

# **IV. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. PARADIGMA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL DE ACTO ¿LOS ANTECEDENTES PENALES DEL INCULPADO DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA DETERMINAR SU GRADO DE CULPABILIDAD? CONTRADICCIÓN DE TESIS 298/2014**

*Dra. María Teresa Ambrosio Morales\**

## **1. CONTEXTO DEL CASO PLANTEADO**

El Estado como garante responsable de mantener el orden social y la paz pública, para el buen desarrollo y crecimiento de la sociedad, debe establecer un marco normativo de protección de los derechos de todas las personas y utilizar el derecho penal como la *ultima ratio* ante la falta de eficacia de otras materias del derecho y formas de prevención social de la violencia y la delincuencia.

El Estado, en respuesta al desafío de controlar el delito, a las personas que delinquen y a la delincuencia, formula una serie de propuestas con base en las ciencias penales; que en México se retoma con la influencia de diversas doctrinas, teorías y prácticas que provienen de diferentes países como: la dogmática

---

\* Técnica Académica en la Estación Noroeste de Investigación y Docencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con sede en Tijuana, Baja California.

penal de Alemania; la base procesal de Estados Unidos y Chile; la criminología y victimología de Gran Bretaña, Estados Unidos y Canadá; la prevención del delito de Estados Unidos, Colombia, Gran Bretaña; una política criminal de Alemania, Brasil, España y Estados Unidos, todas las anteriores se integran en un esquema que constituye el desarrollo teórico a implementar en México.

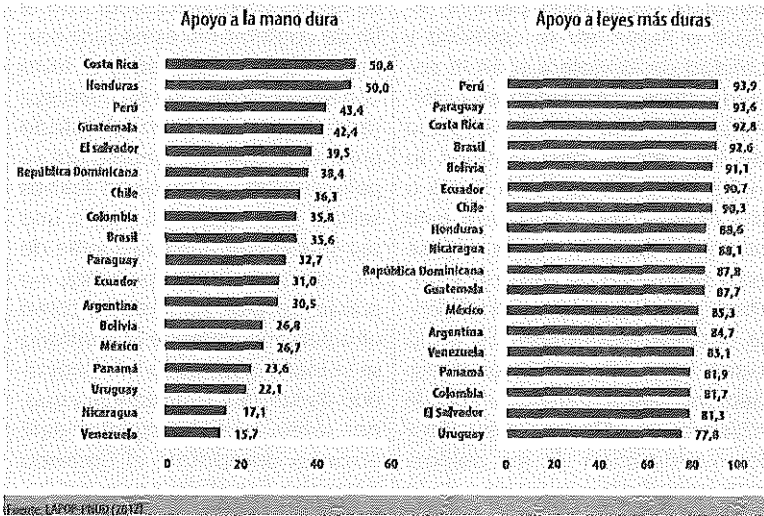
Como parte del contexto de las ciencias penales, hemos cumplido el término constitucional que se fijó del 18 de junio de 2008 al 18 de junio de 2016, para implementar una reforma hacia un sistema penal acusatorio.

México vivió un cambio histórico a dicho sistema de carácter cualitativo-cuantitativo, que debe garantizar los derechos de todas las personas en nuestro país en un marco de actuación de los derechos humanos. Este cambio de paradigma en la justicia, se debe en gran medida al esfuerzo de la sociedad civil, las víctimas, la presión de organismos internacionales y el apoyo de la academia, quienes obligaron al Estado Mexicano a cambiar la justicia penal, con reformas estructurales a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en los ámbitos federal y estatal.

Es importante destacar que la reforma penal 2008-2016, se desarrolla en dos periodos presidenciales: el inicio y parte de la implementación con Felipe Calderón Hinojosa del 2006-2012, del Partido Acción Nacional, y la implementación completa y parte de la consolidación con Enrique Peña Nieto del 2012-2018, del Partido Revolucionario Institucional, con

una visión de política criminal distinta en cuanto a la implementación; ver cuadro 1.<sup>1</sup>

**Cuadro 1**  
**Porcentaje de apoyo a la mano dura y a leyes más duras como mejor medida para enfrentar a la delincuencia, América Latina, 2012.**



La política criminal que construye México en su reforma constitucional, la hace, principalmente, con base en dos teorías: el garantismo penal y el derecho penal del enemigo, ambas con formas distintas de atender el problema delictivo; ver cuadro 2.

<sup>1</sup> Véase sobre el tema Naciones Unidas, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014 Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 2013, p. 101.

Cuadro 2

Garantismo Penal Luigi Ferrajoli	Derecho Penal del Enemigo Günther Jakobs
<p>1a. La existencia de un nexo indisoluble entre garantías y justificación externa o política del derecho penal. Ferrajoli sostiene que la justificación racional del derecho penal se da cuando permite reducir o minimizar la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad (comprendiendo en el término no únicamente la violencia de los delitos, sino también la violencia de la reacción frente a los delitos) de modo que esta rama del derecho puede erigirse en instrumento de defensa y garantía de todos, y no en herramienta coactiva del Estado. Si, en la suma, es capaz de realizar, como derecho penal mínimo, un doble objetivo: no sólo la prevención y la minimización de los delitos, sino también la prevención de la reacción informal frente a los delitos y la minimización de las penas."</p> <p>2a. La presencia de un nexo indisoluble entre garantías y legitimación interna de la jurisdicción. Al respecto, Luigi Ferrajoli estima que la jurisdicción penal se enviste de certeza cuando se desprende de las garantías constitucionales y los derechos humanos, mismos que deben ser respetados por</p>	<p>"Jakobs explica que el derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. <i>El trato con el ciudadano</i> en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar con el fin de confirmar la estructura normativa y, por otro lado, el trato con <i>el enemigo</i>, que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se combate por su peligrosidad". Al respecto Jakobs señala que "quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como una persona, pues de lo contrario se vulnera el derecho a la seguridad de las demás personas; y que, por tanto, sería completamente erróneo demonizar el llamado 'Derecho Penal del enemigo'." Para hacer frente a esta expansión o desborde de este tipo de derecho del enemigo, pretende Jakobs encapsularlo o encasillarlo en un estanco, compartimiento para que de ahí no se mueva o se traslade a todo el derecho penal común, porque si así no fuera, todo el derecho penal común desaparecería contaminado por el del enemigo haciendo fenecer el propio Estado de derecho.<sup>2</sup></p>

<sup>2</sup> Buompadre, Jorge Eduardo y Benítez, Víctor Hugo, Günther Jakobs, "¿El enemigo del derecho penal?", *Revista Académica*, México, Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, año V, núm. 9, julio de 2007, p. 49. 2

todas las autoridades, incluso por el Poder Judicial. Existe una segunda dimensión de la 'democracia' —no auténtica, sino complementaria de la 'democracia política'— que permite entender los fundamentos axiológicos y al mismo tiempo los límites del derecho penal y de la pena: se trata de la dimensión que connota a la democracia como 'democracia constitucional' o 'de derecho' y que hace referencia no a quien puede decidir (la mayoría, en este caso), sino a qué es lo que no puede decidir ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad. Una dimensión respecto a la cual, de nuevo, el derecho penal representa, e históricamente ha sido, el campo emblemático de reflexión y elaboración: precisamente, el de la constitución del Estado constitucional de derecho".

