# APORTES
## DE
# SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
## AL DERECHO PENAL

VOLUMEN I

María Elisa Franco Martín del Campo
Guillermo Raúl Zepeda Lecuona
Pedro Salazar Ugarte
*Coordinadores*

UNAM
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO
EL COLEGIO de JALISCO 40 Aniversario

# APORTES DE SERGIO GARCÍA RAMÍREZ AL DERECHO PENAL

*Volumen I*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 953

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
*Secretario Técnico*

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

Ricardo Hernández Montes de Oca
*Cuidado de la edición y formación en computadora*

Edith Aguilar Gálvez
*Elaboración de portada*




INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

*Director*
Pedro Salazar Ugarte

*Secretaria académica*
María Marván Laborde

*Secretario técnico*
Raúl Márquez Romero

*Jefa del Departamento de Publicaciones*
Wendy Vanesa Rocha Cacho



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Mauricio Kuri González
*Gobernador Constitucional*

María Guadalupe Murguía Gutiérrez
*Secretaria de Gobierno*

Gustavo Arturo Leal Maya
*Secretario de Finanzas*

Mario Fernando Ramírez Retolaza
*Oficial Mayor*

Rogelio Flores Pantoja
*Director del Instituto de Estudios Constitucionales*




EL COLEGIO DE JALISCO

*Asociados numerarios*
Ayuntamiento de Guadalajara
Ayuntamiento de Zapopan
El Colegio de México, A.C.
El Colegio Mexiquense, A.C.
El Colegio de Michoacán, A.C.
Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología
Gobierno del Estado de Jalisco
Instituto Nacional de Antropología e Historia
Subsecretaría de Educación Superior-SEP
Universidad de Guadalajara

*Presidente*
Roberto Arias de la Mora

*Secretario general*
Ixchel Nacdul Ruiz Anguiano

# APORTES DE SERGIO GARCÍA RAMÍREZ AL DERECHO PENAL

*Volumen I*

María Elisa Franco Martín del Campo
Guillermo Raúl Zepeda Lecuona
Pedro Salazar Ugarte
*Coordinadores*

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO
EL COLEGIO DE JALISCO
México, 2022

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: mayo de 2022

DR © 2022. 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

ISBN Obra completa: 978-607-30-5973-2
ISBN Volumen I: 978-607-30-5974-9

DR © 2022. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro

Av. 5 de mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN Obra completa: 978-607-7822-89-9
ISBN Volumen I: 978-607-7822-90-5

DR © 2022. El Colegio de Jalisco

5 de mayo 321
45100, Zapopan, Jalisco

ISBN Obra completa: 978-607-8831-06-7
ISBN Volumen I: 978-607-8831-07-4

Impreso y hecho en México



*Doctor Sergio García Ramírez*

# CONTENIDO

Presentación . . . . . XV
Pedro Salazar Ugarte
María Elisa Franco Martín del Campo

Sergio García Ramírez y el derecho penitenciario . . . . . 1
Victoria Adato Green

El derecho administrativo y su relación con el derecho penal . . . . . 13
Jesús Anlén Alemán

El sistema penitenciario en México . . . . . 29
Elena Azaola Garrido

No callar el hostigamiento . . . . . 51
Luis de la Barreda Solórzano

Una mirada a la relación entre derechos humanos y derecho penal. revisitando una lección de don Sergio García Ramírez . . . . . 65
Zamir Andrés Fajardo Morales

Las jurisdicciones internacionalizadas de Naciones Unidas . . . . . 81
Mara Gómez Pérez

Reformas constitucionales en materia penal (1993-2008) . . . . . 101
Olga Islas de González Mariscal

La doctrina constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de tortura y el derecho humano al debido proceso . . . . . 127
Isabel Montoya Ramos

La necesidad de un modelo nacional de procuración de justicia penal . . . . . 157
Roberto A. Ochoa Romero

Interrogantes acerca de una eventual teoría general de la infracción jushumana. . . . . 173
E. Raúl Zaffaroni

# PRESENTACIÓN

El Instituto de Investigaciones Jurídicas tiene referentes intelectuales ejemplares. Nuestros maestros y maestras han construido una comunidad en la que el trabajo de excelencia es guía para encarar los retos de un presente cambiante, desafiante y que abre una brecha hacia un futuro incierto pero convocante. Con esta obra queremos rendir homenaje a uno de esos grandes Maestros —así, con mayúsculas—, pilar y guía de nuestro Instituto: el Doctor Sergio García Ramírez.

Don Sergio, como le llamamos como muestra de afecto y admiración, es uno de los juristas más destacados de nuestro país y con un amplio reconocimiento a nivel internacional. Su impecable labor como investigador, que se caracteriza por su agudeza, rigor y honestidad intelectual, ha generado una amplia obra escrita, que abarca casi un centenar de libros de autoría única, así como decenas de libros como coautor, coordinador y editor, además de casi un millar de artículos publicados tanto en México como en otros países. La pluma brillante y clara del Doctor García Ramírez ha hecho invaluables aportes a la ciencia jurídica e impactado de manera importante para el fortalecimiento de la democracia y los derechos humanos, y con ello del Estado de derecho en nuestro país.

En el IIJ, Don Sergio es ejemplo de disciplina, de trabajo constante y riguroso, así como de sencillez, calidez humana y trato amable. Don Sergio es una guía y fuente de sabiduría para todas y todos los colegas, personas becarias y estudiantes que tocan a su puerta. Profesor de vocación, ha formado generaciones de juristas en este país.

Además de ser un destacado investigador y profesor de nuestra querida Universidad, su vocación de servicio a su país y a la región lo ha llevado a desempeñarse como servidor público y juez interamericano, lugares desde los que ha aportado mucho para la vigencia de los derechos humanos y del Estado de derecho. Así, su labor como servidor público, sus contribuciones como juez interamericano íntegro, su obra como académico brillante y sus enseñanzas como profesor inolvidable lo convierten en un jurista que ha trascendido a su época.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y El Colegio de Jalisco, como orgullosas casas académicas de tan ilustre jurista, así como el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, quieren rendirle este homenaje como muestra de un profundo reconocimiento y agradecimiento. No encontramos mejor manera de hacerlo que estudiar y analizar algunos de los muchos aportes que el Doctor Sergio García Ramírez ha realizado a la ciencia jurídica y al Estado de derecho.

Es así que esta obra se ha articulado en cuatro tomos a partir de las contribuciones que el Doctor Sergio García Ramírez ha realizado como servidor público, juez interamericano, investigador y maestro; por lo tanto, la obra aborda los siguientes temas: derecho penal, sistema interamericano de derechos humanos, derecho social y humanismo. En todos ellos, Don Sergio ha realizado aportes importantes que son estudiados y analizados por diversas y diversos especialistas: sus colegas, compañeras y compañeros, alumnas y alumnos, pero lo más importante, amigas y amigos todos de Don Sergio. A quienes agradecemos profundamente por sumarse de manera entusiasta a este sentido homenaje a nuestro querido Maestro.

Pedro SALAZAR UGARTE
*Director del IIJ-UNAM*

María Elisa FRANCO MARTÍN DEL CAMPO
*Investigadora en el IIJ-UNAM*

# SERGIO GARCÍA RAMÍREZ Y EL DERECHO PENITENCIARIO

Victoria ADATO GREEN

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Comentarios a las reformas constitucionales al artículo 18 de 1965, 1977, 2001, 2008 y 2011*. III. *Conclusiones*. IV. *Bibliografía*.

## I. NOTA INTRODUCTORIA

Sumarme al homenaje al doctor Sergio García Ramírez, es una distinción, por tratarse de un modelo de lo que debe ser un jurista y un gran amigo. Sergio García Ramírez, maestro de generaciones, académico, investigador, conferencista, autor de más de 100 obras jurídicas, autor y promotor de reformas constitucionales y legales del sistema penal, humanista, juez, servidor público, gran jurista, mexicano ejemplar.

Atención especial merece la vasta obra de García Ramírez, en diversos temas que se vinculan a las materias relativas a su quehacer en los distintos cargos que ha desempeñado en la administración pública, con responsabilidad, eficacia y probidad, su obra se caracteriza por la profundidad con la que aborda cada tema, que discurren en una magnífica prosa que se disfruta, que enriquece al especialista, que lo conduce a la reflexión; informa al investigador; ilustra al estudiante.

Se advierte su gran interés profesional por el derecho penitenciario, desde su juventud, sus dos tesis, una para obtener su título de Licenciado en Derecho: "Represión y tratamiento penitenciario de criminales", y la que presentó para obtener el grado de Doctor en Derecho: "El individuo ante la ejecución penitenciaria", le sucedieron la autoría de libros de la especialidad:

*Asistencia a reos liberados*, prólogo de Alfonso Quiroz Cuarón, México, Botas, 1966.

*El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, 1967.

*Manual de prisiones (La pena y la prisión),* México, Botas, 1970,

*Legislación penitenciaria y correccional comentada,* México, Cárdenas, editor y distribuidor, 1978.

*El final de Lecumberri (Reflexiones sobre la prisión)*, México, Porrúa, 1979.

*Reclusorio tipo*, con David Sánchez Torres *et al.*, México, Secretaría de Gobernación, 1976.

*Presos y prisiones. El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, con Laura Martínez Breña, México, Porrúa, 2014.

La obra del jurista García Ramírez en la especialidad de derecho penitenciario es de un gran valor como herramienta para adquirir conocimientos, sobre la materia, fundado en la doctrina, el derecho comparado y la experiencia obtenida en el cargo público, como director y fundador del Reclusorio del Estado de México (1966), del que García Ramírez comenta "durante el inicio y desarrollo del funcionamiento de esa prisión, residí en este en una habitación por tres años", refiere "fui el primer habitante de esa prisión".

