes a la comunidad indígena también cuenten con su propio asesor jurídico, lo que remarca el párrafo segundo del artículo 110 CNPP citado:

Cuando la víctima u ofendido perteneciere a un pueblo o comunidad indígena, el Asesor jurídico deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete que tenga dicho conocimiento.

En general, los derechos de las víctimas, en el proceso penal acusatorio, se pueden desglosar de la siguiente manera:<sup>16</sup>

- Derecho a la investigación y castigo de graves violaciones a los derechos humanos;
- Derecho a la atención médica y psicológica de urgencia;
- Derecho a la coadyuvancia (a presentar datos y medios de prueba al MP);
- Derecho a ser informada sobre el desarrollo del proceso penal;
- Derecho a la asistencia apropiada para acceder a la justicia —asesoría jurídica—;
- Derecho a la protección contra actos de intimidación y represalia para sí y su familia antes, durante y después de los procedimientos;
- Derecho a impugnar omisiones y resoluciones del Ministerio Público y las resoluciones judiciales;
- Derecho a la reparación del daño;
- Derecho al respeto a la dignidad de la persona;
- Derecho al respeto a la intimidad y protección de la información que se refiere a la vida privada y los datos personales;

---

<sup>16</sup> *El nuevo sistema penal acusatorio en México*, México, Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia, A. C., 2012.

- Derecho a la restricción de la publicidad de las audiencias por motivos de protección;
- Derecho a que se tome en cuenta el interés superior del niño o adolescente, en víctimas menores de 18 años de edad;
- Derecho a contar con información sobre los servicios que existen en su beneficio;
- Derecho a solicitar al juez que ordene, como medida provisional, la restitución de sus bienes, objetos, instrumentos o productos del delito, la reposición o restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes del hecho, siempre que haya suficientes elementos para decidirlo;
- Derecho a adherirse a la acusación formulada por el ministerio público;
- Derecho a que la policía le proporcione protección y auxilio inmediato;
- Derecho a solicitar al juez providencias precautorias para evitar intimidación o amenazas sobre su persona o de sus bienes;
- Derecho a solicitar directamente la reparación del daño, sin perjuicio de lo que realice a su vez el ministerio público para tal efecto;
- Derecho a que se considere el pago de la reparación del daño a la víctima como presupuesto para la procedencia del criterio de oportunidad, de los acuerdos reparatorios o de la suspensión condicional del proceso;
- Derecho a solicitar la imposición de medidas cautelares para la protección de su persona, bienes y derechos;
- Derecho a solicitar la revisión de medidas cautelares;
- Derecho a que se considere la protección de la víctima u ofendido como uno de los factores para la imposición de la medida cautelar de la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizarla;
- Derecho a que se considere que existe riesgo para la víctima cuando se presuma que la persona acusada puede cometer un delito doloso contra la propia víctima u ofendido o así resulte atendiendo a las circunstancias del hecho, la gravedad del mismo o su resultado;
- Derecho a que se reciba como prueba anticipada las declaraciones de víctimas de delitos que atenten contra el libre desarrollo de la personalidad o que afecten el normal desarrollo psíquico sexual o bien que el delito fuese cometido con cualquier tipo de violencia y la víctima o testigo sea mayor de seis años y menor de dieciocho años de edad;

- Derecho a ser informado del significado y consecuencias jurídicas del otorgamiento del perdón en los delitos de querrela, y
- Derecho a oponerse fundadamente al procedimiento simplificado o abreviado.

A partir de esto, se torna necesario referir a un tratamiento especial de la víctima como parte del proceso. Más recientemente, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito ha señalado, en una tesis aislada, el derecho de la víctima y del ofendido a obtener una sentencia justa condenatoria (con la consiguiente reparación del daño), independiente si ha existido una actuación deficiente del Ministerio Público:<sup>17</sup>

VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. SU DERECHO A OBTENER UNA SENTENCIA JUSTA EN LA QUE SE CONDENE AL CULPABLE Y SE LE REPARE EL DAÑO, NO PUEDE ESTAR SUPEDITADO A UNA DEFICIENTE ACTUACIÓN DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, AL MOMENTO DE FORMULAR CONCLUSIONES ACUSATORIAS.

Conforme al artículo 20, apartado B, fracción IV, 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), la víctima u ofendido del delito tiene derecho a que se le repare el daño, por lo que en los casos en que proceda, el órgano ministerial estará obligado a solicitarla y el juzgador no podrá absolver al sentenciado en ese rubro si ha emitido una sentencia condenatoria. En ese sentido, cuando el órgano jurisdiccional advierta que las conclusiones acusatorias del agente del Ministerio Público son contradictorias, y eso deriva de un equívoco o una imprecisión y no del desinterés en el ejercicio de la acción penal, debe actuar conforme al trámite previsto en los numerales 320, 321, 322 y 323 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, es decir, remitir las conclusiones junto con el proceso al procurador o subprocurador correspondiente, para que dentro de los diez días siguientes al de la fecha en que se le haya dado vista del proceso, las confirme o modifique. Actuar en sentido contrario, impediría a la víctima u ofendido obtener una sentencia justa en la que se condene al culpable y se le repare el daño por el o los delitos verdaderamente cometidos. Por ende, el juzgador, como rector del proceso, tiene la obligación de verificar si las conclusiones formuladas por el agente del Ministerio Público son congruentes con el proceso mismo, para determinar, sin lugar a dudas, la pretensión ministerial, con la finalidad de llegar a un pronunciamiento completo e integral sobre los hechos que fueron materia del

<sup>17</sup> Tesis: I.3o.P.53 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, IUS 2013627, 2014.

auto de formal procesamiento, de los cuales el acusado tuvo conocimiento y pudo ejercer su derecho de defensa durante la instrucción y hasta antes del dictado de la sentencia. Es decir, la autoridad jurisdiccional no puede mantenerse indiferente ante los equívocos del órgano acusador, ni supeditar el derecho de la víctima u ofendido a obtener una sentencia justa en la que se condene al culpable y se le repare el daño, a una deficiente actuación del agente del Ministerio Público, al momento de formular conclusiones acusatorias, sino actuar en la salvaguarda de los derechos humanos de las partes involucradas, sin permitir que una se beneficie del error de la otra. Lo anterior es congruente con el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Suárez Peralta vs. Ecuador (sentencia de 21 de mayo de 2013), en el que señaló que el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los Jueces dirigir el proceso de modo que eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos; pues como rectores del proceso, tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial, con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad, ya que de lo contrario se conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones.

## VI. LEY GENERAL DE VÍCTIMAS

El 9 de enero de 2013 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley General de Víctimas (en adelante, LGV). Su última reforma fue publicada en el *DOF* del 3 de enero de 2017.

Su creación no fue resultado único ni espontáneo dentro del proceso de reforma procesal penal, sino que surge en el contexto de las movilizaciones y denuncias de diversos grupos de víctimas, cuya expresión más visible fue el Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad (encabezado, entre otros, por el poeta Javier Sicilia) en 2011. Esta expresión ciudadana pretendía dos demandas esenciales: el reconocimiento, por parte del Estado, de su responsabilidad respecto a miles de víctimas de delitos y violaciones a los derechos humanos en el marco del combate (o guerra) contra el narcotráfico, y, por ende, que el mismo garantice la atención a sus necesidades y sus derechos como víctimas, en el sentido de establecer una reparación integral a favor de las mismas víctimas.

La LGV se integró de 189 artículos,<sup>18</sup> más dieciséis artículos transitorios, y dividida en diez títulos.<sup>19</sup>

### 1. *Principios*

Entre los principios que consagra la LGV, encontramos los siguientes:

- Pro persona: esto es, buscando el beneficio de la persona humana, en el aspecto más amplio de protección de sus derechos (párrafo segundo del artículo 1o.).
- Ayuda, asistencia o reparación integral (párrafo final del artículo 1o.);
- Interpretación conforme: es decir, de acuerdo con lo establecido tanto en la Constitución —CPEUM— como en los tratados internacionales de que México sea Estado parte, refrendando lo que indica el párrafo segundo del artículo primero constitucional (artículo 3o.).
- Dignidad humana: en cuanto “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” (párrafo segundo del artículo 5o.).
- Buena fe de las víctimas: ésta debe ser presumida por las autoridades respectivas en todas sus actuaciones (párrafo tercero del artículo 5o.).
- Complementariedad: “los mecanismos, medidas y procedimientos contemplados en esta Ley, en especial los relacionados con la de asistencia, ayuda, protección, atención y reparación integral a las víctimas, deberán realizarse de manera armónica, eficaz y eficiente entendiéndose siempre como complementarias y no excluyentes” (párrafo cuarto del artículo 5o.).
- Debida diligencia: “El Estado deberá realizar todas las actuaciones necesarias dentro de un tiempo razonable para lograr el objeto de esta Ley, en especial la prevención, ayuda, atención, asistencia, derecho a la verdad, justicia y reparación integral a fin de que la

---

<sup>18</sup> Con la reforma del 3 de mayo de 2013 fueron derogados los artículos 181 a 189. Con la reforma del 3 de enero de 2017, fueron derogados los artículos 16, 92, 94, y 175 a 178.

<sup>19</sup> Disposiciones generales; De los derechos de las víctimas; Intitulado; Medidas de asistencia y atención; Medidas de reparación integral; Sistema Nacional de Atención a Víctimas; De la distribución de competencias; Fondo de ayuda, asistencia y reparación integral; De la capacitación, formación, actualización y especialización.

víctima sea tratada y considerada como sujeto titular de derecho” (párrafo quinto del artículo 5o.).