3a. Para Ferrajoli, el garantismo es una doctrina filosófico-política de justificación del derecho penal y, a la vez, una teoría jurídico-normativa de las garantías penales y procesales. En consecuencia se decanta en una teoría utilitarista sobre los fines y fundamentos del derecho penal, y en una teoría del derecho penal mínimo".<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Véanse sobre el tema Ferrajoli, Luigi, *Garantismo Penal*, México, UNAM, 2006, pp.12 y 15, y Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 1997.

Ambas teorías proveen la base para la construcción de la reforma constitucional, la cual tiene una mayor armonía con los derechos humanos; sin embargo, es el garantismo penal el que hace referencia a un Estado democrático de derecho en armonía con la reforma constitucional del 2011 en materia de derechos humanos.

Esta consideración es importante cuando se analiza un derecho penal de acto y el derecho penal de autor; las teorías garantistas se enlazan con los derechos humanos y el derecho penal del enemigo con los aspectos positivistas de la criminalidad, que en la referida reforma del 2008 consideraba todavía argumentos referentes a la personalidad de quienes se encontraban privados de libertad.<sup>4</sup>

Pero lo más adverso de la reforma penal del 2008-2016, es que *ex ante* no consideró metodológicamente iniciar con la reforma sustancial en materia de derechos humanos a nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

Esta última reforma mencionada es de carácter transversal a todo el derecho en México, no sólo a la materia penal; por ello, debió construirse una modificación penal en esta reforma *ex ante* no *ex post*.

---

<sup>4</sup> Véase sobre el tema Palacios Pámanes, Gerardo Saúl, *Criminología Clínica contemporánea, práctica basada en evidencia*, México, Porrúa, 2017; Silva, Arturo, *Criminología y conducta antisocial*, México, Pax, 2003, disponible en: <http://portal.setec.gob.mx/docs/dict1312.pdf>, consultada en marzo de 2018; y, Dictamen de los Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia, de Gobernación; de Seguridad Pública; y de Estudios Legislativos, segunda, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta acción generó, como resultado, no sólo cambiar la jurisprudencia, sino que también representó una depuración normativa trascendental y un impacto directo en la política criminal, con una aplicación de los derechos humanos de manera más amplia y puntual, en cuanto a la protección más integral de las personas con un enfoque diferencial y especializado; ver cuadro 3.<sup>5</sup>

**Cuadro 3**  
**Ejercicio de depuración legislativa**

	Paso 1	Paso 2	Paso 3*	Paso 4
<b>Ejemplo en abstracto</b>	El legislador identifica la ley que será sometida a revisión.	El legislador identifica los parámetros constitucionales y convencionales de revisión.	El legislador realiza el contraste de los parámetros de revisión con la norma secundaria preexistente.	Después de realizar una interpretación conforme, el legislador determina si la norma debe ser derogada, modificada o mantenida.
<b>Ejemplo en concreto</b>	El Congreso del Estado X revisa el Código Penal local, en el que la calumnia y la difamación están tipificadas como delitos.	Se identifican los derechos involucrados (derecho a la honra y libertad de expresión).	La disposición se contrasta con el estándar de la Corte IDH, que establece la inconvencionalidad de disposiciones que limitan la libertad de expresión por la vía penal.	Al identificar que existe incompatibilidad entre la legislación penal vigente (difamación y calumnia), constata su inconvencionalidad y procede a derogar o sustituir la(s) norma(s).

\* Es en ese momento cuando los legisladores deberán llevar a cabo el control de constitucionalidad y convencionalidad de la legislación correspondiente.

<sup>5</sup> Véase sobre el tema Salazar Ugarte, Pedro [coord.], *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos, una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2014, p.134.

La normativa penal en México, en la actualidad, debe responder al mandato constitucional del respeto a la dignidad y a los derechos humanos con base en un modelo de Estado democrático de derecho.<sup>6</sup>

**DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.**—La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta —en su núcleo más esencial— como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.

<sup>6</sup> Tesis 1a./I. 37/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, página 633; Registro digital: 2012363.



Amparo directo en revisión 1200/2014. 8 de octubre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 230/2014. 19 de noviembre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 5327/2014. 17 de junio de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Alejandra Daniela Spitalier Peña.

Amparo directo en revisión 6055/2014. 8 de julio de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

Amparo directo en revisión 2524/2015. 10 de febrero 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. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.

La reforma penal, en armonía con la de derechos humanos, no fue muy clara en su estrategia nacional de implementación. El Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, como parte de la política criminal en México para la implementación del Nuevo Sistema Penal Acusatorio, concibió la creación del código procesal único, que permitiera hacer más eficiente la procuración y la impartición de justicia en México, como el ordenamiento adjetivo unificado, y generar una serie de leyes nacionales y generales que complementan a la reforma del 2008.<sup>7</sup>

En este proceso de relacionar a las reformas constitucionales en materia penal de 2008-2016 y la reforma del 10 de junio de 2011 relativa a los derechos humanos, se siguieron dos formas de implementación, en dos periodos presidenciales diferentes, con una base de actuación legislativa de las entidades federativas en la aplicación de la reforma constitucional del 2008 al 2013, las cuales dieron como resultado en los Estados, hasta tres códigos procesales: uno anterior que se encontraba en transición, el creado por la Legislatura Local, en una primera etapa (2008-2012) y otro de carácter nacional del 5 de marzo de 2014, fecha en la que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Código Nacional de Procedimientos Penales.

La publicación de este último ordenamiento nacional provocó que los Estados cambiaran todos sus nuevos códigos procesales penales que habían legislado, pero al entrar en vigor el nuevo

---

<sup>7</sup> Plan Nacional de Desarrollo, *Diario Oficial de la Federación* de 20 de mayo de 2013.