Es insólita esta conducta de García Ramírez, basta una simple comparación con el proceder en general de los funcionarios públicos, que en el mejor de los casos se limitan a cumplir con los deberes inherentes al cargo, y en forma más frecuente el desempeñarse con apatía. El alto nivel de responsabilidad, la hondura, el rigor del análisis en la materia objeto de su trabajo, el humanismo, el trato afable, respetuoso, forman parte de su personalidad excepcional.

Al ocuparse del derecho de ejecución penal, también es congruente con su esencia: la generosidad. En su libro *La prisión*[1] afirma:

> En la realidad la preocupación y la ocupación penitenciarias son verdaderamente parcas. Si del Derecho Procesal Penal se dijo alguna vez que era la cenicienta del proceso, del penitenciario es menester decir, llegando a un extremo lamentablemente cierto, que es la cenicienta del Derecho.

[1] García Ramírez, Sergio, *La prisión*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 51 y 52.

> Solo ahí donde la tensión crece aumenta, paralelamente, el volumen de la regulación jurídica, dentro de un ritmo que ha de ser dócil a la fuerza de la presión; aquí, la indocilidad, el regateo, producirían el desequilibrio y, a la postre, una tentación revolucionaria. De este juego entre la tensión política y el desarrollo jurídico dan testimonio los órdenes particulares de las profesiones: ha sido el auge de los comerciantes, de los trabajadores, de los campesinos, la razón determinante del nacimiento y de la exuberante expansión de los Derechos mercantil, laboral y agrario. ¿Y cuál sería la fuerza humana real, la profesión, tras el Derecho penitenciario? No lo hay, por cierto, en esta rama jurídica, que es la vertiente del desembarazo.
>
> No podrían los reclusos arrancar las cartas declarativas a la administración pública. Se encuentran excluidos, por definición, del derecho a la presión y a la protesta. Lo que en otras hipótesis, las hipótesis de normalidad, forma parte del juego necesario y esperado, del juego legítimo e institucional, en la que ahora nos importa es cosa prohibida: la manifestación misma se haya descartada y el acto colectivo suele ser antirreglamentario cuando no desemboca, de plano, en el ilícito penal, por otra de sus instrumentos y sus consecuencias.
>
> Los mecanismos de gestión, sutiles en otros casos, cuando son empleados por grupos de presión, aquí resultan ser esquemáticos y mecánicos: de la inconformidad se pasa fácilmente a la huelga de hambre y al motín. El margen para las negociaciones es escaso. Opera, más bien, el enfrentamiento nudo de fuerzas. La incapacidad interna, la inhabilidad del recluso para ser su propio abogado, se asocia a ciertas formas de incapacidad externa o quizás mejor, de inhibición, cuando no de agresión deliberada. Así lo externo y lo interno componen un anillo que ahoga el desarrollo del penitenciarismo. Un difundido desdén social hacia el delincuente sentenciado torna impopulares las medidas que lo benefician: esta impopularidad frena la acción política y aún, a veces la orienta contra las medidas de progreso en la ejecución penal. No en balde es el preso el más pobre de los pobres.

Los párrafos anteriores nos revelan que García Ramírez se ha preocupado y ocupado por una rama del derecho que, no deslumbra, el de las personas privadas de libertad, que lo significa como penitenciarista, por lo que en su homenaje analizaré las reformas constitucionales más importantes que ha presentado el artículo 18, con el objeto de valorar si estas han evolucionado, o en su caso involucionado, acordes al humanismo y a la readaptación social.

## II. Comentarios a las reformas constitucionales al artículo 18 de 1965, 1977, 2001, 2008 y 2011

### 1. *Reforma de 1965*

Es la más importante y trascendente para el sistema penal mexicano, que le imprimió el carácter humanista al sistema de reclusión —preventiva, y de pena—. Toma como fuente las conclusiones de los Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente y las aportaciones del doctor García Ramírez.

#### A. *Cinco nuevos textos se introdujeron al artículo 18 de la Constitución*

*a)* La separación de los internos en sitios distintos: procesados de sentenciados y mujeres sentenciadas de los hombres.
*b)* El relativo al objeto de la prisión: la readaptación social.
*c)* La determinación de los medios para la readaptación social del sentenciado: además del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.
*d)* La posibilidad de que los gobiernos de los estados mediante convenio, trasladen a los sentenciados por delitos del orden común a centros dependientes del Ejecutivo Federal.
*e)* Obligación para la Federación y los gobiernos de los estados de establecer instituciones especiales para menores infractores.

El contenido normativo de la reforma de 1965, después de 48 años de vigencia del artículo 18, constituye un gran avance, con una orientación humanista.

##### *a*. Separación

La reforma en comento introduce el derecho fundamental de separación de procesados de los sentenciados. Tal vez, con el conocimiento de las conclusiones de la Organización de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en los congresos, específicamente en el I, celebrado en Ginebra en 1955, y el III Congreso sobre Prevención

del Delito y Tratamiento del Delincuente, y en Estocolmo en 1965, reuniones en las que se declaró en el I Congreso:[2]

> En el I Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento de los Delincuentes, realizado en Ginebra en 1955, se encareció la importancia que debe atribuirse a la instalación separada de los detenidos en prisión preventiva. Por desgracia son muy pocos los progresos que desde entonces se han hecho en ese sentido. La medida sigue siendo pues una de las primeras reformas que debe introducirse en muchos países. Pero la verdad es que en muchos países ni siquiera se ha conseguido todavía atender necesidades tan elementales como es la de separar a los detenidos en prisión preventiva de los sentenciados, a los adultos de los menores, incluso a las mujeres de los hombres.

En relación a la separación, en la exposición de motivos de la reforma,[3] se explican las razones que impulsaron a establecer la separación de las personas detenidas en un centro de reclusión:

> En muchas Entidades de la República aún no ha sido posible el cumplimiento integro del citado mandato constitucional por carecerse de los medios económicos necesarios para acondicionar y sostener debidamente prisiones o colonias penales.
>
> En no pocos casos se encuentran en un mismo establecimiento procesados y sentenciados, en perjuicio de los primeros que por no haberse comprobado su culpabilidad, tienen derecho a no convivir en prisión con quienes compurgan penas por sentencia judicial.
>
> Por la misma causa económica, es frecuente la carencia de una adecuada organización del trabajo sobre bases que de manera eficaz propicien la regeneración y readaptación social de los reos. Además, edificios originalmente construidos para otra función, fueron destinados a prisiones, resultandos inadecuados no solo para propiciar esa readaptación sino incluso para el buen control de los criminales peligrosos. Estos edificios generalmente se encuentran situados dentro del perímetro de las principales poblaciones, lo que permite al citado tipo de criminales continuar ejerciendo labor antisocial, merced al conocimiento del medio y a las relaciones delictuosas que conservan aún cuando se hallen privados de su libertad.

---

[2] García Ramírez Sergio, *Asistencia a reos liberados*, México, Botas, 1966, pp. 18 y 19.

[3] Exposición de Motivos de la Reforma al artículo 18 Constitucional, Cámara de Diputados. 2 de octubre de 1964.

Nos parece acertada la reforma considerando que los procesados sometidos a una medida cautelar tienen un régimen jurídico diferente, habida cuenta de que rige para ellos el principio de presunción de inocencia y no han sido sentenciados como responsables de la comisión de un delito; en el contenido de la reforma se olvidaron de incluir a las mujeres sometidas a prisión preventiva, en la separación. En suma, las razones expuestas de carácter económico invocadas hace 56 años, se encuentra vigente en la actualidad, y se incumple el mandato de la separación.

*b*. Objeto de la prisión

La finalidad de la pena de prisión que establece el Constituyente es la readaptación social del sentenciado, tema que se abordará con mayor amplitud más adelante. Sin embargo, no se debe dejar de reconocer que la pena, como lA considera García Ramírez,[4] tiene el carácter de retribución:

> La pena es evidentemente también retribución, y yo diría que, ante todo retribución por una consideración estrictamente lógica: es la consecuencia jurídica de un supuesto normativo, se hace algo y se espera otra cosa, y eso que se espera es la retribución. Dicho sencillamente, la pena ha sido y es retribución y el que lo sea también ha sido en alguna medida benéfico para la misma pena, porque nos permite esclarecer su cuantía: una pena excesiva no sirve bien a los objetivos de la retribución -una pena tiránica como una pena insuficiente no sirven bien a los objetivos lógicos de la retribución-, y por lo tanto conviene retener, rescatar la necesidad de que la pena sea también entre otras cosas, no como única cosa, no como única naturaleza, intimidación, disuasión, prevención general. Se trata de evitar que los demás delincan y para eso se castiga a quien ha delinquido, objetivo político y no muy justo por cierto, aunque si muy eficaz, porque se carga la mano al que hizo algo, no por lo que hizo, sino por lo que pudieran hacer los demás.

En la actualidad (2021), la impunidad que se presenta es de un 98 %, y ello es un obstáculo para la prevención del delito, y —la impunidad— produce un reforzamiento positivo para los autores en la comisión de de-

[4] García Ramírez, Sergio, *Orientación Actual de la Legislación Penitenciaria. Problemas actuales del sistema penitenciario*, Memoria de la V Reunión Nacional de directores generales de Prevención y Readaptación Social, Hermosillo, Sonora, México, 21, 22 y 23 de mayo de 1998, Secretaría de Gobernación, Gobierno del Estado de Sonora, pp. 39 y 40.

litos, en atención de que tienen la convicción de que no serán perseguidos por las autoridades competentes del Estado.

Estimo que significa un gran avance la reforma de 1965, en consideración de que la finalidad de la pena de prisión sea la readaptación social y que su objeto no se limite a la retribución, al castigo, si fuera así, sería eliminar del derecho de la norma fundamental del estado, toda consideración con sentido humanista.