- Enfoque diferencial y especializado: aquello implica que el Estado debe comprender las características y singularidades de los diversos grupos sociales que pueden ser afectados, “en razón de su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad y otros” (párrafo sexto del artículo 5o.).
- Gratuidad.
- Igualdad y no discriminación: esto se concuerda con el principio establecido en el párrafo final del artículo 1o. constitucional.
- Interés superior de la niñez: para este efecto, las decisiones respectivas tomarán en cuenta este principio rector, evaluando y ponderando “las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales” (párrafo undécimo del artículo 5o.).
- No criminalización ni criminalización secundaria: es decir, sin tomar en cuenta “las características y condiciones particulares de la víctima”, como para negarles la calidad de tales.
- Progresividad y no regresividad.
- Trato preferente de la autoridad a las víctimas.

## 2. *Definición y tipos de víctimas*

La LGV entiende, en términos genéricos, que víctima es aquella “Persona física que directa o indirectamente ha sufrido daño o el menoscabo de sus derechos producto de una violación de derechos humanos o de la comisión de un delito” (fracción XIX del artículo 6o.). A su vez, diferencia, en su artículo 4o., entre tres tipos de víctimas: directas, indirectas y potenciales:

- Directas: aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte (párrafo 1).
- Indirectas: los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella (párrafo 2).
- Potenciales: las personas físicas cuya integridad física o derechos peligran por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito (párrafo 3).



Ahora, establece que pueden ser víctimas tanto un sujeto pasivo *individual*, como colectivo, en el caso de “grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos” (párrafo final del artículo 4o.).

### 3. *Derechos de las víctimas*

Los derechos de las víctimas se encuentran señalados en extenso en su artículo 7o., en un *numerus apertus*, a través de XXXVII fracciones, entre los cuales podemos enumerar: a una investigación pronta y eficaz; a ser reparadas por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño o menoscabo que han sufrido; a conocer la verdad de lo ocurrido acerca de los hechos en que le fueron violados sus derechos humanos.

También se mencionan en específico los derechos de las víctimas en el proceso penal acusatorio (artículos 11 a 17).

### 4. *Calidad de víctima*

El otorgamiento de la calidad de víctima, para efectos de la LGV, será realizada por la Comisión Ejecutiva, apoyada por las determinaciones de las siguientes autoridades: el juez con sentencia ejecutoriada; el juez de la causa que tenga conocimiento del hecho y los elementos para acreditar que el sujeto es la víctima (pueden ser jueces de amparo, civil, familiar); el Ministerio Público; las comisiones de derechos humanos.

### 5. *Órganos de la LGV*

La Comisión Ejecutiva cuenta con una Junta de Gobierno y un comisionado Ejecutivo para su administración, así como con una asamblea consultiva, como órgano de consulta y vinculación con las víctimas y la sociedad.

Existe la reparación integral de la víctima, que comprende:

- a) El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito o la violación a alguno o algunos de los derechos humanos.

- b) La restitución de aquellos bienes o valores de su propiedad que hayan sido incautados o recuperados por las autoridades, incluyendo sus frutos y accesorios, si no fuera posible, el pago de su valor actualizado.
- c) La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación integral.

La Comisión Ejecutiva ha logrado con la Coordinadora Nacional del Programa Prospera agilizar la inclusión de personas inscritas en el Registro Nacional de Víctimas (Renavi) a los programas sociales, y se creó un formato único de gestión. Asimismo, con la Secretaría de Educación Pública se acordó el documento Bases para el Otorgamiento de Becas a Víctimas del Delito y Violaciones a Derechos Humanos, para educación media y superior.

La crítica a este punto ha estado marcada con la reforma de enero de 2017 a la LGV, toda vez que el comisionado ejecutivo, para efectos de esta reforma, será nombrado por el Senado de la República, a instancias del presidente de la República, según indica el transitorio quinto de dicha reforma.

Se crea el Sistema Nacional de Atención a Víctimas, que tiene como objeto establecer, regular y supervisar las directrices, planes, programas, proyectos, acciones, y demás políticas públicas que se implementan para la protección, ayuda, asistencia, atención, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral a las víctimas en los ámbitos local, federal y municipal. Éste será integrado por los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así como por órganos públicos (presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y un representante de organismos públicos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas), además de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas y un representante de las comisiones ejecutivas locales. Parte de la crítica a la reforma de enero de 2017 a la LGV se refiere a eliminarse a miembros de la academia, así como del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, reforzándose la presencia del Poder Ejecutivo, ya que se centralizan en las secretarías de Gobernación y Hacienda y Crédito Público las decisiones fundamentales en materia de tratamiento de las víctimas.

El Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral, a su vez, tiene por objeto brindar los recursos necesarios para la ayuda, asistencia y reparación integral de las víctimas del delito y las víctimas de violaciones a los derechos humanos (artículo 130); la víctima podrá acceder de manera subsidiaria al Fondo, previo acuerdo de la Comisión Ejecutiva, en los términos del título octavo de la Ley en comento; esto, sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones, administrativas, penales y civiles que resulten. Sin embargo, han

surgido críticas respecto a su funcionamiento, ya que en febrero de 2016 se publicaron los lineamientos para el funcionamiento del Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral de la Comisión Ejecutiva Estatal de Atención a Víctimas, y no contaba con recursos para operar, debido a que no fue considerado en el Presupuesto de Egresos de 2016<sup>20</sup>. Además, corresponde al director general de la Asesoría Jurídica Federal el “Elaborar la propuesta de anteproyecto de presupuesto anual para que pueda ser integrado al proyecto general que presentará la Comisión Ejecutiva ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público” (artículo 24, fracción XVI, del Estatuto Orgánico de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas),<sup>21</sup> lo que supedita el financiamiento del Fondo, y por tal la reparación a las víctimas, a los vaivenes de la política económica del gobierno de turno.

La LGV establece en su capítulo IV de los apartados del Sistema Nacional de Atención a Víctimas, que el Registro Nacional de Víctimas (Renavi) es una unidad administrativa de la Comisión Ejecutiva encargada de llevar y salvaguardar el padrón de víctimas a nivel nacional e inscribir los datos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos del orden federal. Cuenta con un titular designado por el pleno de la Comisión Ejecutiva.

Hay que señalar que otra de las críticas a la reciente reforma a la LGV tiene relación con el tratamiento insuficiente al tema de los desplazamientos forzados, lo que adquiere particular relevancia respecto del contexto en que nace de la sociedad civil el impulso a la LGV. Efectivamente, uno de los temas cuestionados es el referente a las víctimas que no han sido afectadas por lesiones físicas o psicológicas por una acción delictiva, sobre todo en el ámbito del conflicto contra el narcotráfico. Esto tiene especial implicancia, pues a nivel internacional el desplazamiento forzado adquiere la calidad de delito de lesa humanidad. Efectivamente, el artículo 7.2.d del Estatuto de Roma, que regula a la Corte Penal Internacional, señala que es crimen de lesa humanidad “el desplazamiento forzoso de personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el Derecho internacional”. Para mayo de 2015, se calculaba que unas 280 mil 400 personas habían sufrido desplazamiento interno por la violencia generada en la lucha contra el narcotráfico, según un informe publicado en Ginebra por el Centro de Vigilancia de Desplazados Internos (IDMC, por sus siglas en inglés);<sup>22</sup> sólo entre

<sup>20</sup> Disponible en: <http://www.cambiodemichoacan.com.mx/nota-n1135>.

<sup>21</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 de junio 2014.

<sup>22</sup> Disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/05/06/1022661>.

2014 a octubre de 2016, la CNDH había registrado 90 mil desplazados por razones de violencia e inseguridad.<sup>23</sup> De hecho, en una encuesta levantada por la encuestadora nacional Parametria en 2013, el 17% de los cuestionados por la razón principal de cambiar su lugar de residencia señaló que era por “amenazas o riesgo para su vida, su libertad o su integridad física”, agregándose que el 2% de la población en nuestro país había sido desplazada expresamente por la violencia.<sup>24</sup> Frente a este fenómeno, al parecer se observa una insuficiencia de la LGV, puesto que las causales para declarar la calidad de víctima no contemplan el caso complejo de los desplazamientos forzados, en que las víctimas de éstos no presentan denuncia alguna ante la autoridad respectiva, lo que afecta incluso a comunidades enteras.

## VII. LA ASESORÍA JURÍDICA FEDERAL

La participación del asesor jurídico en el sistema de justicia penal se enmarca en un nuevo orden de justicia y promoción de los derechos humanos, de conformidad con las disposiciones constitucionales y los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano.

Esta tarea se señala en el título tercero, capítulo V, de la LGV (Medidas en Materia de Asesoría Jurídica), al señalar el artículo 42 que:

Las autoridades del orden federal, de las entidades federativas y municipios brindarán de inmediato a las víctimas información y asesoría completa y clara sobre los recursos y procedimientos judiciales, administrativos o de otro tipo a los cuales ellas tienen derecho para la mejor defensa de sus intereses y satisfacción de sus necesidades, así como sobre el conjunto de derechos de los que son titulares en su condición de víctima. La Comisión Ejecutiva garantizará lo dispuesto en el presente artículo a través de la Asesoría Jurídica federal o de las entidades federativas, en los términos del título correspondiente.

Además, el asesor jurídico asesora y asiste a las víctimas en todo acto o procedimiento ante la autoridad. De manera particular tiene a cargo las atribuciones establecidas en el artículo 169 de la LGV, entre las cuales se destacan: informar de sus derechos a la víctima u ofendido a fin de garantizar el acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral; informar sobre los recursos a los que puede acceder; orientar en materia jurisdiccional y no jurisdiccional, y elaborar denuncias o querrelas.

<sup>23</sup> Disponible en: <http://www.proceso.com.mx/458422/los-desplazados-la-narcoviolencia>.

<sup>24</sup> Disponible en: [www.parametria.com.mx/DetalleEstudio.php?E=4288](http://www.parametria.com.mx/DetalleEstudio.php?E=4288).