Código Nacional, se generó una nueva miscelánea penal, en los ámbitos federal y estatal; ver cuadros 4 y 5.

**Cuadro 4**  
**ARMONIZACIÓN NORMATIVA FEDERAL EN EL NUEVO**  
**SISTEMA DE JUSTICIA PENAL Y EL CÓDIGO NACIONAL**  
**DE PROCEDIMIENTOS PENALES**  
**(2014-2016)**  
**322 REFORMAS DE ARMONIZACIÓN**  
**A LA LEGISLACIÓN FEDERAL Y ESTATAL**

1	Código Nacional de Procedimientos Penales	11	Código Penal Federal
2	Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal	12	Ley General de Víctimas
3	Ley Nacional de Ejecución Penal	13	Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal
4	Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública	14	Reglamento de la Ley de la Policía Federal
5	Reforma Constitucional y Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes	15	Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
6	Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación	16	Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público
7	Ley Federal de Defensoría Pública	17	Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

8	Reforma al Código Nacional de Procedimientos Penales en el Capítulo V del Título VI del Libro Primero relativo a la Supervisión de las Medidas Cautelares, de fecha 17 de junio de 2016	18	Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos
9	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	19	Código Fiscal de la Federación
10	Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.		

Cuadro 5

Nombre del Ordenamiento	Fecha de Publicación
Código Nacional de Procedimientos Penales	DOF 05/03/2014
Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal	DOF 29/12/2014
Ley Nacional de Ejecución Penal	DOF 16/06/2016
Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes	DOF 16/06/2016

En nuestro país, la política criminal responde a una agenda internacional y nacional que involucra, además de diversos elementos, avances teóricos, científicos y tecnológicos en el combate a la delincuencia y al delito, que tuvo como respuesta una política entre mano dura y leyes duras, que en muchas ocasiones no guardan un equilibrio adecuado con los derechos humanos.

México retoma, del ámbito internacional, la política criminal establecida en la Declaración de DOHA sobre la Integración de la Prevención del Delito y la Justicia Penal en el Marco más Amplio del Programa de las Naciones Unidas para Abordar los Problemas Sociales y Económicos y Promover el Estado de Derecho a Nivel Nacional e Internacional y la Participación Pública,<sup>8</sup> 2015.

Esta declaración establece que: la política criminal guiará durante el periodo de 2005-2020, todas las acciones internacionales, regionales y nacionales en materia de justicia penal, en prevención del delito y atención a víctimas. Algunos puntos a destacar son los siguientes:

**[Punto 5.]** Reafirmamos nuestro compromiso y firme voluntad política de apoyar unos sistemas de justicia penal eficaces, imparciales, humanos y responsables y las instituciones que los integran, y alentamos la participación efectiva y la inclusión de todos los sectores de la sociedad, lo cual permitirá crear las condiciones necesarias para promover el programa más amplio de las Naciones Unidas, respetando plenamente al mismo tiempo los principios de la soberanía y la integridad territorial de los Estados, y reconociendo la responsabilidad de los Estados Miembros de defender la dignidad humana y todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, en particular las afectadas por la delincuencia y las que están en contacto con el sistema de justicia penal, incluidos los miembros vulnerables de la sociedad, independientemente de su condición, que podrían ser objeto de formas múltiples y agravadas de discriminación, y prevenir

---

<sup>8</sup> Declaración consultada el 27 de agosto de 2018, disponible en: [https://www.unodc.org/documents/congress/Declaration/N1504154\\_Spanish.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress/Declaration/N1504154_Spanish.pdf).

y combatir la delincuencia motivada por la intolerancia o la discriminación de toda índole.

[...]

**[Punto 8 (a)]** Promover y fortalecer la cooperación internacional y regional con el fin de seguir desarrollando la capacidad de los sistemas de justicia penal nacionales, en particular mediante iniciativas de modernización y fortalecimiento de la legislación nacional, según proceda, así como actividades conjuntas de capacitación y de perfeccionamiento de las aptitudes de los funcionarios nacionales de justicia penal, en particular para favorecer el establecimiento de autoridades centrales de cooperación internacional en asuntos penales firmes y eficaces en ámbitos como la extradición, la asistencia judicial recíproca, la remisión de actuaciones penales y el traslado de personas condenadas a cumplir una pena, y celebrar, cuando proceda, acuerdos de cooperación bilaterales y regionales, y seguir desarrollando redes especializadas de autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, autoridades centrales, fiscales, Jueces, abogados defensores y proveedores de asistencia jurídica para intercambiar información y buenas prácticas y conocimientos especializados, incluso, cuando proceda, mediante la promoción de una red virtual mundial para fomentar, en lo posible, el contacto directo entre las autoridades competentes, a fin de intensificar el intercambio de información y la asistencia judicial recíproca, logrando un aprovechamiento óptimo de las plataformas de información y comunicación.

**[Punto 10 (a)]** Planificar y ejecutar políticas y programas amplios que fomenten el desarrollo socioeconómico, con especial atención a la prevención del delito, incluida la delincuencia urbana y la violencia, y apoyar a otros Estados Miembros en esa labor, especialmente por medio del intercambio de expe-

riencias e información pertinente sobre las políticas y los programas que hayan logrado reducir el delito y la violencia mediante políticas sociales.

Esta Declaración privilegia la prevención del delito, la promoción y protección de los derechos humanos en un marco de atención especial. La implementación normativa de la reforma penal de 2008, desde la política criminal, considera elementos como: los límites al poder penal y el respeto del ser humano.

Por lo que México asume importantes estándares de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, los cuales se reflejan en las reformas sustantivas y adjetivas penales, con base en el control de convencionalidad de dichos tratados; a lo anterior se suman las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como parte importante a considerar al momento de legislar en materia penal.<sup>9</sup>

Los criterios interamericanos y la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia se suman para integrar el denominado estatuto de derechos de las personas privadas de libertad. En el panorama interamericano que se ha descrito, las personas privadas de sus libertades requieren urgentemente que se implementen las acciones necesarias para recuperar el Estado de derecho en el sistema penitenciario de nuestro país, lo que implica restituir a los reclusos el ejercicio de sus derechos y recuperar

---

<sup>9</sup> Véase sobre el tema, Pásara, Luis (comp.), *En busca de una justicia distinta, experiencias de reforma en América Latina*; Fernandino, Álvaro, "Acceso a la justicia", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004; Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México*, México, SCJN, 2013; y el *Diario Oficial de la Federación* de 4 de octubre de 2011, Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo.

el riguroso cumplimiento de los deberes que corresponden a los servidores públicos que actúan en este ámbito. Lo anterior dentro del marco nacional e internacional que el Estado está llamado y obligado a cumplir.<sup>10</sup>

Con el marco de referencia en tratados internacionales y criterios interamericanos; la responsabilidad del Estado Mexicano y de las autoridades en el reto de mejorar el sistema de justicia penal se amplía.