García Ramírez[5] presenta una definición muy clara, a la que me adhiero, del concepto de readaptación social:

> Que readaptar es y no debiera pretender ser otra cosa que devolver el albedrío, devolver la capacidad que alguien tiene para decidir acerca del futuro de su conducta, remover los factores causales del delito, los resortes del crimen: aquello que determinó la criminalidad para colocar al sujeto en la posibilidad de elegir entre observar la ley y no hacerlo.
>
> Suponiendo que antes no tuvo esa posibilidad y que se vea de alguna manera empujado, impulsado o determinado a infringir la ley, cuando decimos remover los factores causales del delito hablamos de instruir a quien, careciendo de instrucción o más ampliamente de educación incurrió en un delito, acaso por esa carencia: aludimos a dar aptitud y competencia laboral a quien por carecer de ellas no pudo enfrentarse legítimamente a la existencia y así sucesivamente. Por eso digo que readaptar es sustituir el albedrío, pero no cancelar la oportunidad de elección del camino de la vida.

### *c. Medios para la readaptación social*

La reforma al artículo 18 de 1965 establece un significativo adelanto, al señalar los medios que deben emplearse para lograr la readaptación social del sentenciado, agregando al trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

Las estadísticas han revelado que gran parte de los sentenciados privados de la libertad, carecían de un trabajo de calidad, con justa remuneración que le permitiera resolver dignamente la satisfacción de sus necesidades y las de su familia por la falta o escasa educación, y con escasa o ninguna capacidad para la realización de algún trabajo. Por lo que es necesario cancelar, eliminar y reducir la mayoría de las causas que entre otras fueron determinantes de la conducta ilícita en que incurrió el sentenciado.

---

[5] *Idem*.

*d. Traslados de sentenciados del fuero común a Centro del Ejecutivo Federal*

La reforma en el párrafo tercero otorga la facultad a los gobernadores de los estados a celebrar convenios con la Federación de carácter general para que los sentenciados por delitos de orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal, con el fin de resolver, en ese tiempo, el problema de la falta de centros de ejecución de pena, para dar cumplimiento a la separación ordenada de sentenciados.

*e. Instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores*

En la Constitución, por vez primera se establecen las garantías para los menores infractores en el supuesto de haber realizado una conducta descrita en un tipo penal en su caso, se les aplicaría un tratamiento, en una institución especial, separada de los adultos con el carácter de tratamiento, lo que constituyó en su momento, un gran avance en la atención de los menores que realizaban una conducta prevista en el Código Penal.

*2. Reforma de 1977 (con el carácter de adición al artículo de la reforma de 1965)*

La reforma que se comenta es una adición al texto constitucional de 1965, para dar cumplimiento a los fines de la prisión —la readaptación social— al hacer posible mediante la celebración de tratados internacionales, aplicando el principio de reciprocidad, que el sentenciado en un país extranjero se traslade a México para compurgar su pena de prisión, con la posibilidad de que éste, tenga el contacto social que le permitan las leyes aplicables.

3. *Reforma 2001 (tiene el carácter de adición)*

Constituye una adición que permite la readaptación social del sentenciado a prisión, al permitir que éste compurgue su pena en los Centros Penitenciarios más cercanos a su domicilio, que facilita el contacto con su familia.

4. *Reforma de 2005*

La reforma de 2005 incorpora al texto del artículo 18, el sistema integral de justicia para menores de edad, determinando que:

1) Se aplica a los menores entre 12 años cumplidos y menores de 18, que realicen una conducta tipificada en el Código Penal como delito.
2) Que los menores son titulares de los derechos fundamentales que corresponden a todas las personas.
3) Que deben garantizarse además de los derechos específicos, en razón de ser personas en desarrollo.
4) Que en su caso, sólo serán sujetos a rehabilitación social.
5) Que únicamente se aplicarán medidas de orientación, protección y tratamiento.
6) Determina que las medidas serán proporcionales a la conducta realizada.
7) Precisa el fin de la medida: la reintegración social y familiar del adolescente.
8) El texto con detalle dispone que el internamiento, expresión que constituye un eufemismo, se aplicará por el tiempo más breve posible.
9) Se ordena que únicamente se aplicará el internamiento (prisión) a los mayores de 14 años.
10) Por conductas antisociales graves.

Dispone que el sistema integral de justicia para adolescentes será operado por personal especializado y que sólo se pueden aplicar medidas atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

El contenido de esta reforma establece una serie de derechos fundamentales, cuya titularidad corresponden a los menores de 18 años que concretan una conducta típica descrita en el Código Penal, y se le califica como "garantista", es decir, que en el procedimiento, se cumplan con el respeto de los derechos fundamentales que establece la Constitución. Sin embargo, el texto de la reforma no consideró que los menores en conflicto con la ley, personas en proceso de desarrollo, son en la mayoría de los casos, víctimas de una familia disfuncional, que sufren violencia, o adicciones, o simplemente inexistente, que no le proporcionó el afecto y la protección necesaria y en algunos casos frecuentes, no los alimentaron o los obligaron a trabajar, y no les dieron los medios necesarios para su formación educativa. También

es frecuente que sean víctimas de un sistema de educación deficiente y de un entorno social indiferente y agresivo, por lo que resulta evidente que el texto constitucional es el de un procedimiento para menores y adolescentes igual que para los adultos, empleando el término internamiento por prisión y "medidas" por penas y otros términos que son eufemismos.

Advertimos que el contenido normativo para menores dispone que los operadores del mismo sean personal especializado, sin ninguna precisión del tipo de especialidad. Por otra parte, esta disposición no se cumple y por tanto, se violan derechos humanos, que al ser reconocidos por la Constitución son derechos fundamentales, y puede constituir materia del amparo que soliciten los menores afectados.

## 5. *Reforma de 2008*

La reforma al artículo 18 de 2008 formó parte del gran cambio que se produjo en el sistema penal, al establecer en el contenido normativo constitucional (artículo 20) que dice: el "Proceso penal será acusatorio oral" (debiera denominarse procedimiento), regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Dicha reforma adoptó la teoría del derecho penal del acto; sin considerar la teoría del autor del delito, asimismo la reforma al artículo 21 constitucional que determinó el cambio de objeto de la pena de readaptación social, a reinserción social, al considerar los medios para ésta como "servicios" que voluntariamente el sentenciado elegirá en su plan de actividades carente este de obligatoriedad. Introdujo además la judicialización de la ejecución de las penas al determinar que "la imposición de las penas, su modificación y duración son propios y exclusivos de la autoridad judicial. Así en la reforma al artículo 21, en el párrafo 3o., dispone que: la imposición de las penas, su modificación y duración, son propias y exclusivas de la autoridad judicial. Esta porción normativa es un acierto, ya que corresponde a las atribuciones naturales y propias del órgano jurisdiccional toda materia relativa a la imposición, duración y modificación de las penas impuestas en forma legítima por el órgano jurisdiccional. A partir de la vigencia de las reformas de 2008, serán los jueces de ejecución los facultados para, en su caso, disponer la modificación de las penas.

Una reforma al artículo 20 que trascendió al artículo 18, al establecerse en aquél un "procedimiento especial" para las personas en los casos en que se les imputen hechos que constituyan delincuencia organizada. Reforma

inserta en la Constitución, un engendro, que dispone la cancelación de derechos humanos, invocando razones de seguridad, así, en el artículo 18 los contenidos normativos tanto para la prisión preventiva como para el cumplimiento de la pena en materia de delincuencia organizada ordenan un trato sin respeto a los derechos humanos, al disponer que: 1) se recluirán en centros especiales; 2) se podrá restringir sus comunicaciones con terceros, salvo el acceso a su defensor; 3) faculta para la imposición de medios de vigilancia especiales, a los internos en los centros, y sin precisión alguna de cuáles son esos casos específicos, se autoriza a someter a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad en términos de ley.

Estas tres reformas determinaron el contenido del artículo 18 que modifica el objeto de la prisión: la reinserción social del sentenciado y procurar que no vuelva a delinquir, y los medios que se emplearán son el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte.

En el propio artículo 18 se introduce a nivel de detalle el sistema integral de justicia para adolescentes entre doce años cumplidos y menores de 18 años.

## 6. *Reforma de 2011*

El artículo 18 incorpora en el texto del párrafo 3o.: que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, en congruencia con la reforma al artículo 1o. de la Constitución, que dispone la obligatoriedad del respeto a los derechos fundamentales de las personas, y en el caso específico de las sometidas a reclusión, sin embargo, es una realidad inobjetable que el mandato constitucional del artículo 1o. no se cumple y todas las autoridades involucradas en la operación del sistema penal, en el caso, respecto de las personas sometidas a la prisión preventiva y aquellas que cumplen una pena, tienen el derecho de promover un amparo por el incumplimiento de las autoridades que tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, en consecuencia de que al asumir el cargo, en su desempeño protestan "guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen" en cumplimiento del artículo 128 de la norma suprema.

## III. Conclusiones

La reforma constitucional de 2008, específicamente la que se contiene en el artículo 20 constitucional, que estableció el nuevo proceso acusatorio y oral (debiera decir procedimiento) impactó a todo el sistema penal, incluyendo el artículo 18, y la vigencia de una Ley Nacional de Ejecución Penal (junio de 2016), que tiene como base la teoría del acto, se advierte que la Constitución al establecer en relación al sistema penitenciario, que éste se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud, el deporte, como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, claramente contiene una filosofía subyacente de carácter humanista consistente en considerar al sistema penitenciario con un objetivo de reinserción social, lo que supone una concepción del derecho penal, no solamente del acto, sino también del autor y sus circunstancias, en la que el ser humano es el centro de atención y de protección de la norma fundamental.

## IV. Bibliografía

Exposición de Motivos de la Reforma al Artículo 18 Constitucional, Cámara de Diputados, 2 de octubre de 1964.