### 1. *Las medidas de ayuda inmediata*

A este respecto, se refiere el artículo 28, LGV:

La gravedad del daño sufrido por las víctimas será el eje que determinará prioridad en su asistencia, en la prestación de servicios y en la implementación de acciones dentro de las instituciones encargadas de brindarles atención y tratamiento.

Los servicios a que se refiere la presente Ley tomarán en cuenta si la víctima pertenece a un grupo en condiciones de vulnerabilidad, sus características y necesidades especiales, particularmente tratándose de los grupos expuestos a un mayor riesgo de violación de sus derechos, como niñas, niños y adolescentes, mujeres, adultos mayores, personas con discapacidad, migrantes, indígenas, personas defensoras de derechos humanos, periodistas y personas en situación de desplazamiento interno.

### 2. *En materia de alojamiento y alimentación (artículo 38, LGV)*

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) o su análogo, similar o correlativo en las entidades federativas y los municipios, y las instituciones de las que dependen las casas de refugio y acogida que existan y brinden estos servicios en el ámbito federal, estatal, del Distrito Federal o municipal, contratarán servicios o brindarán directamente alojamiento y alimentación en condiciones de seguridad y dignidad a las víctimas que se encuentren en especial condición de vulnerabilidad o que se encuentren amenazadas o en situación de desplazamiento de su lugar de residencia por causa del delito cometido contra ellas o de la violación de sus derechos humanos. El alojamiento y la alimentación se brindarán durante el tiempo que sea necesario para garantizar que la víctima supere las condiciones de emergencia, exista una solución duradera y pueda retornar libremente en condiciones seguras y dignas a su hogar.

### 3. *En materia de transporte (artículo 39)*

Cuando la víctima se encuentre en un lugar distinto al de su lugar de residencia y desee regresar a él, las autoridades competentes de los diversos órdenes de gobierno pagarán los gastos correspondientes, y garantizaron, en todos los casos, que el medio de transporte usado por la víctima para su regreso es el más seguro y el que le cause menos trauma, de acuerdo con sus condiciones (artículo 39, LGV).

4. *En materia de protección (artículo 40)*

Cuando la víctima se encuentre amenazada en su integridad personal o en su vida o existan razones fundadas para pensar que estos derechos están en riesgo, en razón del delito o de la violación de derechos humanos sufrida, las autoridades del orden federal, estatal, del Distrito Federal o municipales, de acuerdo con sus competencias y capacidades, adoptarán con carácter inmediato, las medidas que sean necesarias para evitar que la víctima sufra alguna lesión o daño.

5. *En materia de asesoría jurídica (artículos 42 y 43, LGV)*

La información y asesoría deberán brindarse en forma gratuita y por profesionales conocedores de los derechos de las víctimas, garantizándoles a ellas siempre un trato respetuoso de su dignidad y el acceso efectivo al ejercicio pleno y tranquilo de todos sus derechos.

6. *De asistencia y atención (artículos 44 al 54)*

La Comisión Ejecutiva, como responsable de la creación y gestión del Registro Nacional de Víctimas a que hace referencia el título séptimo de la LGV, garantizará que el acceso de las víctimas al Registro se haga de manera efectiva, rápida y diferencial con el fin de permitirles disfrutar de las medidas de asistencia y atención establecidas en la presente Ley. El sistema nacional de seguridad pública recabará y concentrará información estadística sobre víctimas asistidas por las comisiones ejecutivas de las entidades federativas, por modalidades de asistencia, ayuda o reparación y por tipo de delito o violación de derechos que la motivara. La información tendrá carácter público, y en ningún caso incluirá datos personales.

- *Económicas y de desarrollo.* Dentro de la política de desarrollo social el Estado, en sus distintos órdenes, tendrá la obligación de garantizar que toda víctima reciba los beneficios del desarrollo social conforme a sus necesidades, particularmente para atender a las víctimas que hayan sufrido daños graves como consecuencia del hecho victimizante.

- *De atención y asistencia en materia de procuración y administración de justicia.* Las medidas de atención y asistencia en materia de procuración y administración de justicia serán permanentes, y se encuentran establecidas en el artículo 60, LGV.

### 7. *De correspondientes de reparación integral*

Son aquellas medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y no repetición.

- *De restitución.* Las víctimas tendrán derecho a la restitución en sus derechos conculcados, así como en sus bienes y propiedades si hubieran sido despojadas de ellos. Las medidas de restitución se encuentran establecidas en el artículo 61 de la LGV.
- *De rehabilitación.* Las medidas de rehabilitación incluyen, entre otras, y según proceda, las siguientes:
  1. Atención médica, psicológica y psiquiátrica especializadas.
  2. Servicios y asesoría jurídicos tendientes a facilitar el ejercicio de los derechos de las víctimas y a garantizar su disfrute pleno y tranquilo.
  3. Servicios sociales orientados a garantizar el pleno restablecimiento de los derechos de la víctima en su condición de persona y ciudadana.
  4. Programas de educación orientados a la capacitación y formación de las víctimas, con el fin de garantizar su plena reintegración a la sociedad y la realización de su proyecto de vida.
  5. Programas de capacitación laboral orientados a lograr la plena reintegración de la víctima a la sociedad y la realización de su proyecto de vida, y
  6. Todas aquellas medidas tendientes a reintegrar a la víctima a la sociedad, incluido su grupo, o comunidad (artículo 62, LGV).

Cuando se otorguen medidas de rehabilitación se dará un trato especial a los niños y niñas víctimas y a los hijos de las víctimas y a adultos mayores dependientes de éstas (artículo 63, LGV).

- *De compensación.* La compensación se otorgará por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia de la comisión de los delitos a los que se refiere el

artículo 68 de la LGV o de la violación de derechos humanos, incluyendo el error judicial (artículos 64 al 72 LGV).

- *De satisfacción.* De acuerdo con lo establecido en el artículo 73 de la LGV, las medidas de satisfacción comprenden, entre otras, y según corresponda:
  - a) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o para impedir que se produzcan nuevos delitos o nuevas violaciones de derechos humanos.
  - b) La búsqueda de las personas desaparecidas y de los cuerpos u osamentas de las personas asesinadas, así como la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad.
  - c) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella.
  - d) Una disculpa pública de parte del Estado, de los autores y de otras personas involucradas en el hecho punible o en la violación de los derechos, que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades.
  - e) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones de derechos humanos, y
  - f) La realización de actos que conmemoren el honor, la dignidad y la humanidad de las víctimas, tanto vivas como muertas.
- *De no repetición.* Las medidas de no repetición son aquellas que se adoptan con el fin de evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de violaciones a sus derechos y para contribuir a prevenir o evitar la repetición de actos de la misma naturaleza (artículos 74 al 78, LGV).

## VIII. CONSIDERACIONES FINALES

El problema de las víctimas en México constituye una consecuencia colateral de la violencia generalizada que afecta a la sociedad contemporánea, y que localmente tiene causales socioeconómicas sistémicas. Por ejemplo, en materia de desplazados, personas que dejan sus lugares por la violencia de la



delincuencia organizada, en 2016 superaron los 250 mil, según el Senado de la República.

Una política económica que en más de veinticinco años no ha podido superar el 2.5% de crecimiento del PIB anual, ha provocado la marginación de más de la mitad de la población nacional, llevándola a la pobreza y desigualdad nunca vistas en la historia del país.<sup>25</sup>

Derivado de ello, las víctimas se han extendido a lo largo del país, a niveles no manejables por las instituciones existentes. Por tal motivo, se ha promulgado una Ley General de Víctimas en 2013, la que fue reformada en enero de 2017, reforma ésta, que podemos sintéticamente describir en los siguientes puntos:

1. Las víctimas no tienen participación directa o indirecta en la aplicación de la Ley.
2. Los órganos de aplicación de la Ley carecen de toda autonomía, y quedan entregados al poder presidencial, a través de las secretarías de Gobernación y de Hacienda y Crédito Público.
3. El registro de víctima es poco transparente, y queda en manos discrecionales del Poder Ejecutivo.
4. El presupuesto y su monto son facultades privativas de las secretarías de Gobernación y de Hacienda y Crédito Público.
5. Desaparece la sociedad civil de los órganos consultivos, y todo queda entregado a funcionarios públicos vinculados a derechos humanos dentro del aparato estatal.
6. Al designar al responsable (comisionado presidente), unipersonal, se espera agilizar los trámites, con lo que se intenta desburocratizar la gestión de la Comisión Ejecutiva de Apoyo a Víctimas (CEAV).
7. La Asamblea Consultiva carece de fuerza, y sólo es una instancia de acompañamiento de la agenda que diseña el comisionado, con la Junta de Gobierno que preside el presidente de la República; es decir, las víctimas se vuelven asunto político, lejos de la reparación integral del daño a las víctimas, las cuales son los destinatarios de la Ley.
8. Bajo el concepto de reparación integral, conviene señalar que la Ley contempla sendos convenios de la Comisión con las secretarías de Salud y de Educación, y demás dependencias ante las cuales el asesor de víctimas puede representarlas a éstas, según sus funciones legales.
9. La reciente reforma a la LGV no contempló ninguna de las peticiones que hicieron los colectivos u ONG en materia de protección a víctimas, incluyendo al Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad.

---

<sup>25</sup> Véase Informe CONEVAL 2016.

## EL FENÓMENO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO BAJO LA VIGENCIA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE CORTE ACUSATORIO

Guillermo Raúl ZEPEDA LECUONA\*

SUMARIO: I. *Principio de inocencia y libertad durante el proceso en la reforma constitucional de 2008.* II. *Análisis normativo.* III. *La evidencia empírica.*

### I. PRINCIPIO DE INOCENCIA Y LIBERTAD DURANTE EL PROCESO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

Este texto presenta el régimen de aplicación de la prisión preventiva vigente desde la reforma constitucional de 2008 y regulado por la legislación procesal penal de corte acusatorio (en algunos estados y, a partir de 2014 en todo el país a través del Código Nacional de Procedimientos Penales, CNPP), su armonización con el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), así como la evidencia empírica sobre los cambios en la aplicación de esta medida cautelar extrema en nuestro país, a raíz de la entrada en vigor de dicho régimen de aplicación.