## **2. BALANCE EN LA CONSIDERACIÓN DE UN PERFIL NACIONAL DE LA POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD**

La atención y concentración en la base procesal de la política criminal mexicana durante ocho años, del 2008 al 2016, se cimentó en la deconstrucción de la legislación penal desde su base constitucional y procesal, y en la creación de leyes nacionales, así como la normativa específica para algunos delitos como la trata de personas y el secuestro, pero esto también exige la convencionalidad en materia de derechos humanos.

La reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 10 de junio de 2011, en materia de derechos humanos, consolidó los compromisos internacionales adquiridos por México en la adopción de tratados internacionales vinculantes y la responsabilidad del Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la materia penal (Que, éstas distan mucho de ser eficaces).

---

<sup>10</sup> Martínez Breña, Laura, "La pena privativa de libertad a la luz del sistema interamericano de derechos humanos", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, (coords.), *Evolución del sistema penal en México, tres cuartos de siglo*, México, UNAM, Instituto Nacional de Ciencias Penales, INACIPE, 2017, pp. 191-192.



La reforma de 2008 hasta su entrada total en vigor en 2016, generó cambios, la creación de más infraestructura y de nuevos sujetos procesales, que a la fecha son insuficientes para operar el sistema penal, representando un problema para la consolidación del sistema.<sup>11</sup>

En los juicios orales es importante considerar que la actividad procesal depende, por principio de legalidad, de la existencia de un hecho que la ley pueda considerar como delito. Partiendo del principio de legalidad, no pueden punirse aquellas conductas que el legislador no ha definido previamente en la base sustantiva; los ajustes necesarios implican también factores relacionados con la protección de bienes jurídicos específicos en armonía con temas de los derechos humanos.

Como parte de una política criminal integral basada en hechos, que puedan abordarse científica y técnicamente por la materia penal, es importante dar uniformidad a los criterios de los hechos que serán considerados como delitos, para dotarlos de un contenido que permita contar con mejores resultados en la sanción de conductas que vulneren dichos bienes jurídicos.<sup>12</sup>

La consolidación de la reforma constitucional al sistema penal de 18 de junio de 2008 se estima que tardará aproximadamente una década más; en este lapso, también se exige tener resultados y eficacia por el presupuesto y todos los recursos destinados a los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y al sistema penal mismo, para dar cumplimiento a la reforma constitucional.

<sup>11</sup> Véase sobre el tema Lozano Tovar, Eduardo, *Seguridad Pública y Justicia. Una visión Política Criminológica Integral*, México, Porrúa, 2009.

<sup>12</sup> Véase sobre el tema Lozano Tovar, Eduardo, *Manual de Política Criminal y Criminológica*, México, Porrúa, 2010.

Con relación a este tema, es importante considerar lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en todas sus reformas, que prevén cumplir con el mandato de reinserción social<sup>13</sup> de las personas privadas de su libertad; ver cuadro 6.

Esto, en cumplimiento a los diversos instrumentos internacionales en la materia penitenciaria, como son los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y las Reglas de Mandela.<sup>14</sup>

Cuadro 6

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Artículo 18
1a. Reforma <i>DOF</i> 23-02-1965
2a. Reforma <i>DOF</i> 04-02-1977
3a. Reforma <i>DOF</i> 14-08-2001
4a. Reforma <i>DOF</i> 12-12-2005
5a. Reforma <i>DOF</i> 18-06-2008
6a. Reforma <i>DOF</i> 10-06-2011
7a. Reforma <i>DOF</i> 02-07-2015
8a. Reforma <i>DOF</i> 29-01-2016

<sup>13</sup> "Reinserción social. Restitución del pleno ejercicio de las libertades tras el cumplimiento de una sanción o medida ejecutada con respeto a los derechos humanos." Artículo 4. Principios rectores del Sistema Penitenciario, Ley Nacional de Ejecución Penal.

<sup>14</sup> Véanse sobre el tema: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria, México*, CNDH, 2016, disponible en: [http://cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP\\_2016.pdf](http://cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP_2016.pdf), e Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL)*, México, INEGI, 2016.

En el panorama nacional, las personas privadas de la libertad de 18 a 39 años de edad a nivel federal, estatal y municipal, al mes de octubre de 2016, fueron en total 211 mil, de las cuales el 5% son mujeres, por lo que el perfil de población es relevante para la valoración de los derechos de las personas que se encuentran en los Centros de Readaptación Social (CERESOS); ver cuadros 7, 8, 9, 10, 11 y 12.

### Cuadro 7<sup>15</sup>

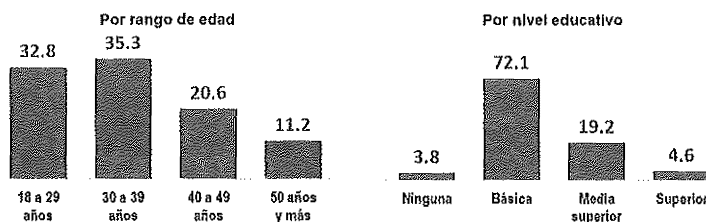
#### Población penitenciaria

ENPOL 2016

En 2016, 68.1% de la población privada de la libertad tenía entre 18 y 39 años de edad.

Por otro lado, 94.1% de la población *sabía leer y escribir*; y 72.1% contó con estudios de educación básica, esto es, *preescolar, primaria, secundaria o carrera técnica con secundaria terminada*.

#### Distribución porcentual de la población privada de la libertad en 2016



<sup>15</sup> Información consultada el 27 de agosto de 2018, en: [http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/encotras/enpol/2016/doc/2016\\_enpol\\_presentacion\\_ejecutiva.pdf](http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/encotras/enpol/2016/doc/2016_enpol_presentacion_ejecutiva.pdf).

## Cuadro 8

### Entorno social y familiar en la infancia

ENPOL 2016

A nivel nacional, se estima que 67.3% de la población privada de la libertad en 2016 vivió tanto con su padre como con su madre (*hogar biparental*) antes de los 15 años de edad.