García Ramírez, Sergio, *Asistencia a reos liberados*, México, Botas, 1966.

García Ramírez, Sergio, *La prisión*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975.

García Ramírez, Sergio, *Orientación Actual de la Legislación Penitenciaria. Problemas actuales del Sistema Penitenciario Mexicano. Memoria de la V Reunión Nacional de Directores Generales de Prevención y Readaptación Social*, Hermosillo, Sonora, México, 21, 22 y 23 de mayo de 1998, Secretaría de Gobernación, Gobierno del Estado de Sonora.

# EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL

Jesús Anlén Alemán*

Sumario: I. *Presentación*. II. *Introducción*. III. *El derecho administrativo y su relación con el derecho penal*. IV. *El procedimiento administrativo sancionador*. V. *La tipicidad en el derecho administrativo sancionador*. VI. *El principio de culpabilidad*. VII. *Sistemas anticorrupción*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

## I. Presentación

Escribir sobre el doctor Sergio García Ramírez es hacerlo de la historia viva de México, autor destacado de más de cincuenta libros y numerosos artículos de revistas, de investigación, docencia y divulgación, publicados en México y en el extranjero.

Ha sido un brillante juzgador y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consejero electoral en el Instituto Federal Electoral y un destacadísimo investigador.

Don Sergio es de esas personas que desde que lo conoces no puedes dejar de apreciar y admirar no sólo por sus méritos como jurista y funcionario público, también por su comportamiento humano y ético.

El doctor García Ramírez es una persona entrañable para mí, por lo que resaltar sus méritos resulta sumamente sencillo, sobresaliente abogado y servidor público, exitoso en cada labor de gestión encomendada, gracias a su capacidad de liderazgo y sus cualidades políticas y humanas combinadas, unido a una voluntad de servicio y energía sin descanso para el trabajo.

Sin duda hay numerosas anécdotas en lo laboral y personal, pero creo importante destacar la persona que yo descubrí como ser humano excepcio-

* Doctor en Derecho. Magistrado de la Sala Superior del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, donde a partir del 7 de enero de 2020 funge como presidente.

nal en sus valores, sentimientos, lealtad, y comprensión del otro y la autoridad que emana de su sola presencia.

Lo que menciono probablemente no debe extrañar a nadie de las muchísimas personas que conocen al doctor García Ramírez por su trayectoria. Un líder natural, donde destaca su forma de ser y hacer todos los días, y en su promoción y respeto hacia los demás.

## II. Introducción

La evolución del derecho administrativo como una disciplina jurídica en México ha enfrentado acontecimientos históricos y jurídicos los cuales han incidido en la concepción que los ciudadanos tenemos con relación a las facultades de la administración pública para conservar el orden público y proteger los intereses de la colectividad.

Uno de los desarrollos más importantes de esta era, sin duda fue la consagración de los derechos fundamentales como instrumento de protección de los ciudadanos en el marco de los procedimientos jurisdiccionales tanto penales como administrativos. Por ello, el debido proceso se erigió en una de las garantías procesales fundamentales que gobiernan las actuaciones de las personas ante los jueces y la administración pública.

El derecho administrativo, se ha transformado a la par de la evolución del Estado, por lo que el derecho sancionador en algunas circunstancias se enmarca en el ámbito del derecho penal y en otras en el del derecho administrativo sancionatorio.

## III. El derecho administrativo y su relación con el derecho penal

La doctrina judicial ha centrado el análisis del derecho administrativo sancionador a partir de sus similitudes con el derecho penal, como expresiones de la facultad sancionadora del Estado conocida como el *ius puniendi*.

Si bien es cierto que comparten naturaleza, se debe considerar que el objeto de tutela es distinto, la comparación no radica en el origen punitivo de la actividad penal y disciplinaria sino en la protección de los particulares y sus derechos procesales.

El estudio de las infracciones administrativas y su relación con el derecho penal ha planteado siempre una discusión en torno a la naturaleza y elementos que permitirían distinguirlas de los delitos.

Este tema se ha vuelto más relevante aún a partir de los principios y mandatos constitucionales, que reservan a la competencia de los tribunales de justicia el conocimiento y resolución de aquellas medidas represivas que puede adoptar el Estado frente a los particulares y que necesariamente implican una limitación y/o restricción de derechos fundamentales.

Se sabe que la potestad sancionadora de la Administración, como ya referimos, es una manifestación del *ius puniendi estatal*. Para ejercer esta facultad, la Administración requiere de la tipificación legal de las infracciones y de los ilícitos administrativos, que son distintos ontológicamente de los ilícitos y las sanciones de naturaleza penal, no obstante, en ambos casos el ilícito administrativo requiere del principio de tipificación para establecer la sanción administrativa impuesta por un órgano diferente del Poder Judicial, en este caso por la Administración o los tribunales de Justicia Administrativa, pero no es una sanción susceptible de ser aplicada por tribunales penales, pues en este caso estaríamos frente a un delito especial u ordinario y no estaríamos frente al poder sancionador de la administración pública.

Derivado del crecimiento exponencial de las facultades punitivas de la Administración, que encuentra su fundamento en una realidad más compleja producto de cambios sociales cada vez más acelerados, da como resultado un tema complicado para analizar.

Si bien es cierto que uno de los principios constitucionales involucra la atribución exclusiva del ejercicio de la potestad punitiva a los órganos jurisdiccionales, también lo es que la administración pública cuenta con facultades represivas expresas dirigidas a combatir conductas ilícitas que se encuentran excluidas del ámbito de competencia de los órganos jurisdiccionales penales.

La facultad sancionadora atribuida a la administración pública encuentra sustento en la autotutela administrativa, y, a su vez, en un imperativo de coerción asignado por ley para garantizar el cumplimiento de obligaciones que integran el ordenamiento jurídico administrativo y castigar su contravención, de ser el caso.

*Goldschmidt y la teoría del derecho penal administrativo*

El concepto de derecho penal administrativo está estrechamente ligado a la figura de James Goldschmidt,[1] este autor destaca los deberes que tiene el hombre como miembro de una comunidad, lo cual le impone deberes en la prevención de peligros y en la promoción del bienestar, materias que están a cargo de la Administración.

Estos se distinguen de aquellos que le corresponden al particular como individuo, en donde se manifiesta su libertad o poder-querer (orden jurídico) y cuya infracción es sancionada por el derecho penal judicial.

Para Goldsmith es posible distinguirlos en el marco de un orden jurídico, que supone la libertad de la persona, y los que emanan de la Administración, que supone la pertenencia a una comunidad y, por tanto, el deber de asegurar su buen orden. En el primer caso, el fin del derecho es "proteger las esferas humanas de voluntad" y en el segundo la "promoción del bien público y estatal".

Esta separación lo lleva a establecer diferencias entre una y otra infracción, así como las consecuencias jurídicas que derivan de aquellas y explicar la separación que existe entre justicia y Administración.

El derecho penal y el derecho administrativo sancionador viven separados, son espacios de actuación coordinada en el marco de una política que el Estado implementa para cumplir su función constitucional de reprimir conductas sujetas a determinados límites constitucionales, en donde la proporcionalidad se transforma en un elemento esencial.

Las infracciones y sanciones administrativas han planteado una serie de problemas, cuya discusión todavía no encuentra una respuesta tal que permita explicar su naturaleza jurídica, los fundamentos constitucionales que permiten sostener la existencia de este poder punitivo en manos de la Administración y el alcance y contenido de los principios a los cuales se encontraría sometida en sus aspectos sustantivos y procedimentales.

Aunque resulta evidente la estrecha cercanía que tienen las infracciones administrativas con el derecho penal ya sea que exista una identidad real o no entre las penas y las sanciones administrativas, la conclusión a la que arriban algunos tratadistas es que deben implementarse mecanismos para dotar de mayores garantías a los particulares frente al ejercicio del poder punitivo entregado a la Administración del Estado, pues desde el punto

[1] Goldschmidt, James, *Problemas jurídicos y políticos del procesal penal*, Barcelona, Bosch, 1935, p. 1935.

de vista del derecho positivo, las sanciones administrativas no están sometidas al régimen de las penas que el legislador pueda tener límites para su establecimiento.

El derecho administrativo sancionador puede utilizar técnicas en las que el derecho penal ha probado su eficacia. Se debe buscar que el derecho administrativo sancionador no tenga la represión como única alternativa y que el régimen de infracciones sea consecuente para la defensa de los derechos individuales, intereses públicos e intereses generales.

Por lo que respecta a nuestro país, el modelo que ha adoptado México de combate a la corrupción incorpora a los particulares a un régimen sancionador único junto con los servidores públicos. Bajo este sistema, las relaciones especiales de sujeción, que tradicionalmente han explicado las peculiaridades del derecho de la función pública, dan una cobertura parcial.

Está claro que la inclusión de los particulares en la Ley General de Responsabilidades Administrativas no puede comportar, o justificar la anulación de derechos o garantías, ya que los particulares por lo que respecta al principio de legalidad en su única limitante es lo que les está prohibido.

## IV. El procedimiento administrativo sancionador

El procedimiento administrativo sancionador es el utilizado por las administraciones públicas para ejercer su potestad sancionadora. Las infracciones producidas entre los ciudadanos y las administraciones públicas tienen su propia penalización. Este procedimiento incluye una serie de actos basados en principios que tienden a garantizar los derechos de los administrados.

De acuerdo con el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, el derecho administrativo sancionador puede entenderse como: "Sistema represivo o de castigo que el ordenamiento jurídico encomienda a la Administración y que forma parte, junto al derecho penal, del «iuspuniendi» del Estado. Castiga con sanciones administrativas los ilícitos menos graves".

De lo anterior se desprende que dicho sistema cuenta con un procedimiento que constituye, además, una garantía esencial y el cauce a través del cual los administrados, a quienes se les imputa la comisión de una infracción, hacen valer sus derechos fundamentales frente a la administración pública.