La libertad durante el proceso penal es una de las principales garantías que conforman el principio de inocencia. El considerar y tratar como inocente a una persona sujeta a investigación o a proceso criminal, y que esta consideración sólo pueda cesar por un fallo judicial firme que le declare responsable es uno de los principios políticos fundamentales del proceso penal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: “De todas las

---

\* Profesor e investigador en el El Colegio de Jalisco, miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Se agradece el apoyo para el desarrollo de esta línea de investigación sobre Nuevo Sistema de Justicia Penal y Derechos Humanos a la Fundación MacArthur. También se agradece la asistencia en el proyecto de la maestra Paola Jiménez Rodríguez.

garantías judiciales propias del ámbito penal, la más elemental es, quizás, la presunción de inocencia”.<sup>1</sup>

El máximo instrumento del sistema interamericano es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948; también contiene el derecho al principio de inocencia, enunciado en su artículo 26, en los siguientes términos: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”.<sup>2</sup> En términos muy similares este derecho se recoge en la Convención Americana sobre Derechos Humanos:<sup>3</sup> artículo 8o., fracción 2: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no establezca legalmente su culpabilidad”.<sup>4</sup>

La reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008 estableció de manera explícita este principio fundamental.

<i>Objetivos</i>	<i>Mecanismos constitucionales</i>
“...los objetivos de la reforma... son los siguientes: 1. Una reforma que permita un tránsito ordenado, gradual y viable al sistema acusatorio... 3. Un sistema penal que garantice el debido proceso, la presunción de inocencia, asegure los derechos de las víctimas y proteja a los ciudadanos de los abusos de la autoridad. ...que asegure un equilibrio procesal entre las partes, defensa, acusación y ofendidos...”.	“...establecimiento de un sistema penal acusatorio basado en los principios de contradicción, concentración, inmediación, continuidad y presunción de inocencia”. <sup>5</sup>

<sup>1</sup> Caso Figueredo Planchart, citado en O’Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, nota 10, p. 399.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>3</sup> Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado mexicano el 18 de diciembre de 1980; ratificado por México el 24 de marzo de 1981 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> Senadores (2007), Cámara de Senadores, Dictamen aprobado por el Senado (devuelto a la Cámara de Diputados), con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Senadores, 13 de diciembre de 2007, (la versión impresa que aquí se cita es de 73 pp).

<i>Objetivos</i>	<i>Mecanismos constitucionales</i>
“Adecuar la Constitución a los diversos tratados que ha suscrito México estableciendo de forma explícita el principio de represunción de inocencia”. <sup>6</sup>	Artículo 20, apartado B. “I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

Luigi Ferrajoli ha señalado que el principio de inocencia es una garantía de verdad y una garantía de libertad.<sup>7</sup> Es garantía de libertad en tanto que establece la carga probatoria al órgano de acusación y que establece la regla de decisión de que en caso de duda se considere lo más favorable al imputado. De esta forma, para obtener una resolución judicial adversa al imputado, el Ministerio Público habrá tenido que acreditar los elementos de su acusación para superar este principio o presunción de inocencia.

El principio de inocencia es una garantía de libertad, en tanto que establece que la persona que no ha recibido una sentencia condenatoria firme debe considerarse inocente y ser tratada como tal. Y uno de los derechos y trato consecuente con este principio de inocencia es que no se prive de la libertad al imputado durante el proceso penal. La detención provisional o prisión preventiva sólo se aplicará cuando el Ministerio Público la haya solicitado y acredite su necesidad y justificación.

La libertad durante el proceso es un contenido o implicación esencial del principio de inocencia, e incluso organismos internacionales de protección de los derechos humanos han considerado que la prisión preventiva vacía el contenido de la presunción de inocencia.<sup>8</sup>

Por ello, en el discurso de la reforma penal de corte acusatorio reformó el régimen de aplicación de la prisión preventiva, buscando que realmente fuera una medida cautelar excepcional y reducirla a su menor expresión.

En la iniciativa del Ejecutivo no se contemplaba la modificación al artículo 19; sin embargo, se hacía referencia a la prisión preventiva en la

<sup>6</sup> Diputados (2007), Cámara de Diputados, Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, núm. 2401-VIII, 11 de diciembre de 2007, versión impresa que aquí se cita es de 66 pp.

<sup>7</sup> Citado en Bovino, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del puerto, 1998, pp. 121-167. Cita en p. 122.

<sup>8</sup> Por ejemplo, véase párrafo 80 del Informe 12/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso 11.245, *Jorge A. Giménez vs. Argentina*.

adición de un párrafo cuarto al artículo 16 constitucional en los siguientes términos: “La ley establecerá como delitos graves aquéllos que afecten seriamente la tranquilidad y la paz públicas. Los delitos considerados como de delincuencia organizada siempre serán graves” (Calderón, 2007, p. 14).<sup>9</sup>

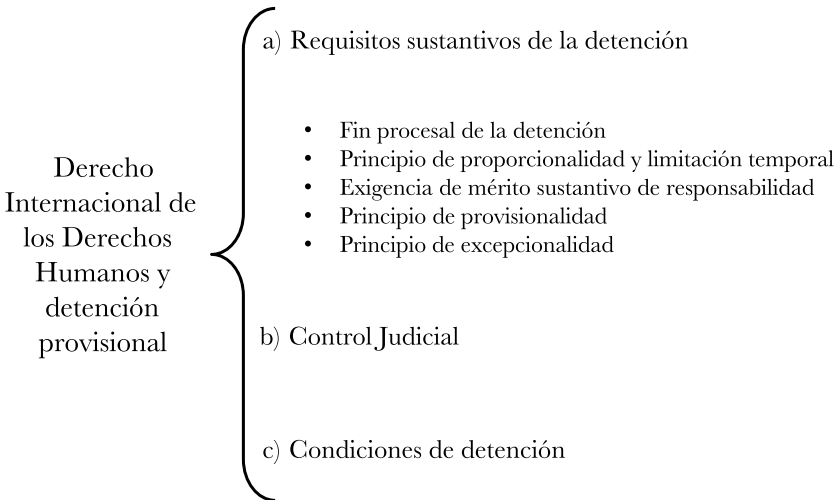
Esta modificación pretendía establecer una limitación al legislador ordinario, aunque en muchos códigos el catálogo de delitos graves comienza señalando que “se considerarán graves por constituir una seria afectación para la sociedad”, por lo que parecía poco plausible que esta disposición frenara al legislador. Por otra parte, la iniciativa presidencial ya contempla una postura adoptada por la RPC: constitucionalizar el catálogo de delitos graves en aras de limitar el número de delitos en él considerados.

<i>Objetivos</i>	<i>Mecanismos constitucionales</i>
	Prisión preventiva como medida excepcional. Artículo 19 párrafo 2o., primera parte “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”.

<sup>9</sup> Calderón Hinojosa, Felipe de Jesús, Proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 9 de marzo de 2007, p. 20.

<i>Objetivos</i>	<i>Mecanismos constitucionales</i>
<p>“Para evitar que el legislador secundario incurra nuevamente en los excesos de tipificar como graves conductas que no lo son, y con ello, afectar el compromiso internacional de que la prisión preventiva sea la excepción y no la regla, tal y como lo prevé el numeral 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...” (Calderón, 2007, p. 5).</p>	<p>Limitar el catálogo de delitos inexcusables.                      Artículo 19 párrafo 2o., segunda parte                      “El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.</p>
	<p>Revocación de la libertad durante el proceso.                      Artículo 19 párrafo 3o.                      “La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso”.</p>

Diagrama 1  
 Directrices del DIDH PARA LA APLICACIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL O PRISIÓN PREVENTIVA



Aunque contradictorio con el principio de inocencia, la mayoría de los tratadistas ha considerado a la prisión preventiva como un mal necesario. Una vez que se admite como necesaria, los tratadistas han señalado la necesidad de reducirla a su menor expresión. Este conjunto de restricciones desarrolladas por el DIDH se presenta de forma sintetizada en el diagrama 1.

## II. ANÁLISIS NORMATIVO

El sistema penal constitucional mexicano está en un momento de transición. La reforma de junio de 2008 que busca reestablecer el sistema acusatorio en nuestro país establece un régimen de entrada en vigencia, que concluyó en junio de 2016.

Proponemos hacer una análisis convergencia-divergencia para ver si la regulación y la operación de la aplicación de la prisión preventiva cumple con los principios y estándares internacionales sintetizados en el diagrama 1.

Como medida cautelar, la prisión preventiva sólo debe atender a los objetivos de preservar el proceso y sus consecuencias, por lo que únicamente el riesgo de fuga, la posibilidad de que el imputado obstaculice las investigaciones o la protección de las víctimas, son las únicas causas por las que puede justificarse su aplicación (fin procesal de la detención). Este principio se respeta en la Constitución, pues estas causas de justificación se establecen en el artículo 19 de la norma fundamental mexicana:

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.

La última de las causales para la justificación de la aplicación de la medida no encuentra fundamento en el DIDH; en el primer caso (que esté siendo procesado) se violenta el principio de inocencia, y en el segundo (sentenciado), implica una consecuencia de la reiteración, que sería una especie de sanción adicional, que no tiene nada que ver con el proceso penal para el que se dicta la medida cautelar, con lo que se desnaturaliza su esencia, al no estar relacionada con la preservación del proceso penal.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> El régimen anterior también incorporaba esta noción “sustantivista” de la detención provisional o prisión preventiva (término acuñado por Alberto Bovino), pues el artículo 20,

Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad y limitación temporal de la prisión preventiva, la Constitución lo contempla, al establecer que “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva” (artículo 18 constitucional), así como al señalarse:

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.<sup>11</sup>

La duración del encarcelamiento preventivo por un tiempo nunca mayor al límite máximo de la pena prevista para el ilícito que se impute al procesado es apenas el mínimo de los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Más relevante es la referencia de que “...en ningún caso será superior a dos años...”.