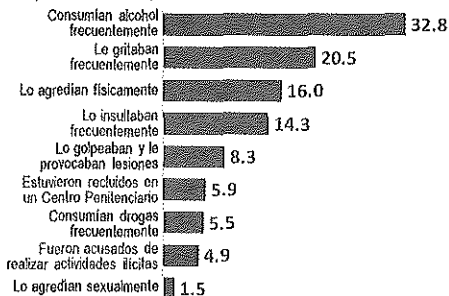
Población privada de la libertad en 2016.  
Situación del hogar antes de los 15 años  
(porcentaje)



■ Hogar biparental  
 ■ Hogar monoparental o sin padres

Situaciones de vulnerabilidad vividas por la población privada de la libertad en sus hogares antes de los 15 años

Sus padres o los adultos que lo cuidaban...



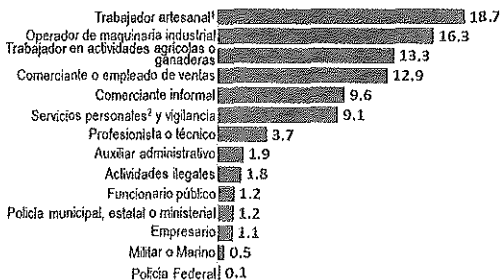
## Cuadro 9

### Antecedentes laborales

ENPOL 2016

A nivel nacional, se estima que 97.1% de la población privada de la libertad en 2016 *trabajó alguna vez*, desempeñando una actividad específica, antes de su arresto. De ella, 18.7% señaló haberse dedicado a *labores artesanales*<sup>1</sup> en su última ocupación.

Última ocupación que desempeñó la población privada de la libertad antes de su arresto



<sup>1</sup> Se refiere a quienes elaboran objetos a mano o sólo con la ayuda de herramientas manuales y empuñan sus productos en algún tipo de estantería.  
<sup>2</sup> Incluye labores de lavado y planchado, empaque de alimentos, cosecha de cultivos, corte de pelo, entre otros.

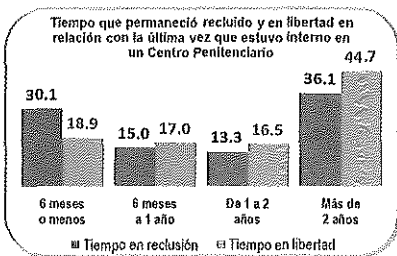
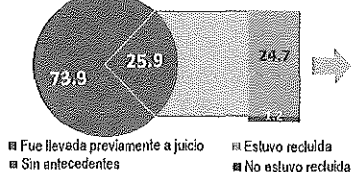
## Cuadro 10

### Sentencia previa (reincidentes)

ENPOL 2016

A nivel nacional, 25.9% de la población privada de la libertad en 2016 fue juzgada penalmente por algún delito de manera previa al proceso que determinó su reclusión actual; y 24.7% estuvo reclusa previamente en un Centro Penitenciario.

Población privada de la libertad según sus antecedentes penales, 2016 (porcentaje)



\* En todos los casos, se excluyó la opción de "No especificado", por lo cual los porcentajes no suman 100 por ciento.

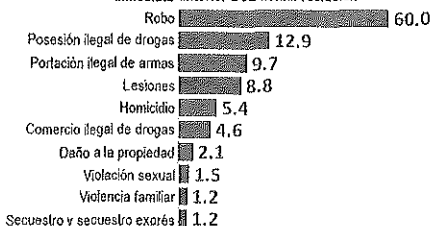
## Cuadro 11

### Reincidentes – Delitos por los cuales ya habían sido sentenciados

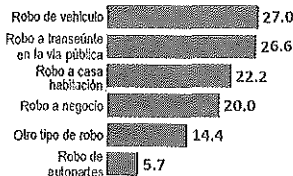
ENPOL 2016

60% de la población privada de la libertad con antecedentes penales fue sentenciada por el delito de robo la última vez que fue juzgada penalmente, mientras que 12.9% fue procesada por posesión ilegal de drogas\*.

Principales delitos por los que fue sentenciada la población privada de la libertad la ocasión inmediata anterior a su actual reclusión\*



Tipo de robo\*



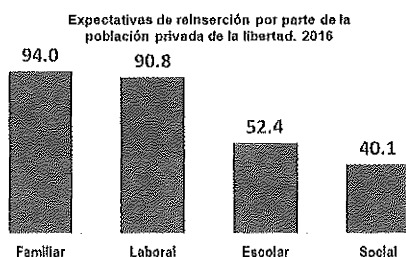
\* Un infractor puede haber sido sentenciado previamente por más de un delito.

## Cuadro 12

### Expectativa de reinserción

ENPOL 2016

A nivel nacional, 94% de la población privada de la libertad durante 2016 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.



El balance de la información estadística anterior de los Centros de Readaptación Social (CERESOS), Centros Federales de Readaptación Social (CEFESOS), prisiones militares y cárceles municipales, por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, no es alentador en su calificación, pues evidencia violaciones a los derechos humanos de las personas privadas de su libertad.<sup>16</sup>

En un puntaje de 10, la calificación nacional de los CERESOS fue de 6.27, en donde los rubros más comprometidos tienen que ver con todos los derechos fundamentales establecidos en el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad; esto evidencia la ineficacia de la reforma constitucional de 2008-2016 en materia de ejecución en el ámbito penitenciario; ver cuadro 13.

<sup>16</sup> Véase sobre el tema: [http://cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP\\_2016.pdf](http://cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP_2016.pdf), Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2016*, dirección electrónica consultada en marzo 2018.