El procedimiento sancionador garantiza que la actuación de la administración se lleve a cabo de una manera ordenada y orientada a la consecución de un fin y respetando un mínimo de garantías para el administrado.

Presenta una doble dimensión, por una parte, es el mecanismo idóneo que tiene la administración pública para lograr su finalidad pública, y por otra, constituye el camino mediante el cual se ofrecen al particular las garantías necesarias para el respeto de sus derechos fundamentales.

## V. La tipicidad en el derecho administrativo sancionador

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, al resolver el amparo en revisión 1121/2016[2] estableció que

> El principio de tipicidad significa fundamentalmente que los caracteres esenciales de la conducta y la forma, contenido y alcance de la infracción estén consignados de manera expresa en la ley, de tal manera que no quede margen para la arbitrariedad de las autoridades encargadas de su aplicación. Esto, por lo demás, es consecuencia del principio de legalidad reconocido por el artículo 14 de la Ley Fundamental, conforme al cual, ningún órgano del Estado puede realizar actos que no estén previstos y autorizados por disposición general anterior. Lo contrario, es decir, la arbitrariedad en la imposición de sanciones, por imprevisibilidad de la infracción que no tenga un claro apoyo legal, debe considerarse absolutamente proscrita en el régimen constitucional mexicano, sea cual fuere el pretexto con que pretenda justificársele.

De lo anterior se desprende entonces que la tipicidad administrativa es la descripción legal de una conducta específica que traerá aparejada una sanción, es decir, en el procedimiento administrativo disciplinario una conducta deberá encuadrarse y vincularse con el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 8o. de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas.

Lo anterior puede resultar una contradicción por el sentido de incumplir con una obligación, pero entenderemos mejor dicha idea si enfatizamos que en el caso del derecho penal la acción u omisión se adecua al tipo, para el caso disciplinario la conducta u omisión se adecua a dejar de cumplir con las obligaciones legales de todo servidor público.

---

[2] Amparo en Revisión 1121/2016. Televisión Azteca, S.A. de C.V., 25 de octubre de 2017. Cinco Votos de los Ministros Pérez Dayán Alberto; Laynez Potisek, Javier; Franco González Salas, José Fernando; Luna Ramos, Margarita Beatriz; y, Medina Mora I., Eduardo, votó en contra de algunas consideraciones y en contra de los efectos propuestos, Luna Ramos, Margarita Beatriz, Ponente: Laynez Potisek, Javier, Secretario: Araiza Arreygue, Carlos Alberto.

El principio de tipicidad dota de seguridad jurídica a la imputación del delito o la infracción de manera que no pueda arbitrariamente establecerse un caso especial a un presunto responsable. Este principio se relaciona con el principio de taxatividad que se traduce en la delimitación exhaustiva y precisa de los contenidos de las conductas que castiga tanto el derecho penal, como el derecho disciplinario. Este principio es de vital importancia para la seguridad del servidor público y por ello es uno de los más factibles de perfección a efecto de tomar del derecho penal características para acrecentar su eficacia.

Para algunos tratadistas como Carlos A. Morales Paulín[3] el estado actual de la tipicidad administrativa ha traído como consecuencia una amplísima discrecionalidad de la autoridad disciplinaria por cuanto hace a la imposición de sanciones, de tal suerte que en la administración pública han correspondido sanciones diferentes a conductas y circunstancias idénticas de los infractores.

De modo tal como lo expresa Rivera Temprano,[4] "sería deseable que la descripción precisa y autónoma, lo que resulta poco menos que imposible en el campo del Derecho Administrativo Sancionador".

## VI. El principio de culpabilidad

Al resolver el amparo referido en el apartado anterior, la Suprema Corte también estableció el concepto de culpabilidad como "la responsabilidad personal del sujeto infractor, elemento que es condicionante para la aplicación de la sanción, cuyo principio es la existencia del dolo o la culpa".

De acuerdo con este concepto establecido por el máximo tribunal de la Nación, la culpabilidad sería el reproche que se hace al autor(a) por acto (acción u omisión) de un hecho típico y antijurídico. La culpabilidad hace que se valore a la condición subjetiva de parte del autor del acto no lícito, por lo cual se deja de lado la responsabilidad objetiva mediante el derecho administrativo sancionador.

En ese sentido, "la culpabilidad sería la reconvención que se dirige a una persona porque debió actuar de modo distinto a como lo hizo, para lo cual debió tener la posibilidad de actuar de otro modo".

---

[3] Morales Paulin, Carlos A., *Derecho Burocrático*, México, Porrúa, 1995, p. 434.

[4] Rivera Temprano, Ezequías, *Estudio de la L.R.J. de las administraciones públicas y del procedimiento común II*, Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 149.

La incorporación del principio de culpabilidad en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador constituye una de las grandes novedades, pues antes de ello, la Ley del Procedimiento Administrativo General, establecía una responsabilidad preferentemente objetiva que solo exigía la culpabilidad entendida como principio de personalidad de las infracciones y de responsabilidad por el hecho, no era necesario acreditar el dolo o la culpa como requisito para aplicar.

La doctrina señala que la exigencia de culpabilidad involucra la presencia de dolo o cuando menos culpa para poder sancionar una conducta ilícita, excluyendo cualquier sanción de carácter objetivo.

La culpabilidad como elemento de conciencia de realizar un acto y la exigencia por su comisión es un elemento esencial sin el cual no puede haber sanción, pero pueden darse una serie de causas concretas, aunque no bien definidas en la normativa, para que se excluya la responsabilidad.

En la práctica, será la prueba el elemento fáctico y elemental que determinará sobre la responsabilidad de la infracción cometida los organismos de control son los encargados de la custodia de la prueba, debiendo actuar siempre bajo el principio de legalidad, pero sin duda, el que tendrá que probar su inocencia o su grado de responsabilidad será el supuesto responsable, quien en definitiva tendrá la carga de probar siempre.

## VII. Sistemas anticorrupción

La corrupción es un fenómeno universal. No existe ningún Estado que no haya enfrentado problemas de corrupción al menos en algún nivel; supone que aquellos que confiamos para que ejerzan el poder en beneficio de la colectividad, lo utilicen para su propio provecho.

El Sistema Nacional Anticorrupción y la creación de los sistemas locales son sin duda la consolidación de este esfuerzo de las y los mexicanos. La justicia administrativa comienza a utilizarse verdaderamente, como un medio de defensa de los ciudadanos ante actos irregulares o ilegales de la autoridad.

Así, actualmente la jurisdicción administrativa se concibe como la guardiana del derecho al buen gobierno o a la buena administración. A partir de la entrada en vigor del Sistema Nacional Anticorrupción y los sistemas locales, la justicia administrativa tomó un nuevo sendero, concretamente refiriéndonos a la materia de responsabilidades de servidores públicos, en el que los tribunales de la materia cristalizamos la evolución del derecho administrativo sancionador.

1. *Sistema local anticorrupción*

Los sistemas anticorrupción de las entidades federativas se conforman de acuerdo con las leyes generales que resulten aplicables, las Constituciones y leyes locales. Tienen por objeto coordinar a las autoridades locales competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción.

En el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde se genera la obligación de las entidades federativas para contar con:

— Sistemas locales anticorrupción.
— Órganos equivalentes a los del Sistema Nacional Anticorrupción.

Los cuales tendrán las mismas funciones y facultades que aquéllos, pero en el ámbito de su competencia.

El artículo 7o. de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción regula la composición del Sistema mencionado, a saber:

> Artículo 7. El Sistema Nacional se integra por:
> I. Los integrantes del Comité Coordinador,
> II. El Comité de Participación Ciudadana;
> III. El Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización y
> IV. Los Sistemas Locales, quienes concurrirán a través de sus representantes.

El artículo 36 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción crea las "bases" para diseñar el Sistema Local Anticorrupción el cual dispone que:

> Artículo 36. Las leyes de las entidades federativas desarrollarán la integración, atribuciones, funcionamiento de los Sistemas Locales atendiendo a las siguientes bases:
> I. Deberán contar con una integración y atribuciones equivalentes a los que esta Ley otorga al Sistema Nacional,
> II. Tendrán acceso a la información pública necesaria, adecuada y oportuna para el mejor desempeño de sus funciones,
> III. Las recomendaciones, políticas públicas e informes que emita deberá tener respuesta de los sujetos públicos a quienes se dirija,
> IV. Deberá contar con las atribuciones y procedimientos adecuados para dar seguimiento a las recomendaciones, informes y políticas que emitan.

V. Rendirán un informe público a los titulares de los poderes que den cuenta de las acciones anticorrupción, los riesgos identificados, los costos potenciales generados y los resultados de sus recomendaciones. Para este efecto deberán seguir las metodologías que emita el Sistema Nacional.

VI. La presidencia de la instancia de coordinación del Sistema Local deberá corresponder al Consejo de Participación Ciudadana y

VII. Los integrantes de los consejos de participación ciudadana de las entidades federativas deberán reunir como mínimo los requisitos previstos en esta Ley y ser designados mediante un procedimiento análogo al previsto para el Consejo de Participación Ciudadana.

De lo anterior se desprenden tres elementos esenciales que se consideraron para la creación del sistema local anticorrupción:

*Primero*. Las legislaturas locales contaron con la facultad para crear las leyes que establecieron la integración, atribuciones y funcionamiento de los órganos que formarán el Sistema Local Anticorrupción.

*Segundo*. La integración y las atribuciones son equivalentes a las que se establecen para los órganos del Sistema Nacional Anticorrupción.

*Tercero*. La presidencia ciudadana del órgano colegiado al frente del Sistema Local Anticorrupción es un aspecto fundamental de la integración, porque además lo representa ante el Sistema Nacional Anticorrupción.

Los primeros dos elementos implican que los sistemas locales anticorrupción deben ser homogéneos en su integración y congruentes en sus funciones.