Esta restricción se basa en criterios jurisprudenciales que en nuestro país supeditaron la garantía al proceso en un plazo razonable a la garantía de defensa; por ejemplo, “Defensa, garantía de. Es de mayor rango axiológico que la de obtención de una sentencia en breve lapso” (2002) y se emitió la tesis “Garantía de defensa. Prevalece sobre la de pronta impartición de justicia” (2002). De esta forma, la garantía de ser juzgado en un plazo razonable quedó expresamente supeditada a la garantía de defensa, ¿Y la garantía de libertad también? Mala aritmética constitucional la que no puede aplicar la propiedad conmutativa a sus garantías.

Por lo que se refiere a la exigencia de mérito sustantivo de responsabilidad, su adopción no es pacífica en el ámbito del DIDH,<sup>12</sup> porque implica aspectos propios de la sentencia, que no tienen que ver con la naturaleza de una medida cautelar. Esta exigencia plantea fundamentalmente el que en los casos en los que se aplique la prisión preventiva, como la medida cautelar extrema y más gravosa, se cuide la solidez de los elementos de la acusación. En México, el análisis de los datos y evidencias de la imputación se

---

apartado A de la Constitución antes de la reforma de junio de 2008 establecía: “En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley que también”.

<sup>11</sup> Artículo 20, apartado B, fracción IX, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>12</sup> Por ejemplo, puede consultarse el debate sobre este principio en Bovino, Alberto, “El encarcelamiento preventivo...”, *cit.*



analizan en la audiencia de vinculación a proceso (artículo 19 constitucional). En caso de que se vincule a proceso al imputado es cuando se aborda la medida cautelar que podría aplicarse; pero en este supuesto la argumentación versa exclusivamente sobre las causales de justificación de la medida, sin abordar lo relativo a la probable responsabilidad del imputado.

Alberto Bovino señala que el principio de provisionalidad “solo autoriza a continuar con la detención si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenarla”.<sup>13</sup> Además, este principio implica que estén expeditos los medios procesales para solicitar la revisión sobre la pertinencia o no de que la medida cautelar cese. El texto constitucional mexicano no aborda expresamente este principio, pero se puede desprender del principio de excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva. En la legislación secundaria del país está prevista la posibilidad de plantear la revisión de la medida de la prisión preventiva y solicitar una medida cautelar menos gravosa por “causas supervinientes”.

La exigencia de que la prisión preventiva sea excepcional es el punto de partida y el punto de llegada en el análisis de esta institución. El principio es expreso, en el ya citado segundo párrafo del artículo 19 constitucional: “El Ministerio Público *sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar...*”<sup>14</sup> (cursivas agregadas). Es decir, se debe agotar antes el análisis de las medidas cautelares menos gravosas y dejar la prisión preventiva como la última opción.

La verificación de este principio es la prueba de fuego para determinar la eficacia del derecho a la libertad durante el proceso penal; es decir, en la medida en que realmente sea excepcional su aplicación, querrá decir que las providencias tomadas por el ordenamiento jurídico y la operación cotidiana del sistema penal, logra preservar el valor del principio de inocencia en uno de sus elementos clave: reducir a su menor expresión el fenómeno de la prisión preventiva.

El control judicial de la detención preventiva refiere que la limitación de un derecho fundamental como el de enfrentar en libertad el proceso debe estar necesariamente sujeta al conocimiento y control judicial. Este princi-

---

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 160.

<sup>14</sup> El régimen constitucional anterior también fraseaba de inicio esta excepcionalidad (aunque seguido de restricciones y “excepciones” muy significativas): “Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando...” (artículo 20, apartado A, fracción primera, del texto constitucional anterior, que todavía rige el proceso de los estados que no han adoptado el sistema acusatorio, derivado de la reforma de junio de 2008).

pio es fundamental para que los valores que inspiran los principios de aplicación de la prisión preventiva, que se han descrito en este apartado, tengan eficacia. El juez es el garante de que la aplicación de la prisión preventiva sea excepcional.

A partir de 1993, el sistema constitucional de aplicación de la prisión preventiva optó por establecer que las personas vinculadas a proceso por delitos considerados graves perderían el derecho a la libertad provisional bajo caución. Sin embargo, aún en ese inapropiado esquema se pudieron intentar garantías, como establecer un número limitado de delitos graves; sin embargo, se dejó al legislador ordinario la determinación de qué delitos deberían considerarse como graves.

A partir de la reforma de 2008 se ha pretendido dejar la aplicación de la medida cautelar abierta a la argumentación jurídica de las partes (en igualdad de condiciones) ante la presencia del juez. En este modelo el control judicial permite realizar consideraciones específicas sobre las circunstancias y características del imputado, que hace posible evaluar el caso concreto, determinar la viabilidad de una medida cautelar menos gravosa o verificar el riesgo fundado de fuga o la posibilidad de obstaculizar la investigación de la verdad, así como el riesgo fundado de que se atente contra la víctima o la sociedad.

Sin embargo, el propio texto constitucional establece cinco delitos, para los que, de oficio, los jueces deben imponer la prisión preventiva:

El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.<sup>15</sup>

Como se puede apreciar, deja subsistente la posibilidad de que el legislador local establezca delitos “inexcarcelables” (como los denomina Luigi Ferrajoli) en determinadas materias, así como en los “delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos”, que deja abierta la posibilidad de impedir, de oficio, la libertad durante el proceso a una amplia tipología de conductas delictivas como sucede actualmente con los “catálogos de delitos graves” de los códigos procesales tradicionales. En el caso del Código Federal de Procedimientos Penales, el catálogo de delitos graves (y por lo tanto,

---

<sup>15</sup> Artículo 19 constitucional, segundo párrafo.

*inexcarcelables*) del artículo 194 contemplaba en 2007, 127 modalidades delictivas.<sup>16</sup>

Luigi Ferrajoli, quien critica los criterios de aplicación de la medida cautelar *ex lege* o automática,<sup>17</sup> indica que el juzgador debe aplicar la legislación de acuerdo con los hechos comprobados y verificados, y que la ideología mecanicista de la aplicación de la ley es incompatible con la epistemología garantista.<sup>18</sup>

Respecto de las condiciones de la detención durante la prisión preventiva, la disposición XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona detenida “tiene derecho... a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.<sup>19</sup> En el mismo sentido, las Reglas de Tokio se refieren en particular a que la prisión preventiva “deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano” (6.2).<sup>20</sup>

“Además, estarán separados de los condenados salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas”.<sup>21</sup> Por disposición expresa de la Constitución mexicana (artículo 18) la prisión preventiva deberá desarrollarse en un sitio distinto del que se destine para la extinción de las penas, y estarán completamente separados.

### III. LA EVIDENCIA EMPÍRICA

En este apartado se describirá el nuevo régimen; se señalarán en notas al pie los contrastes respecto del sistema tradicional, al que le restan tres años de vigencia.

En Latinoamérica, la reducción del abuso de la detención provisional (o prisión preventiva) es uno de los principales desafíos en materia de derechos

---

<sup>16</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo, *Castigo sin crimen: la prisión preventiva en México, trayectoria, alcances y alternativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 424. En preparación editorial.

<sup>17</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 1995, p. 554.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>19</sup> *Op. cit.* pp. 25 y 26.

<sup>20</sup> Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994, t. 1, p. 274.

<sup>21</sup> Artículo 10, párrafo 2, inciso a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *Ibidem*, t. I, p. 47. En el caso Pinkney, el comité de Derechos Humanos consideró que se les debe mantener en locales separados (aunque no necesariamente en edificios separados).

humanos. La complejidad del fenómeno ha sido analizada por los máximos órganos de protección de los derechos humanos del hemisferio como en el caso Bayarri (Argentina) resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2008.

En México se ha buscado implementar las medidas adecuadas para atender dicha problemática. Como proporción de la población penitenciaria, los presos sin condena han presentado una tendencia decreciente. Sin embargo, aún hay mucho por realizar.

El legislador mexicano tradicionalmente había optado por el “catálogo de delitos graves”. Si una persona es señalada y procesada por una de las noventa modalidades delictivas que en algunas entidades tiene ese catálogo, se pierde el derecho a permanecer en libertad durante el proceso. Esta práctica es contraria a los principios del derecho internacional de los derechos humanos. En esos catálogos se incorporaron sin el menor discernimiento conductas que dejan en prisión a personas por delitos no violentos. Por este tipo de políticas, en julio de 2016 había 95,742 personas en prisión preventiva (40.4% del total de los internos, casi ocho mil internos menos que en julio de 2013). Se presumían inocentes ante la Constitución, pero dormían en prisión. En números absolutos, como porcentaje de la población penitenciaria y como presos sin condena por cada cien mil habitantes, los indicadores de prisión preventiva muestran una reducción.

Estos indicadores se ven impactados por la operación del NSJP en los estados en los que se han arraigado los principios y buenas prácticas del nuevo sistema a favor del derecho a la libertad del imputado durante el proceso penal.

No obstante esta significativa tendencia decreciente, un indicador de 81.9 internos sin condena por cada cien mil habitantes nos sigue presentando entre los países que usan con mayor intensidad esta medida cautelar (tabla 1).