Cuadro 13

RUBROS EVALUADOS E INDICADORES	RESULTADO
<p>I. Integridad personal del interno, capacidad de alojamiento y población existente, distribución y separación de personas privadas de la libertad en caso de centros mixtos, servicios para la atención y mantenimiento de la salud, supervisión por parte del responsable del Centro, prevención y atención a incidentes violentos, de tortura y/o maltrato.</p>	<p><b>RUBRO I ASPECTOS QUE GARANTIZAN LA INTEGRIDAD PERSONAL DEL INTERNO</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Separación para hombres y mujeres.</li> <li>- Insuficiencia en los programas para la prevención y atención de incidentes violentos.</li> <li>- Privación de violaciones a derechos humanos y la atención en caso de detección.</li> <li>- Insuficiencia en los procedimientos para la remisión de quejas de probables violaciones a los derechos humanos.</li> </ul>
<p>II. Estancia digna. Existencia de instalaciones, capacidad de las mismas, condiciones materiales y de higiene, así como alimentación suficiente y de calidad.</p>	<p><b>RUBRO II ASPECTOS QUE GARANTIZAN UNA ESTANCIA DIGNA</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Inexistencia o insuficiencia de instalaciones necesarias para el funcionamiento de los centros.</li> <li>- Deficientes condiciones materiales e higiene de las instalaciones para alojar a las personas privadas de la libertad (ingreso y dormitorios).</li> </ul>
<p>III. Condiciones de gobernabilidad. Normativa que rige el Centro, personal de seguridad y custodia, sanciones disciplinarias, autogobierno, actividades ilícitas, extorsión y sobornos, así como capacitación del personal penitenciario.</p>	<p><b>RUBRO III CONDICIONES DE GOBERNABILIDAD</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Insuficiencia de personal de seguridad y custodia.</li> <li>- Deficiencias en el proceso para la imposición de las sanciones disciplinarias.</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ejercicio de funciones de autoridad por parte de personas privadas de la libertad del Centro (autogobierno/cogobierno).</li> <li>- Presencia de actividades ilícitas.</li> <li>- Normativa que rige al Centro (reglamento, manuales de procedimientos y difusión de los mismos).</li> </ul>
<p>IV. Reinserción social del interno. Integración del expediente jurídico-técnico; clasificación, funcionamiento del Comité Técnico; actividades laborales, de capacitación para el trabajo, educativas y deportivas; beneficios de libertad anticipada y vinculación de la persona privada de la libertad con la sociedad.</p>	<p><b>RUBRO IV REINSERCIÓN SOCIAL DEL INTERNO</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Clasificación entre procesados y sentenciados.</li> <li>- Insuficientes actividades laborales y de capacitación.</li> </ul>
<p>V. Atención a internos con requerimientos específicos: mujeres, personas adultas mayores, indígenas, con discapacidad, con VIH/SIDA o con adicciones.</p>	<p><b>RUBRO V GRUPOS DE INTERNOS CON REQUERIMIENTOS ESPECÍFICOS</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Insuficiencia en los programas para la prevención de adicciones y de desintoxicación voluntaria.</li> </ul>
<p style="text-align: center;"><b>SE OBSERVÓ UNA APROPIADA ATENCIÓN EN:                  RUBRO IV REINSERCIÓN SOCIAL DEL INTERNO: Integración y funcionamiento del Comité Técnico.</b></p>	

La reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011 es transversal; implica una obligación para el Estado y para todos los operadores jurídicos; al respecto establece un marco de referencia de actuación que garantice no sólo la prevención de la violencia y la delincuencia, sino que se lleve



a cabo con estándares que protejan los derechos fundamentales de las personas que se vean involucradas en el sistema de justicia penal.

### **3. DERECHO PENAL DE ACTO Y DERECHO PENAL DE AUTOR. PARADIGMAS DE UNA POLÍTICA CRIMINAL**

La política criminal que enmarca la reforma penal de 2008-2016 en un sistema acusatorio, debe proteger los derechos humanos, privilegiar la libertad, cambiar de una readaptación a una reinserción, aplicar los mecanismos alternativos, la no impunidad y la reparación integral a las víctimas; esto puede resultar no favorable en un análisis de derecho penal de autor, pues la personalidad de un ser humano tiene varias facetas y no por ello debe ser etiquetado.

Personalidad sería el nivel resultante de la integración progresiva de todos los sistemas de respuesta que representan los ajustes característicos de un individuo a sus diversos mundos circundantes.<sup>17</sup>

Donde los derechos de las personas privadas de libertad tienen un impacto importante en los beneficios que puedan obtener; "la negación de un beneficio de libertad". La idea de modificar la personalidad y la conducta del individuo sentenciado es una perspectiva coherente con el concepto de readaptación, no así con el de reinserción. Conforme a la noción de reinserción, es necesario dotar al individuo privado de su libertad de herramientas con las cuales, al término de su sanción, tenga la

<sup>17</sup> Amato, María Inés, *Delincuencia, prostitución y drogas*, Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 2007, p. 67.

posibilidad de acceder a diversas opciones de vida, vista como un derecho para el sentenciado y no como una imposición y, menos aún, como un límite a sus derechos, respetando en todo momento su dignidad humana.<sup>18</sup>

Para lograr una armonía con los derechos humanos, con referencia al derecho penal de acto, se requiere de una interpretación sistemática constitucional, en armonía con los derechos establecidos en los artículos 10.; 14, párrafo tercero; 18, párrafo segundo; y, 22, párrafo primero; cambia la forma de ver al autor o a la autora de ese delito, pasa de una etiqueta de peligrosidad (presunta o comprobada)<sup>19</sup> a un grado de culpabilidad por el acto que cometió y no por ¿quién es?

Como concepto operacional puede decirse que el derecho penal de acto se caracteriza por no sancionar a las personas por lo que son —peligrosas, inmorales, enfermas, malas, etc.—; sino por lo que hacen, en cuanto se trate de conductas lesivas de ciertos bienes jurídicos protegidos por el legislador; pero precisamente ello impone indagar por aquello que con un sentido de verdad puede llamarse "lo que las personas hacen", que es el objeto de esta nota.<sup>20</sup>

Esto será trascendental en todas las actuaciones que tendrá la autoridad en sus derechos en forma integral, porque como hemos visto en las estadísticas nacionales sobre la situación en materia penitenciaria, no es muy alentadora.

---

<sup>18</sup> García Sánchez, Blanca, "Los beneficios penitenciarios en el contexto del derecho penal de acto", *Iter Criminis*, México, núm. 6, sexta época, julio-septiembre 2014, p. 71.

<sup>19</sup> Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología clínica*, México, Porrúa, 2005, p. 99.

<sup>20</sup> Barreto Ardila, Hernando, "Constitución Política y derecho penal de acto", *Derecho Penal y Criminología*, Colombia, Volumen XXII, núm. 71, enero/abril 2001, pp. 79 y 80.