La integración del Sistema considera los siguientes aspectos:

*a)* Las atribuciones y funciones de cada órgano en lo particular y en su incorporación al Sistema Local Anticorrupción.
*b)* La colaboración y cooperación entre los distintos órganos para potenciar las atribuciones de los órganos colegiados que rigen el Sistema Local Anticorrupción.
*c)* La relación del Sistema Local Anticorrupción con el Sistema Nacional Anticorrupción y sus obligaciones de coordinación y cooperación.
*d)* Los perfiles de los titulares de los órganos, los procesos de nombramiento y remoción y sus responsabilidades en el ejercicio de sus cargos.
*e)* El establecimiento de las medidas de independencia y autonomía necesarias para el debido ejercicio de sus funciones y facultades.

A. *Estructura de los sistemas locales anticorrupción*

En primer lugar, encontramos al Comité de Participación Ciudadana Local, que es el órgano rector del Sistema Local y el canal de interacción entre la sociedad civil y las instituciones de gobierno, el cual tiene dentro de sus facultades las de:

— Proponer políticas anticorrupción.
— Metodologías e indicadores de evaluación a nivel local.
— Vigilar el funcionamiento del Sistema.

Es por ello, que el Comité de Participación Ciudadana debe trabajar en conjunto con el Comité Coordinador y el secretario técnico para la integración del componente ciudadano en conformación de los informes, recomendaciones y políticas públicas que se consideren necesarias para el funcionamiento del Sistema.

Los nombramientos de los miembros de este Comité de Participación Ciudadana Local serán escalonados, salvo este primer nombramiento donde tendremos integrantes que van desde uno hasta cinco años. A partir de la primera sustitución, cada miembro durará cinco años en el cargo.

El presidente del Comité durará un año como tal. La Presidencia o Representación será rotativa entre los miembros del Comité de Participación Ciudadana. Este Comité estará integrado por cinco ciudadanos de prestigio que hayan contribuido a la transparencia, rendición de cuentas o combate a la corrupción. Es importante mencionar que los integrantes del Comité de Participación Ciudadana Local solo podrán ser removidos por causas que constituyan faltas administrativas graves.

Las funciones que tendrán encomendadas son:

1) Desarrollar canales adecuados de comunicación y coordinación entre los miembros del Comité.
2) Crear las normas de carácter interno que distribuyan las cargas de trabajo y rijan su funcionamiento.
3) Elaborar un programa anual de actividades detallado y pormenorizado que deje claras las prioridades de corto, mediano y largo plazo del órgano.

4) Elaborar el perfil y el mecanismo de selección para candidatos a secretario técnico para después proponer una terna al Comité Coordinador.
5) Desarrollar las redes con la sociedad civil para que ésta sea un actor permanente en la lucha contra la corrupción.

El segundo órgano que conforma el Sistema es el Comité Coordinador del Sistema Local Anticorrupción que constituye el núcleo del Sistema Local Anticorrupción. Su función principal es establecer mecanismos eficientes de coordinación y colaboración entre las instancias que forman parte del Sistema.

La trascendencia de este órgano recae en la posibilidad de encauzar las diferentes funciones y facultades de sus siete miembros hacia la misión común de combatir la corrupción. La estructura horizontal del Comité Coordinador permite que se integren todos los componentes que el Sistema requiere para su debido funcionamiento.

Y las funciones del Comité son:

1) Instalarse como órgano rector del Sistema Local Anticorrupción, crear un programa anual de trabajo y establecer bases y principios para la efectiva coordinación de sus integrantes.
2) Diseñar, aprobar y promover la política estatal anticorrupción, estableciendo los mecanismos de coordinación y colaboración con el Sistema Nacional Anticorrupción.
3) Establecer las herramientas e indicadores adecuados para la evaluación periódica de la política anticorrupción.
4) Establecer todos los convenios, alianzas y programas de colaboración necesarios para allegarse de toda la información que requiera en su labor.
5) Determinar los mecanismos, bases y principios para la coordinación con las autoridades de fiscalización, control y de prevención y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, en especial sobre las causas que generan.

Por su parte, los tribunales de justicia administrativa locales, como tercer eje de este Sistema, son los órganos jurisdiccionales encargados de:

— Dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública local, municipal y los particulares.

— Imponer, en los términos que disponga la ley, las sanciones a los servidores públicos locales y municipales por responsabilidad administrativa grave, y a los particulares que incurran en los actos vinculados con faltas administrativas graves.
— Fincar a los responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda pública estatal o al patrimonio de los entes públicos locales o municipales.

Otro de los pilares de este Sistema Local es la Fiscalía Especializada en Materia de Combate a la Corrupción.

La cual es una unidad administrativa que tiene por objeto la investigación y persecución de los delitos relacionados con hechos de corrupción, así como cualquier otro delito cometido por un servidor público en el desempeño de un empleo, cargo o comisión público.

Las funciones que desempeña esta Fiscalía Especializada son:

1) Diseñar los perfiles básicos y después nombrar a los titulares de las unidades administrativas de la Fiscalía Especializada que cumplan con los perfiles, tengan la capacidad técnica y cuenten con los niveles de confianza adecuados.
2) Diseñar un sistema propio de control de confianza que le permita asegurarse de que cuenta con los agentes del Ministerio Público y policías de investigación de mando directo apropiados para sus funciones.
3) Participar en la elaboración de los programas teórico-prácticos para los agentes del Ministerio Público adscritos a la Fiscalía Especializada.
4) Diseñar e implementar estrategias, herramientas y líneas de acción para combatir los hechos que la ley considera como delitos en materia de corrupción. Esto incluye la labor de inteligencia y su desarrollo.
5) Implementar planes y programas destinados a detectar la comisión de delitos en materia de corrupción.

El quinto eje fundamental en este Sistema Local Anticorrupción es la fiscalización, la cual se va a realizar a través de la entidad estatal de fiscalización.

Órgano con autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones y para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones, en los términos que dispongan sus leyes.

Sus funciones son:

1) Rediseñar el concepto de auditoría pública para convertirla en una verdadera herramienta de vigilancia y control.
2) Entablar convenios de colaboración con los entes públicos, a fin de que éstos y sus servidores públicos faciliten los auxilios que requieran las entidades estatales de fiscalización para el ejercicio de sus funciones.
3) Establecer nuevos criterios para que sus recomendaciones, solicitudes de aclaración, pliegos de observaciones, promociones de responsabilidad administrativa sancionadora, informes de presunta responsabilidad administrativa, denuncias de hechos y denuncias de juicio político o equivalentes generen valor agregado, sean eficaces y, por lo tanto, modifiquen comportamientos en el servicio público.
4) Priorizar la verificación de obras, bienes adquiridos y servicios contratados por las entidades fiscalizadas para comprobar si los recursos de las inversiones y los gastos autorizados a las entidades fiscalizadas se ejercieron en los términos de las disposiciones aplicables.
5) Diseñar y habilitar canales permanentes de acceso a toda la información y documentación necesaria para llevar a cabo la auditoría correspondiente.

El sexto pilar son los órganos internos de control o también conocidos como contralorías locales.

B. *Puntos relevantes del sistema local anticorrupción*

1) La creación de dos leyes secundarias: Ley del Sistema Local Anticorrupción y la Ley de Responsabilidades Administrativas local.
2) La obligación de los servidores públicos locales para presentar su declaración de intereses con independencia a la declaración patrimonial y fiscal.
3) La prescripción de sanciones administrativas graves se amplía de 3 a 7 años.
4) Las entidades estatales de fiscalización podrán realizar auditorías en tiempo real, en el mismo año en el que se hayan ejercido los recursos.

5) El surgimiento de tribunales de justicia administrativa locales, con facultades para sancionar a los particulares y a los servidores públicos locales por faltas administrativas graves.
6) Se podrá fincar responsabilidad a los servidores públicos locales y a los particulares que participen en actos vinculados a dichas responsabilidades.
7) La creación del Comité Coordinador entre las diversas instancias.
8) La creación de un Comité de Participación Ciudadana integrado por 5 ciudadanos.

## VIII. Conclusiones

- Tanto el derecho penal como la administración pública tienen un común denominador: ambas materias se incluyen en el ámbito del derecho público.
- Que si bien existe un ámbito de actuación que sólo es inherente al derecho penal, en donde la administración no tiene cabida y a *contrario sensu* el derecho administrativo sancionador también goza de su propio espacio competencial.
- No obstante, para que tanto los sistemas nacional y locales anticorrupción se consoliden es importante no obviar el hecho de que estas dos áreas del derecho público son complementarias y no excluyentes.
- Lo que implica que tanto el derecho penal como el derecho administrativo deben operar de manera coordinada en el marco de una política sancionadora que el Estado puede implementar para cumplir su función constitucional.

## IX. Bibliografía

Aróstica, I., "Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal", *Revista de Derecho*, núm. 182, 1987.

Boettiger Philipps, C., "El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 20, julio de 2009.

Camacho Cepeda, G., "La legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora", *Revista de Derecho Público*, vol. 69, núm. 2, 2007.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *El derecho disciplinario de la función pública*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás, *Curso de Derecho administrativo*, t. I, 15a. ed., Madrid, Civitas.

GOLDSCHMIDT, James, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal,* Barcelona, Bosch, 1935.