Tabla 1  
Comparativo internacional de población penitenciaria  
sin condena por cada cien mil habitantes

<i>Lugar que ocupa según procesados por cada 100 mil habitantes</i>	<i>País</i>	<i>Internos sin condena por cada 100 mil habitantes</i>	<i>Población penitenciaria sin condena (números absolutos)</i>
1	Panamá	209.3	7,474
4	U.S.A	152.3	476,764

<i>Lugar que ocupa según procesados por cada 100 mil habitantes</i>	<i>País</i>	<i>Internos sin condena por cada 100 mil habitantes</i>	<i>Población penitenciaria sin condena (números absolutos)</i>
8	El Salvador	131.8	8,208
16	Venezuela	97.7	28,771
18	Sudáfrica	96.0	48,417
19	Belice	95.7	304
23	Rusia	86.6	123,755
26	México	81.9	95,742
38	Turquía	73.1	53,848
63	Chile	59.9	10,343
72	Colombia	55.4	26,009
94	España	27.5	12,758
119	Nigeria	21.3	34,600
123	India	20.2	250,307
137	Alemania	13.3	10,894
154	Islas Faroe	3.2	2

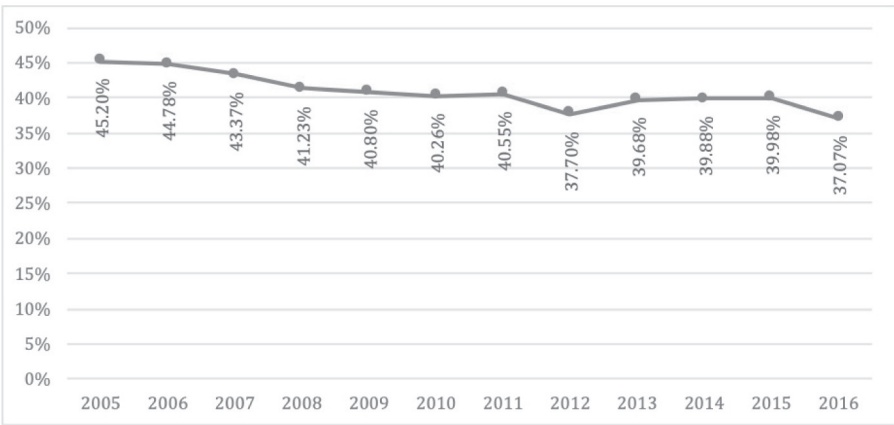
FUENTES: Base de datos obtenida del International Center for Prison Studies ([prisonstudies.org](http://prisonstudies.org)), con información, para la mayoría de los países, de 2013. Para Estados Unidos, El salvador, islas Faroe e India: 2009; Colombia, Venezuela y Panamá: 2012. En dicha base, la información para México es: 81.9 (95,742 internos sin condena). Aquí se toman los datos de julio de 2016 de la Secretaría de Gobernación.

El análisis de la evidencia empírica sobre la dimensión y trayectoria del fenómeno de la prisión preventiva en México permite afirmar que en el país se hace un uso excesivo de esta medida cautelar, por lo que no se cumple el principio de excepcionalidad ni el de proporcionalidad. La reforma penal ha introducido mecanismos institucionales que han permitido la reducción del fenómeno, pero aún dista de los estándares internacionales.

Se ha demostrado que bajo el sistema procesal penal tradicional, al menos 40% de las personas sujetas a prisión preventiva podrían estar en libertad hasta el momento de su juicio sin que existiera un riesgo de que se fugaran o representaran riesgo alguno para la sociedad. En cambio, el erario dedica todos los días 36 millones de pesos para la operación del sistema penitenciario, más 19 millones de pesos que diariamente las familias de los internos deben gastar en la defensa legal y gastos personales del interno, pa-

gos indebidos a autoridades y a otros internos, así como para los traslados y horas laborales para las visitas.<sup>22</sup>

Gráfica 1  
Trayectoria del porcentaje de presos sin condena respecto del total de la población penitenciaria en México (competencia local)



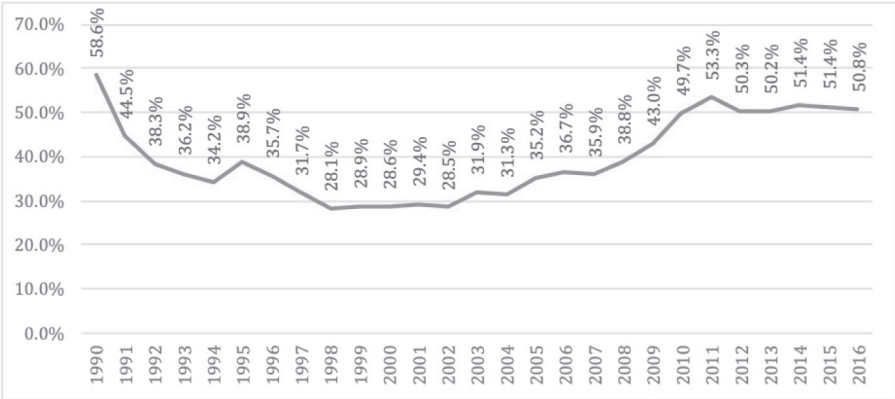
FUENTE: 2013-2016 Secretaría de Gobernación; y 2006-2016, Secretaría de Seguridad Pública Federal. La información de 2016 corresponde al mes de enero.

Los resultados comienzan a percibirse. En el ámbito de competencia local, la aplicación de la prisión preventiva en los tres indicadores referidos anteriormente se registra un descenso, pasando la variable como porcentaje de la población penitenciaria de 45.2% en 2005 a 39.3% en 2016 (gráfica 1).

En el ámbito federal, el avance del nuevo sistema comenzó en fechas más recientes. La entrada en vigencia del NSJP y la reforma en el tema de narcomenudeo deberán comenzarse a reflejar en la prisión preventiva, aunque en el ámbito federal ha experimentado una tendencia ascendente, siendo en julio de 2016 de 50.8% del total de los internos por delitos federales (gráfica 2).

<sup>22</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Monterrey, Open Society Institute, 2010, p. 82.

Gráfica 2  
Porcentaje de presos sin condena respecto del total de internos por delitos de competencia federal en México



FUENTE: 2013-2016 Secretaría de Gobernación; y 2006-2012, Secretaría de Seguridad Pública Federal. La información de 2016 corresponde al mes de enero.

Como se refiere, entre 2006 y 2016 el Comité para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal de Corte Acusatorio, más de 70 mil personas habrían evitado la experiencia de la prisión preventiva. En primer lugar, esto se debe a que muchos casos (153 mil en 2015) casos se resuelven por acuerdos reparatorios (antes se sobrecriminalizaban, y en algunos casos se imponía prisión preventiva); en los casos que se llevan ante los jueces, el nuevo régimen de aplicación de la prisión preventiva implica en la mayoría de los casos (los que no sean por los delitos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución), las partes argumentan y justifican la aplicación de las diversas medidas cautelares, siendo el juez el que determine la procedente, señalando que debe considerarse como la última opción, la prisión preventiva.

Además, otros casos califican a soluciones alternativas, como la suspensión del procedimiento a prueba. De igual forma, la mayor agilidad de los procesos también incide en la reducción del porcentaje de la población penitenciaria en situación de prisión preventiva. También en algunos estados se registra una despresurización de los centros penitenciarios.

Tabla 2  
 Población en prisión preventiva por delitos del fuero común (número absolutos y como porcentaje de la población penitenciaria)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	VAR. REF.
Baja California	7,360	8,307	7,340	6,205	5,709	4,574	5,176	5,373	4,888	4,740	4,179	-2,026
	58.27%	60.19%	53.32%	47%	44.88%	37.77%	40.20%	39.90%	37.00%	36.86%	34.90%	-12%
Chiapas	1,924	1,905	2,093	2,248	2,453	2,875	2,869	2,935	3,224	3,162	2,580	-295
	36.00%	35.37%	37.26%	39%	40.40%	45.50%	45.50%	48.30%	52.32%	55.11%	52.50%	7.00%
Chihuahua	2,024	1,959	1,304	1,242	1,707	2,353	2,631	3,034	3,219	2,981	2,868	844
	43.93%	42.15%	33.67%	33.82%	42.73%	47.46%	46.90%	44.99%	45.75%	41.25%	39.30%	-4.63%
Durango	1,395	1,504	1,388	1,241	866	948	929	2,034	2,415	2,576	2,167	926
	60.65%	61.36%	56.19%	54.69%	57.35%	49.12%	45.16%	68.00%	74.28%	70.1%	71.3%	16.61%
Guanajuato	1,502	1,327	1,216	1,306	1,363	1,391	1,352	1,305	1,514	1,671	1,789	398
	45.46%	40.14%	35.16%	36.06%	35.09%	37.40%	37.50%	37.52%	39.86%	41.42%	43.40%	6.00%
México	7,384	7,315	6,680	6,847	6,884	5,813	5,327	6,173	9,547	11,062	10,237	3,390
	42.71%	44.52%	40.53%	40.91%	40.44%	34.70%	31.84%	33.70%	41.29%	43.31%	40.80%	-0.11%
Morelos	1,222	1,139	1,224	1,079	914	967	864	980	854	827	607	-617
	46.77%	43.44%	47.26%	42.75%	35.09%	35.67%	31.82%	34.60%	29.81%	28.15%	21.40%	-25.86%
Nuevo León	1,543	1,231	1,094	1,216	1,380	2,734	3,578	2,366	2,016	1,400	1,399	-2,179
	36.64%	27.63%	23.94%	25.98%	26.56%	40.87%	45.98%	32.70%	28.43%	22.27%	24.20%	-21.78%



	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	VAR. REF.
Oaxaca	2,053	1,868	1,931	1,675	1,791	2,084	2,265	2,312	2,286	2,564	2,419	488
	50.72%	51.33%	54.04%	48.38%	51.84%	56.46%	59.65%	64.00%	63.17%	67.42%	63.70%	9.66%
Tabasco	1,364	1,422	1,633	2,068	2,241	2,711	2,930	2,589	1,900	2,060	1,401	-1,529
	39.64%	38.33%	42.55%	52.04%	47.20%	52.60%	56.42%	55.32%	43.71%	49.08%	36.10%	-20.32%
Yucatán	1,021	1,075	1,062	1,091	1,297	1,120	1,138	954	741	726	410	-710
	47.31%	47.65%	46.58%	47.70%	49.90%	47.32%	46.87%	43.46%	43.67%	48.14%	30.40%	-16.92%
Zacatecas	358	345	345	304	283	281	343	349	326	384	388	43
	37.18%	32.89%	33.01%	32.14%	31.00%	31.02%	37.36%	35.80%	30.87%	33.45%	34.80%	1.79%
Nacional	71,553	70,718	69,562	70,222	71,710	74,254	71,545	78,408	82,464	80,330	70,011	-707
	44.46%	43.05%	40.96%	40.50%	40.25%	40.50%	37.70%	39.70%	39.88%	40.00%	37.07%	-5.98%

FUENTE: 2013-2016. Secretaría de Gobernación; y 2006-2012, Secretaría de Seguridad Pública Federal. La información de 2016 corresponde al mes de julio.