En otro terreno, el endurecimiento penal integral, que lo justifica precisamente como la confirmación de la guerra penal del enemigo —para decirlo en las palabras de Günther Jakobs, palabras en las que no creemos— con cuyos organismos se violan en diferentes lugares y momentos los derechos humanos. Podemos decir que es una regresión al derecho penal de acto que sólo utiliza lo más criticado del derecho penal de autor: la peligrosidad, por el "riesgo que corre la sociedad" y, por consecuencia, detener arbitrariamente, punir con mayores penas, aumentar los delitos y hacer una cadena de retribucionismo que únicamente se resuelva en una sobrepoblación penitenciaria con la que ya no puede hacerse nada.<sup>21</sup>

La materia penal está en un proceso de cambio, porque en muchos años privilegió las etiquetas y los aspectos como la peligrosidad que, incluso es mencionada en algunos textos de discusión de la reforma de 2008; sin embargo, la reforma de 2011 se encuentra matizada por un paradigma de derechos humanos, el cual somete a todo el derecho en México a que debe cumplir con los compromisos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales; así, en la materia cuenta con una Ley Nacional de Ejecución Penal que contempla: un debido proceso penitenciario, derechos y obligaciones de las personas privadas de libertad, atribuciones de las autoridades que participan en el procedimiento de ejecución, la creación del Juez de Ejecución de Sanciones, Unidades de Transición a la Comunidad y una regulación de actividades para la reinserción.

El analizar desde una perspectiva de cómo el sistema penal busca, en una base de política criminal de prevención general y

---

<sup>21</sup> Sánchez Galindo, Antonio, "Situación general de las prisiones en la actualidad a nivel nacional", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, nota 10, p. 318.

especial, mediante normas sustantivas y adjetivas, que se evite la reincidencia de las personas que cumplen con una pena, es buscar que la reinserción cumpla con lo establecido en los artículos 18 constitucional y 207 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, en los servicios postpenales:

### **Artículo 207. Servicios postpenales**

Las Autoridades Corresponsables, en coordinación con la Unidad encargada de los servicios postpenales dentro de la Autoridad Penitenciaria, establecerán centros de atención y formará Redes de Apoyo Postpenal a fin de prestar a los liberados, externados y a sus familiares, el apoyo necesario para facilitar la reinserción social, procurar su vida digna y prevenir la reincidencia.

A través de los servicios postpenales, se buscará fomentar, la creación y promoción de espacios de orientación, apoyo y desarrollo personal, laboral, cultural, educativo, social y de capacitación, en general, de todas las áreas relacionadas con los ejes establecidos por el artículo 18 Constitucional a fin de facilitar la reinserción social además de promover en la sociedad la cultura de aceptación del liberado o externado.

Los servicios postpenales se brindarán de forma individualizada conforme a las circunstancias de cada caso y a las posibilidades del sentenciado, externado y su familia.

Para el cumplimiento de su objetivo, a nivel local y federal, la Autoridad Penitenciaria y demás autoridades corresponsables firmarán Convenios de colaboración con instituciones del sector público y privado que prestan funciones relacionadas con los servicios postpenales, con el objeto de canalizar a los liberados, externados y a su familia. De igual forma, existirá coor-

dinación entre la Federación y los Estados o entre los Estados para el mejor cumplimiento de estos objetivos.

Los antecedentes penales de una persona se encuentran ligados históricamente con el tema penal, la criminología, la penología y el derecho penitenciario; son parte de la información que debe observarse a la luz de los derechos humanos y requieren de una protección específica debido a todas las consecuencias jurídicas que pueden generar en la vida de las personas.

Se dice que dichos antecedentes no deben ser solicitados en los trabajos para acceder a un empleo, pero en la práctica esto no sucede e, incluso, es parte de los protocolos en los controles de confianza para quienes aspiran a ser integrantes del sistema penal.

Por ello, cuando en un ámbito de la responsabilidad penal específico, se pide que sean tomados en consideración para la sanción de una persona a la que se tiene que aplicar y, en su caso, readaptar o reinsertar, su discusión puede tener opiniones diversas a favor de su cancelación o en contra de que se eliminen.<sup>22</sup>

La problemática de los antecedentes penales en el tema a resolver se genera ante un paradigma constitucional de derecho penal de acto, para determinar el grado de culpabilidad del autor. Apostando a un sistema que fuera eficaz para prevenir la reincidencia.

---

<sup>22</sup> Véase sobre el tema Grosso Galván, Manuel, *Los antecedentes penales: Rehabilitación y control social*, Barcelona, Bosch, 1983.

En un primer momento, parece que no existe una armonía entre el ámbito penal y la criminología, pero no es así, ya que son los derechos humanos, los que establecen los hilos de comunicación entre ambos para un mejor resultado al aplicar una pena, con el principio *pro homine*.

Los antecedentes penales, como esa marca de hierro que afectan el presente y el futuro de una persona, como parte del riesgo estadístico de conductas delictivas a futuro, pueden interpretarse que vulneran los derechos humanos.<sup>23</sup>

Una interpretación conforme a un Estado democrático de derecho,<sup>24</sup> nos lleva a observar de forma integral a los derechos humanos en el ámbito penal, esto sin descuidar su importante función en la sociedad y para el Estado.

Por ello, los antecedentes penales aportan datos de una persona sobre lo que realizó en el pasado, pero eso no tiene que limitar el ejercicio de sus derechos en el futuro, pues cambia con el tiempo y también existe la posibilidad de una reinserción eficaz.

El reproche de la sociedad y la dureza de la valoración judicial deben tener un punto medio en los derechos humanos tanto del autor, como de la víctima, que permita un justo equilibrio para las partes quienes intervienen, en camino de una justicia

---

<sup>23</sup> Véase sobre el tema García Ramírez, Sergio, "La reforma penal constitucional de 2007", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal, Jornadas de Justicia Penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, INACIPE, 2009.

<sup>24</sup> Véase sobre el tema Luzón Peña, Diego Manuel, *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho, Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2010.

no retributiva, sino restaurativa en la medida que la normativa lo permita.

En México se dispone una política criminal que, como se mencionó anteriormente, establece un marco normativo nacional único y hegemónico, con base en la Constitución; lo trascendente de la tesis que se comenta es que prevalece la interpretación constitucional frente a cualquier norma de carácter secundario, atendiendo a la supremacía de la Carta Magna, con una interpretación conforme, con los lineamientos establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la actuación del Poder Judicial, con base en los criterios establecidos en el control judicial de las leyes y la aplicación del control *ex officio*.

En la dogmática penal moderna, el paradigma del derecho penal de autor, migró a un derecho penal de acto y esto se ve fortalecido por los derechos humanos; en nuestra consideración, de acuerdo con la reforma de 2011, prevalece la interpretación constitucional a favor de los derechos fundamentales, que debe imperar con carácter de jurisprudencia.