*Guía de Implementación para los sistemas Locales Anticorrupción*, Transparencia Mexicana-Instituto Mexicano de Competitividad A.C.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, "Límites constitucionales de la autotutela administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 115, enero-abril de 1998

MORALES PAULIN, Carlos A., *Derecho Burocrático*, México, Porrúa, 1995

RIVERA TEMPRANO, Ezequías, *Estudio de la L.R.J. de las administraciones públicas y del procedimiento común II*, Consejo General del Poder Judicial, 1994

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

# EL SISTEMA PENITENCIARIO EN MÉXICO

Elena AZAOLA GARRIDO*

*A mi querido Sergio, maestro y amigo*

SUMARIO: I. *Mi reconocimiento*. II. *El marco normativo del sistema penitenciario*. III. *Los principios*. IV. *El contexto internacional*. V. *Problemática de las prisiones en América Latina*. VI. *El sistema penitenciario en México*. VII. *Algunos de los problemas principales*. VIII. *Centros con participación de la iniciativa privada*. IX. *El régimen de segregación y la "muerte social"*. X. *El personal penitenciario*. XI. *Conclusiones y recomendaciones*. XII. *Bibliografía*.

## I. MI RECONOCIMIENTO

Era el año 1975 y, recién egresada de la carrera de Antropología Social, tuve la suerte de entrar a colaborar con Luisa María Leal, la primera secretaria general del Consejo Nacional de Población, quien fuera una mujer talentosa y comprometida que, lamentablemente, perdió la vida poco tiempo después. Mientras trabajaba en Conapo, un día Luisa María me dijo que a ella y al doctor Sergio García Ramírez, entonces subsecretario de gobernación, les interesaría que se elaborara un estudio que pudiera mostrar de qué manera las grandes concentraciones de población, como las que tienen lugar en las unidades habitacionales, podrían dar lugar a una mayor incidencia de conductas antisociales. Fue así que me envió para que platicara sobre el estudio con el doctor García Ramírez quien, desde el primer momento, me recibió con la gentileza que lo caracteriza. Después de que, al año siguiente,

* Antropóloga y psicoanalista, profesora-investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, *eazaola@ciesas.edu.mx*.

concluimos el estudio "Conducta Antisocial en una Unidad Habitacional", el doctor García Ramírez me invitó a colaborar en el recién inaugurado Instituto Nacional de Ciencias Penales. Hay dos cosas que nunca olvidaré de ese momento. La primera, el orgullo que él mostraba por haber logrado poner en libertad a los últimos presos políticos que había en aquel momento y, la segunda, su advertencia de que, si me inclinaba por el estudio de las instituciones penitenciarias, éste sería una especie de "virus" del que no habría manera de ser inoculada; y ¡así fue!

No es sólo por esto que siempre estaré agradecida con Sergio, sino porque, sin ser de manera formal mi maestro, invariablemente compartió de manera generosa sus vastos conocimientos conmigo y, más tarde y hasta la fecha, su amistad, la que continúo guardando como un tesoro. Muchas gracias, Sergio.

## II. El marco normativo del sistema penitenciario

México cuenta con un sólido marco normativo nacional que regula la ejecución penal además de que ha ratificado diversos tratados internacionales que, a partir de la reforma constitucional de 2011, son también parte de nuestras leyes. Este conjunto de normas establece los principios y procedimientos que deben regular la vida de las personas que se encuentran privadas de su libertad.[1] Sin embargo, no es difícil constatar que la gran mayoría de nuestros establecimientos penitenciarios están lejos de haber logrado poner en práctica los principios y obligaciones establecidos en este marco legal.

De manera muy breve, me referiré en la primera parte de este trabajo al conjunto de principios que deben normar al sistema penitenciario nacional a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011. En la segunda parte me detendré con mayor detalle en la situación que, más allá de los principios, prevalece al interior de las prisiones mexicanas.

---

[1] A nivel nacional, las normas básicas que regulan la ejecución penal son la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Nacional de Ejecución Penal. Entre los tratados internacionales se encuentran: Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos (Reglas Nelson Mandela), aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 2015, *http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/175* así como las Reglas de Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok), emitidas por la Asamblea General en marzo de 2011, *http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/65_229_Spanish.pdf.*

## III. Los principios

Se ha dicho, y con razón, que la reforma constitucional de 2011 en derechos humanos es la más importante que ha tenido lugar desde que la Constitución fuera promulgada en 1917. También se ha señalado que dicha reforma implicó un cambio de paradigma en cuanto a la tutela de los derechos de los gobernados por parte del Estado mexicano.[2]

Este cambio de paradigma se expresa de manera clara en el hecho de que, a partir de la reforma constitucional, todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos que nuestro país ha suscrito, se consideran parte integral de nuestro corpus legal y con la misma jerarquía que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este precepto quedó establecido en el artículo 1o. constitucional.[3]

La reforma constitucional "obliga a todas las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, al mismo tiempo que deben prevenir, investigar, sancionar y repararlos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad".[4]

Por su parte, la Ley Nacional de Ejecución Penal, promulgada en 2016, contiene una serie de principios rectores que han sido analizados en profundidad en un texto reciente de Miguel Sarre y Juan Morey. A continuación, de manera sintética esbozo estos principios, siguiendo en todo momento la formulación y el análisis propuestos por estos autores.[5]

1) Dignidad. El Estado debe asegurar no sólo condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana sino, además, ejecutar la privación de la libertad de forma tal que las personas privadas de la libertad no sean sometidas a angustias o dificultades que excedan el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco de toda detención.

---

[2] "La Reforma Constitucional de 2011 y los Derechos Humanos, Cuerpo Jurídico-Derechos Humanos", 25 de mayo de 2020, en *La reforma constitucional de 2011 y los derechos humanos*, Lex Pro Humanitas.

[3] García, T., "La reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos. Una lectura desde el derecho internacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 48, núm. 143, mayo-agosto de 2015.

[4] Lex Pro Humanitas, *cit.*

[5] Sarre, M. y Morey, J. F., Principios Rectores. Documento de trabajo para el proyecto: *Estándares Avanzados de las Naciones Unidas para el Sistema Penitenciario Mexicano*, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, México, UNODC, 2019.

2) Debida diligencia. La diligencia debida se refiere al grado de cuidado que un poseedor de responsabilidades (el Estado) debe observar en el cumplimiento de éstas. Implica el establecimiento de sistemas y procesos de gestión orientados a tornar eficaz la garantía de los derechos humanos involucrados.

   La debida diligencia incluye también la gestión efectiva apegada a la normatividad y la probidad administrativa que es, al mismo tiempo, un obstáculo para la corrupción. Comprende, entre otros aspectos, la gestión eficaz de: servicios y suministros; condiciones de infraestructura; sistemas que aseguren la comunicación de las personas privadas de libertad; instalaciones y mobiliario adecuados; recursos humanos y financieros, etcétera.[6]

3) Justiciabilidad y exigibilidad. El sistema de justicia de ejecución instrumentado en México reconoce las garantías de debido proceso y de protección de derechos mediante la posibilidad de entablar controversias judiciales, a través de un sistema de audiencias a cargo de las y los jueces de ejecución penal. De este modo, el Estado de derecho ingresa a prisión con su andamiaje de derechos sustantivos y también con los mecanismos para su exigibilidad, entre los que destaca la jurisdicción especializada en manos de los jueces de ejecución penal.

4) Rendición de cuentas. En un Estado democrático de derecho, la rendición de cuentas es una obligación básica de los poderes públicos mediante la cual se tornan factibles la evaluación del desempeño de los agentes estatales y la fiscalización del uso de los recursos. Lo anterior redunda en una garantía del cumplimiento del ordenamiento jurídico, del fortalecimiento de la probidad administrativa y la transparencia de la gestión financiera del Estado.

   Otro componente fundamental de la dimensión externa de la rendición de cuentas está dado por la fiscalización efectuada por las organizaciones de la sociedad civil.

5) Pro persona. El principio pro persona, criterio rector de la interpretación de derechos y garantías a partir de la reforma constitucional de 2011, determina la aplicación de la norma (de fuente nacional o internacional) que brinde la protección más amplia a las personas. Sólo son válidas las limitaciones razonables, necesarias, proporciona-

[6] UNODC, *Estándares Avanzados de las Naciones Unidas para el Sistema Penitenciario Mexicano*, México, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, UNODC, 2019.

les e idóneas que se encuentren debidamente justificadas, y cuyo fin legítimo permita su compatibilización con otros derechos.

6) Progresividad y no regresividad. El principio dual de progresividad y no regresividad, estrechamente relacionado con el principio pro persona que le da origen, importa la conservación de los avances en materia de derechos humanos y el impulso continuo de su desarrollo. La progresividad se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad, sino que además implica que la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata o como consecuencia directa del reconocimiento de un atributo, sino que surge a partir de un proceso: la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual.

   En lo que se refiere a las personas privadas de la libertad, baste señalar que el reconocimiento de su calidad de sujetos de derechos permite, entre otros atributos, acceder a la justicia de ejecución penal y al debido proceso para hacer efectivos derechos propios de la reclusión, por ejemplo: una adecuada ubicación, acceso a la protección de la salud, alimentación, seguridad personal, cuidados especiales, servicios educativos, capacitación para el trabajo, acceso al deporte, disponibilidad de agua potable, facilidades para la visita íntima y familiar, acceso a la defensa, plena ejecución de la resoluciones judiciales y seguridad jurídica, entre otros.[7]

7) Interés superior de la niñez. En la ejecución penal debe considerarse el principio de interés superior de la niñez, tanto en las decisiones, intervenciones y acciones que realicen las autoridades, como en relación con los niños y niñas que viven en las prisiones con sus madres (o con sus padres), en aspectos relacionados con la ubicación de las personas privadas de la libertad y las visitas que reciben de parte de niñas, niños y jóvenes. El interés superior de la niñez debe guiar a las autoridades para permitir que este grupo de personas logre desarrollarse en condiciones óptimas en ejercicio de todos sus derechos.

8) Prohibición de la tortura y malos tratos. La Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, establece el marco jurídico para la identificación de la tortura y los malos tratos. En este sentido, de acuerdo con esta Ley, todo uso de la fuerza sobre una persona en detención sujeta al control material del Estado, que no tenga un propósito legal

[7] *Idem*.

o que no responda a una necesaria causa o justificación constitucional o convencionalmente admisible, exige ser identificada a fin de que se adopten las medidas para su prevención, investigación, sanción y reparación.