En la tabla 2 se puede apreciar la tendencia general en los estados en los que ha operado por más tiempo el nuevo sistema de justicia penal (al menos tres años, en rojo aparecen los años en los que ha operado el nuevo sistema). En la última columna se puede apreciar la variación en números absolutos y porcentual respecto del año anterior a la entrada en vigencia del nuevo sistema.

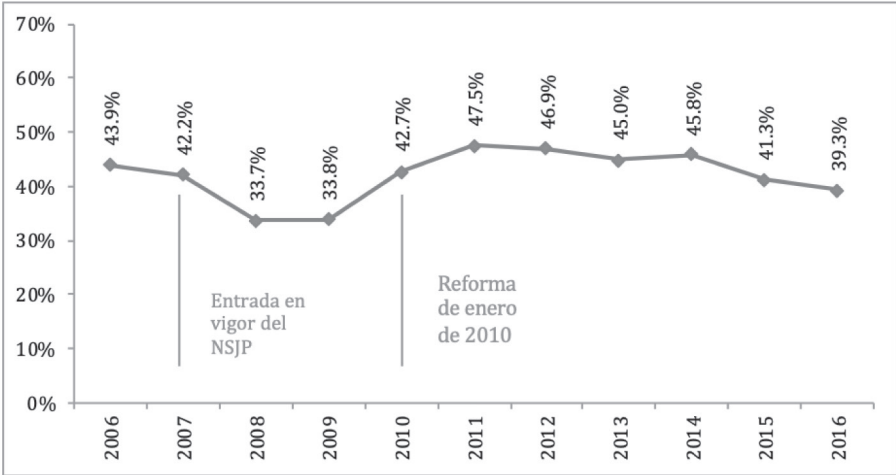
Cinco estados muestran una impresionante reducción en la aplicación de la medida cautelar extrema: Nuevo León (de 46% a 21.8%); Morelos (de 47% a 21.4%), Baja California (de 47% a 34.9%, pero pasando de 7,340 internos en 2008 a 4,179 en situación de prisión preventiva en 2016). En el caso de Yucatán, terminó con una tendencia a la alza en el porcentaje de internos sin condena, con una reducción en números absolutos de 63.4% de personas sujetas a esta medida cautelar, pasando de 1,120 en 2012 a 410 personas en 2016.

Después de que en 2014 Tabasco presentó un descenso considerable de la prisión preventiva, se registró un incremento, que presentaba un indicador por encima de la media nacional; sin embargo, en el último año se dio un notable descenso en el fenómeno. Zacatecas se mantiene muy por debajo de la media nacional.

En Chihuahua, después de cuatro años de ascenso (2011 a 2014), debido al reestablecimiento de la prisión preventiva por ley para ciertos delitos a partir de enero de 2010. La aplicación del Código Nacional parece comenzar a reflejarse en la reducción del fenómeno.

El estado de México muestra un inquietante incremento después de haber experimentado una reducción en los primeros años de vigencia del NSJP. En números absolutos, las personas en situación de prisión preventiva han pasado de 6,847 en el anterior sistema a 10,237 en julio de 2016. Guanajuato, Chiapas y Durango muestran un incremento alarmante en el indicador tanto en números absolutos como en porcentaje de la población penitenciaria.

Gráfica 3  
Porcentaje de presos sin condena respecto del total de internos por delitos de competencia local en Chihuahua

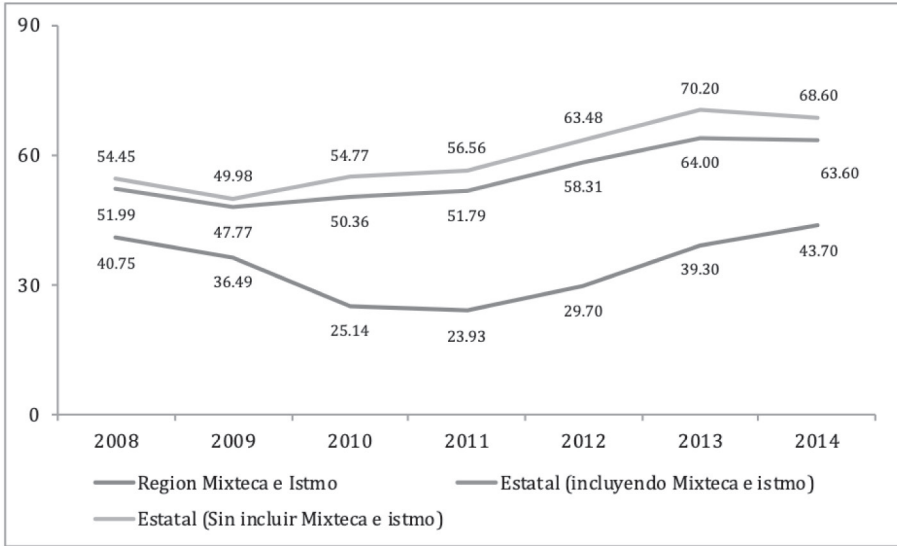


FUENTE: 2005 a 2016, Secretaría de Seguridad Pública Federal; 2013, Secretaría de Gobernación. La información de 2013 corresponde al mes de septiembre.

En Oaxaca, se puede hacer un análisis más puntual. Cuando se accede a información desagregada de las regiones en las que está en vigencia el nuevo modelo acusatorio respecto de otras regiones de la misma entidad federativa en la que aún opera el sistema tradicional, el impacto diferenciado del modelo se justicia penal sobre la prisión preventiva se hace evidente. Por ejemplo, en la gráfica 4 se aprecia la notable diferencia entre la proporción de presos sin condena respecto del total de internos en los centros penitenciarios de Oaxaca en 2014 en las regiones en las que operaba el nuevo sistema de justicia, y las que se impartía justicia con el sistema tradicional de catálogo de delitos graves.

Debe analizarse en particular la aplicación del régimen de medidas cautelares, en virtud del crecimiento constante en la proporción de internos que están en prisión preventiva. De no corresponderse a un incremento en la tasa de procesos penales por delitos de alto impacto, parecería que algunas inercias de aplicación creciente de esta medida cautelar podrían estar ganando terreno en las audiencias y los criterios judiciales.

Gráfica 4  
 Porcentaje de presos sin condena respecto del total de internos por delitos de competencia local en Oaxaca



FUENTE: 2013 y 2014 Secretaría de Gobernación; y 2008-2012, Secretaría de Seguridad Pública Federal.

No obstante, aún en el sistema acusatorio se siguen enfrentando tendencias adversas a la libertad durante el proceso penal. De hecho, ha sido criticado que la propia reforma constitucional mantuvo la prisión preventiva oficiosa para algunas conductas, lo que, como se ha señalado, contraviene las directrices del DIDH. El constituyente trató de poner con ello un límite constitucional a la proliferación de delitos inexcusables; sin embargo, los legisladores de algunos estados como Chihuahua en enero de 2010 y Baja California en 2012, ampliaron por encima del umbral constitucional los casos en los que procedía la prisión preventiva obligatoria o de oficio, contraviniendo el principio de progresividad en materia de derechos humanos.<sup>23</sup> Los efectos de estas políticas, como ya se ha referido al analizar la tabla 1, se ha traducido en el incremento en la aplicación de la prisión preventiva. Por ejemplo, en la gráfica 4 se puede apreciar la tendencia en Chihuahua a raíz de la “contrarreforma” de 2010.

<sup>23</sup> Véase por ejemplo, Ríos, Carlos y Cerdio, Jorge (coords), *Las reformas de la reforma procesal penal en Chihuahua*, México, Tirant lo Blanch, 2012, p. 156.

Por ello, la adopción del Código Nacional de Procedimientos Penales, que se ajusta a las directrices constitucionales en materia de prisión preventiva, repercutirá en el descenso en la aplicación de esta medida cautelar en los procesos de competencia federal, que se acentúe la tendencia decreciente del fenómeno en el ámbito de competencia local, y que cesen las desviaciones y abusos en la aplicación de la prisión preventiva.

La significativa reducción de internos en el país (casi veinte mil en dos años) comienza a reflejarse en la reducción de la sobrepoblación penitenciaria. En julio de 2016 la ocupación penitenciaria promedio en México fue de 1113.2%. Para la Organización de las Naciones Unidas, más de 100 por ciento de ocupación penitenciaria se considera como un trato cruel e inhumano. Sin embargo, esta tasa de ocupación es apenas un promedio. Los centros penitenciarios más grandes del país están a más de 200 por ciento de su capacidad. Dos de cada tres internos en México están en situación de hacinamiento.