El contenido específico de la norma secundaria que alude a los antecedentes penales, es de gran relevancia porque determina la metodología que los Jueces y tribunales pueden o deben seguir, al resolver cada caso concreto en la protección de derechos humanos, aplicando una interpretación conforme y, en caso de que vulnere el mandato constitucional y convencional, esa normativa se considera inaplicable.

#### **4. CONSIDERACIONES FINALES EN CONCLUSIÓN**

La reforma constitucional en materia penal en México hacia un sistema acusatorio, estableció una política criminal con escenarios

jurídico-políticos distintos en su implementación y consolidación del año 2008 al 2018, prevaleciendo un control por parte de la Federación en los Estados a nivel normativo, con la creación de un Código Nacional de Procedimientos Penales, que obligó a las entidades federativas a reformar su legislación local en armonía con este ordenamiento nacional.

Dicha reforma de 2008, se construyó con dos bases teóricas distintas, lo que implica una política criminal diversa en su aplicación. Una de esas teorías hace referencia al garantismo penal de Luigi Ferrajoli y la otra al derecho penal del enemigo de Günther Jakobs; ambas representan una aplicación de la ley de mano dura y una ley dura, en lo que refiere a la delincuencia común y a la delincuencia organizada. Por fortuna, la teoría del garantismo penal permitió establecer comunicación *ex post* en armonía con la reforma de 2011 en materia de derechos humanos.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011, representa un cambio cualitativo-cuantitativo en el derecho en México, con especial impacto en la materia penal; a esto se suman el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de nuestro país. El reflejo de esta evolución se observa en la aplicación de la convencionalidad y la protección integral de los derechos fundamentales de todas las personas con un enfoque diferencial y especializado.

Como parte de la implementación de los derechos humanos de 2011 en el derecho positivo, se pondera la jerarquía normativa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde todo el sistema jurídico federal y estatal tiene que



aplicar el control de convencionalidad en todos sus ordenamientos y actuaciones, en armonía con lo establecido en nuestra Carta Magna.

La política criminal de 2018, con relación a la reforma de 2011, es garante de los derechos humanos y privilegia la prevención del delito, la libertad, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, la reparación integral de las víctimas, la reinserción social, la justicia restaurativa, todo ello enmarcado en armonía con instrumentos internacionales, en especial la Declaración de DOHA.

En el derecho penal moderno, el paradigma del derecho penal de autor, evolucionó a un derecho penal de acto, en un Estado democrático de derecho que respeta los derechos humanos y que no etiqueta a las personas o las juzga por su personalidad, sino por la conducta delictiva que cometieron.

En el panorama nacional, parte de la eficacia de la reforma de 2008 se refleja en la aplicación de la pena privativa de libertad; así lo evidencia la Encuesta Nacional de Población Penitenciaria 2016 del INEGI y el Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2016 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en donde las personas privadas de la libertad de 18 a 39 años de edad representan el 68.1% de la población que se encuentra en los CERESOS a nivel federal, estatal y municipal, con un total de 211 mil personas, que se ubican en condiciones que vulneran sus derechos humanos y todavía no se ha podido erradicar la sobrepoblación penitenciaria.

Cabe destacar que la implementación de la Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*

el 16 de junio de 2016, se encuentra en proceso de llevarse a cabo, debido a que fue uno de los últimos ordenamientos del sistema penal, por lo que la organización del sistema de ejecución requiere de mayor tiempo para operar de forma completa e integral.

El tema de los antecedentes penales de una persona encuentra su desarrollo en la materia del derecho penal, la criminología, la penología y el derecho penitenciario, como parte de las formas en que se aborda el tema, ya que consideran el marco de los derechos humanos y la aplicación de la Constitución como el principal instrumento de protección.

## 5. FUENTES DE CONSULTA

Amato, María Inés, *Delincuencia, prostitución y drogas*, Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 2007.

Ambos, Kai (dir.), Böhm, María Laura (coord.), *Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania. Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana*, Colombia, Temis, 2012.

Barreto Ardila, Hernando, "Constitución Política y derecho penal de acto", *Derecho Penal y Criminología*, Colombia, Volumen XXII, núm. 71, enero/abril 2001.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, España, Trotta, 6a. ed., 2009.

García Ramírez, Sergio, "La reforma penal constitucional de 2007", en García Ramírez Sergio e Islas de González Mariscal,

Olga (coords), *La reforma constitucional en materia penal, Jornadas de Justicia Penal*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, INACIPE, 2009.

García Sánchez, Blanca, "Los beneficios penitenciarios en el contexto del derecho penal de acto", *Iter Criminis*, México, núm. 6, sexta época, julio-septiembre 2014.

Grosso Galván, Manuel, *Los antecedentes penales: Rehabilitación y control social*, Barcelona, Bosch, 1983.

Luzón Peña, Diego Manuel, *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho, Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2010.

Martínez Breña, Laura, "La pena privativa de libertad a la luz del sistema interamericano de derechos humanos", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, (coords.), *Evolución del sistema penal en México, tres cuartos de siglo*, México, UNAM/INACIPE, 2017.

Palacios Pámanes, Gerardo Saúl, *Criminología clínica contemporánea, práctica basada en evidencia*, México, Porrúa, 2017.

Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología clínica*, México, Porrúa, 2005.

Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos, una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2014.

Sánchez Galindo, Antonio, "Situación general de las prisiones en la actualidad a nivel nacional", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La situación actual del sistema penal en México XI Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM, INACIPE, 2011.

Silva, Arturo, *Criminología y Conducta Antisocial*, México, Pax, 2003.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México*, México, SCJN, 2013.

### **Fuentes de internet**

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2016*, visible en: [http://cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP\\_2016.pdf](http://cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP_2016.pdf).

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2016*, visible en: [http://cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP\\_2016.pdf](http://cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP_2016.pdf).

### **Legislación**

Declaración de DOHA sobre la Integración de la Prevención del Delito y la Justicia Penal en el Marco Más Amplio del Programa de las Naciones Unidas para Abordar los Problemas Sociales y Económicos y Promover el Estado de Derecho a Nivel Nacional e Internacional y la Participación Pública, 2015.

Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 16 de junio de 2016.

Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 20 de mayo de 2013.

Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 4 de octubre de 2011.

### ***Jurisprudencia***

Tesis 1a./J. 37/2016 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, página 633; Registro digital: 2012363.