Concentraciones de entre tres mil y trece mil personas son bombas de tiempo esperando detonación. El estado de México sigue siendo una de las entidades con mayor saturación penitenciaria, al estar en promedio al 265.5% de su capacidad. El Centro Penitenciario de Chalco al ¡586%! de su capacidad; Ecatepec, al ¡486%! Los centros de Cuautitlán (386.9%), Tlalnepantla (al 375%) y Nezahualcoyotl (al 243.2%) configuran las condiciones de genocidio carcelario.

Afortunadamente, la Ciudad de México ha reducido en más de 40% su población penitenciaria, pero sigue teniendo una ocupación promedio de 144%, y los centros penitenciarios como los preventivos Oriente (al 224.3%), Norte (al 171.8%), y Sur (con 149.4% de ocupación penitenciaria).

En Jalisco, el Centro para Sentenciados de Puente Grande (al 299% de ocupación); Centro Preventivo de Guadalajara (al 199%) y el Centro penitenciario femenino de Puente Grande (156%). En Baja California, el Centro de Reinserción Social de Tijuana (213%).

De esta forma, las condiciones de reclusión de las personas en prisión preventiva no corresponden a los mínimos establecidos por el DIDH. La saturación de los centros penitenciarios y la insuficiencia de la infraestructura, así como medidas de seguridad, provocan que en la práctica no se cumpla la obligación constitucional de que los internos procesados estén “completamente separados” (artículo 18 constitucional, párrafo primero, y Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Internos de Naciones Unidas, artículo octavo). Como señala un estudio sobre el sistema penitenciario mexicano, “La evidencia que arroja la estadística penitenciaria es la violación del pre-

cepto constitucional sobre la separación de internos por grado de peligrosidad y según su situación jurídica”.<sup>24</sup>

El Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera que las deficiencias en la clasificación criminológica de los internos, así como la falta de separación entre procesados y sentenciados en áreas comunes, son factores que reducen la eficacia de la reinserción social del interno, uno de los cinco rubros de evaluación de dicho diagnóstico. En los cien centros penitenciarios evaluados en dicho estudio (de entre las más pobladas del país, que concentran al 75 por ciento de los internos) se documentaron anomalías al respecto. Se refiere que la “inadecuada clasificación criminológica y por situación procesal [son parte] de la problemática imperante en el sistema penitenciario”.<sup>25</sup> Incluso se refieren casos de incumplimiento en la separación entre hombres y mujeres.<sup>26</sup>

Además de un hacinamiento predominante, se ha documentado que en los centros penitenciarios prevalece la corrupción y el autogobierno (que quienes mandan son las camarillas de internos que someten y extorsionan al resto). En el sistema penitenciario nacional hay ocho internos por cada custodio, y considerando los turnos, vacaciones, incapacidades o comisiones, llega a haber hasta veinticinco o treinta internos por custodio (para no hablar de los días de visita).

Los motines, las fugas, los suicidios, las riñas y los homicidios se han incrementado exponencialmente. En 2011 se registraron 116 homicidios, y en 2012 se superó la cifra, rondando los 160. Según informó en septiembre de 2012 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en las cárceles mexicanas se habían cometido 352 homicidios en dos años.<sup>27</sup> Los grupos del crimen organizado han extendido sus disputas a los centros penitenciarios. Un interno de los centros penitenciarios de Nuevo León, Tamaulipas, Sinaloa o Durango tiene ocho veces más probabilidades de morir hoy que la población en general de nuestro país.

Las adicciones, las enfermedades y la reducción en la expectativa de vida por el creciente deterioro de las condiciones de internamiento son un tema humanitario y de salud pública. La prevalencia del sida entre los varones en reclusión es el doble de la población en general, y entre las mujeres internas es cinco veces mayor que la prevalencia de las mujeres en libertad.

---

<sup>24</sup> Patiño Arias, José Patricio, *Nuevo modelo de administración penitenciaria*, México, Porrúa, 2010, p. 248. Cita de p. 106.

<sup>25</sup> *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria* (DNSP), México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2012, p. 350. Disponible en: <http://dpsp.cndh.org.mx/#>. Cita de p. 6.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>27</sup> *Idem*.

Las cifras son elocuentes al referirnos la crisis de nuestro sistema penitenciario y la política criminológica equivocada que nos ha llevado a este deterioro. Deben impulsarse las sanciones alternativas a la prisión, y deben profundizarse las mejores prácticas del nuevo sistema de justicia penal, que permiten un uso más racional de la prisión preventiva. El genocidio carcelario en México es un pésimo referente de nuestra sociedad; transformar esta realidad es un imperativo ético y una emergencia humanitaria que no podemos ignorar.

Por otra parte, como una medida adecuada para el fortalecimiento institucional del contexto en el que los jueces resuelven sobre las medidas cautelares en el nuevo sistema de justicia, se impulsan como buena práctica los servicios previos a juicio, particularmente las unidades de medidas cautelares (UMECA), que generan imparcialmente información confiable sobre el imputado y su entorno social para tomar decisiones e individualizar la medida cautelar con más y mejor información. Estos mecanismos se han consolidado en estados como Morelos y Baja California, y se están adoptando en otras entidades federativas. Sus resultados son la reducción en la prisión preventiva y un cumplimiento en las medidas cautelares no privativas de libertad y condiciones de suspensión del proceso penal superior al 95%, lo que incrementa la confianza institucional y la legitimidad social de los mecanismos del nuevo modelo de justicia.

De esta forma, se espera cristalizar el propósito último del modelo acusatorio en materia de prisión preventiva, la “prueba de fuego”, como han referido Alberto Bovino<sup>28</sup> y Perfecto Andrés:<sup>29</sup> que se verifique en la práctica el principio de excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva.

El incumplimiento de los criterios desarrollados por el DIDH y los principios constitucionales de la aplicación de la prisión preventiva refieren un rezago cuasi-democrático en la operación del sistema penal mexicano y la ineficacia de los derechos a la presunción de inocencia y a la libertad durante el procedimiento penal, indica un gran pasivo de nuestra ley fundamental.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Bovino, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 121-167.

<sup>29</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 9, núm. 13, agosto de 1997. Versión tomada de internet, 18 pp. Consultado en 2007.

<sup>30</sup> Carpizo, Jorge, “La clasificación de las constituciones. Una propuesta”, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 428.

*Desafíos del sistema penal acusatorio*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 22 de marzo de 2019 en los talleres de Litográfica Dorantes, S. A. de C. V., Oriente 241-A 29, colonia Agrícola Oriental, Iztacalco, 08500 Ciudad de México, tel. 5700 3534. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).




**A** casi tres años del proceso de implementación de la reforma constitucional del 16 de junio de 2008, el sistema de justicia penal en México supuso un cambio de paradigma en la forma de llevar a cabo la investigación criminal y el desarrollo del proceso penal, que ahora se realiza bajo la metodología de las audiencias públicas y orales. El estado actual de ese cambio de paradigma presenta todavía claroscuros.

Por un lado, hay evidencia significativa de que revolucionó la forma de justicia penal en este país, al introducir el modelo acusatorio que responde a un Estado constitucional y democrático de derecho, con leyes diseñadas para proteger, promover y garantizar los derechos humanos, ante las condiciones de posibilidad de instrumentar el debido proceso penal, el principio de inocencia y los derechos de las víctimas. Por otro lado, en el proceso de consolidación prevalecen algunos retrocesos ligados a la reconfiguración del sistema inquisitivo en el procedimiento penal acusatorio y oral. Este fenómeno tiene su origen en la escasa voluntad política, a lo que debe añadirse la insuficiente capacitación, el limitado uso de tecnologías, las pifas en el diseño institucional y un precario financiamiento público dirigido a la construcción de nuevas instituciones de justicia penal.

Ante ese panorama, la obra tiene como propósito describir, con perspectiva crítica, los desafíos, desde un punto de vista teórico y práctico, con la finalidad de contribuir y continuar enriqueciendo el debate sobre el sistema de justicia penal. Los textos que contiene el libro exponen cómo la ciencia y la tecnología ofrecen nuevos derroteros en la comprensión y aplicación del sistema de justicia penal en México.





Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala; maestra en ciencias jurídico-penales

por la Universidad Autónoma de Chihuahua, y en subjetividad y violencia por el Colegio de Saberes de la Ciudad de México. Tiene estudios de especialidad en teoría del delito y temas de corrupción en las universidades de Salamanca y Castilla-La Mancha, de España. Se desempeñó como jueza penal y procuradora General de Justicia en el estado de Chihuahua, donde implementó a partir de 2005 el sistema penal acusatorio. Durante veinte años fue catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, de derecho penal, procesal penal, medicina forense y técnicas de investigación jurídica.


Actualmente es investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; catedrática en la Facultad de Derecho de dicha Universidad y coordinadora del Seminario Universitario Interinstitucional de Seguridad Ciudadana. Su línea de investigación es el sistema penal acusatorio en México. Imparte cátedra en distintos posgrados del país sobre temas de derecho procesal penal, criminalística, corrupción y perspectiva de género. Autora de las obras *Derecho procesal penal. Principios, derechos y reglas*; *La policía de investigación en la reforma procesal penal*; *Juicio oral y prueba*, y *Las víctimas del delito en el sistema penal acusatorio*.

# Patricia

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

# Jorge

WITKER



Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor titular por oposición de derecho económico y comercio exterior en la Facultad de Derecho de la UNAM; investigador titular de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, nivel C. Sus principales líneas de investigación son metodología de la investigación jurídica, derecho económico y comercio internacional. Ha publicado más de setenta libros en México e Iberoamérica, entre los que destacan: *La investigación jurídica; Metodología jurídica; Metodología de la enseñanza del derecho; Derecho económico; Gestión y administración de tribunales; Juicios orales y derechos humanos, y Competencias lectoras y narrativas para el derecho.*