9) Gobernabilidad. La gobernabilidad es entendida como una condición orgánica que presupone la vigencia y efectividad de normas generales e individualizadas; reglas, procedimientos, protocolos y directivas vinculantes para las autoridades, las personas privadas de la libertad y los terceros que ingresan a los centros. Ello implica un conjunto de mecanismos de control y fiscalización para las autoridades y las personas privadas de libertad y demás sujetos legitimados para actuar en la prisión, cuya puesta en marcha impide privilegios ilícitos, situaciones de impunidad y grupos de autogobierno.[8]

Hasta aquí un apretado resumen de los principios que rigen la ejecución de penas en nuestro país, de acuerdo con Sarre y Morey.[9] A continuación, pasaremos al análisis de la situación que, en los hechos, guarda el sistema penitenciario en México.

## IV. El contexto internacional

En esta sección comenzaré por situar brevemente al sistema penitenciario en el contexto internacional para luego pasar a describir los retos que enfrenta a nivel nacional y, por último, al esbozo de algunas recomendaciones de política pública que podrían contribuir a mejorar su desempeño.

Para tener claro el lugar que el sistema penitenciario mexicano ocupa en relación con otros países, valdría la pena tener presente algunos datos que se refieren al periodo 2018-2021.[10]

— Estados Unidos es el país que cuenta, tanto en números absolutos como relativos, con la mayor cantidad de población en prisión en el

---

[8] Sarre, M. y Morey, J. F., Principios Rectores..., *cit.*

[9] *Idem.*

[10] Los datos sobre la población penitenciaria en el mundo pueden consultarse en: *https://www.geografiainfinita.com/2013/05/mapa-presos-en-el-mundo/* así como en: *https://www.prisonstudies.org/ten-country-prisons-project/las-diferentes-pautas-de-encarcelamiento#:~:text=Durante%20la%20s%20%C3%BAltimas%20d%C3%A9cadas,se%20encuentra%20en%20prisi%C3%B3n%20preventiva*.

mundo: 2,100,000 personas, lo que representa una tasa de 655 personas en prisión por cada 100,000 habitantes.
— En números absolutos, le siguen China, con 1,700,000 personas, Rusia con 780,000 y Brasil con 759,000 personas en prisión.
— En números relativos, a Estados Unidos le siguen varias de las Islas del Caribe que cuentan con tasas de más de 600 por 100,000 habitantes, así como El Salvador con 590, Cuba con 510 y Rusia con 486. La tasa media de personas en prisión en la Unión Europea es de 139 por 100,000.
— Las cárceles más sobrepobladas en el mundo se hallan en Filipinas, Haití y Guatemala que cuentan con una sobrepoblación de más de 400 %.
— En América Latina los países que cuentan con una mayor tasa de población en reclusión son: El Salvador, con 590, y Panamá con 406 por cada 100,000 habitantes.
— México es el segundo país en América Latina, después de Brasil, por el número de personas en prisión. Cuenta, al mes de octubre de 2021, con 222,000 personas privadas de la libertad y es el séptimo país en el mundo por el tamaño de su población penitenciaria después de Estados Unidos, China, Rusia, Brasil, Tailandia e Irán.
— En números relativos, México cuenta con una tasa de 175 personas en prisión por cada 100,000 habitantes, tasa que es menor a la que tienen los países centroamericanos y del Caribe, así como también es menor a la que tienen la mayor parte de los países del Cono Sur.

## V. Problemática de las prisiones en América Latina

En un texto reciente, una especialista en prisiones, Fiona Macaulay, resume los hallazgos que los estudios en América Latina han documentado acerca de la situación de las prisiones en la región durante las últimas tres décadas. El estudio de las prisiones, de acuerdo con la autora, demuestra las ilegalidades persistentes que se cometen en nombre de la ley y revela cómo los operadores legales crean y mantienen estos espacios de excepción a la legalidad, así como la manera en que son experimentados por el personal y los internos.[11]

[11] Macaulay, F. "Prisoner Capture: Welfare, Lawfare, and Warfare in Latin America's Overcrowded Prisons", en Sieder, Rachel *et al.*, *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*, Routledge, Nueva York, 2019, p. 255.

A partir de la década de los años noventa, América Latina experimentó un crecimiento exponencial de la población penitenciaria, que en algunos casos se quintuplicó, provocando una severa crisis estructural en los sistemas de justicia penal. En un número significativo de países, este incremento de la población penitenciaria ocasionó la pérdida de control por parte del Estado de los establecimientos carcelarios. Ello produjo una normativa paralela y un régimen pseudo legal en el que grupos de prisioneros tomaron el control de la población interna en ausencia de operadores del Estado al interior de los establecimientos penitenciarios.[12]

El incremento masivo de la población encarcelada en América Latina fue el resultado del expansionismo penal, también llamado populismo punitivo, dado el incremento notable de las conductas tipificadas como delitos en los códigos de la mayoría de los países de la región, así como también fue el resultado del endurecimiento de las penas que prohibían el otorgamiento de beneficios de preliberación. Ello, tomando en cuenta que las tasas de encarcelamiento no están correlacionadas con el incremento de la criminalidad sino con la manera como la sociedad y las instituciones de justicia deciden tratar a los presuntos responsables de haber cometido un delito (2019: 247). Asimismo, tiene que ver con el porcentaje de personas puestas en prisión preventiva y, en el caso de México, de figuras como el arraigo que violan garantías constitucionales como la presunción de inocencia, entre otras.

Los porcentajes de internos en prisión preventiva son extremadamente altos en América Latina, pues rondan el 70 % de la población encarcelada en comparación con el 30 % a nivel global. Debe también tomarse en cuenta que las personas puestas en prisión preventiva tienen pocas oportunidades de contar con una defensa apropiada y de poder reunir pruebas en su favor por lo que, una vez en prisión, lo más probable es que permanezcan. Ello crea los espacios de excepción de la legalidad descritos por Agamben, en los que aquellos sometidos a dichos espacios "son simultáneamente sujetos de la ley y exentos de su protección".[13] El resultado de la creación de estos espacios de excepción de la legalidad fue que las autoridades penitenciarias se vieron forzadas a compartir la gobernabilidad de los centros con los internos, o bien a cederles el control por completo. En respuesta, los internos se organizaron bajo sus propios códigos en regímenes que varían considerablemente y que pueden ir desde garantizar la mera sobrevi-

[12] *Ibidem*, p. 243.

[13] *Ibidem*, p. 250.

vencia ("bare life", de acuerdo con Agamben) o la ayuda mutua, como ocurre en algunas cárceles de Perú, hasta otras donde un grupo somete al resto por la vía de la fuerza y la extorsión, como ha ocurrido en muchas prisiones mexicanas, u otras que utilizan a la población para reclutar y fortalecer a su grupo delictivo, como en Brasil, o donde los presos conviven en un equilibrio sin liderazgos y sin participación alguna por parte de autoridades, como en Bolivia.[14]

## VI. El sistema penitenciario en México

Comenzaremos por los números básicos que describen a nuestras cárceles. Las cifras corresponden al mes de octubre de 2021.[15]

- México cuenta con 288 centros penitenciarios: 273 son centros estatales y 15 federales.
- La población total, en números redondos, es de 222,000 internos, 95 % hombres y 5 % mujeres.
- Sólo 40 % de las mujeres se encuentra en un establecimiento penal femenil mientras que el resto se hallan internas en establecimientos mixtos, lo que las coloca en una situación de desventaja. De igual modo, mientras que 50 % de las mujeres se encuentran en prisión preventiva, 42 % de los varones se encuentran en esta situación, lo que quiere decir que la justicia es más lenta para las mujeres. El alto porcentaje de personas en prisión preventiva significa que poco más de 90,000 personas duermen cada noche en nuestras prisiones sin que se les haya comprobado la comisión de algún delito.
- Casi 500 niños viven con sus madres en diferentes centros penitenciarios y comparten con ellas las mismas carencias y dificultades.
- 87 % de la población penitenciaria es del fuero común y 13 % del fuero federal.
- No obstante que la población penitenciaria a nivel nacional se redujo en 22 % entre 2014 y hasta principios de 2019, el 43 % de los cen-

[14] *Ibidem*, pp. 253 y 254.

[15] Los datos de la población penitenciaria proceden de los Cuadernos Penitenciarios que mensualmente publica el Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, así como del Segundo Informe de Gobierno del presidente Andrés Manuel López Obrador, 2020.

tros penitenciarios continúa con una población que excede, hasta en 300 % su capacidad.

— Contrario a la tendencia internacional de reducción de la población penitenciaria durante la pandemia,[16] en México la población penitenciaria se incrementó en 10 % entre enero de 2019 y octubre de 2021.
— Al mes de mayo de 2021, se tiene registro de 4451 personas contagiadas en centros penitenciarios por COVID-19 y 357 fallecidas.[17] Sin embargo, estas cifras se refieren únicamente a aquellos casos de personas privadas de la libertad o de personal penitenciario al que se aplicaron pruebas, por lo que seguramente existe un número importante de casos que han quedado fuera de los registros, especialmente tomando en cuenta que solo 9 % de la población penitenciaria ha sido vacunada.[18]
— Aun tomando en cuenta el subregistro, al mes de agosto de 2020, la tasa de fallecimientos por COVID-19 en nuestras prisiones (155 por 100,000) era tres veces más alta que la de la población en general en aquel momento (52 por 100,000).[19]
— De acuerdo con la Auditoría Superior de la Federación, en los centros federales poco más de la mitad de la población interna son reincidentes y sólo 6 % participa en actividades laborales.
— La Comisión Nacional de Derechos Humanos estima que el consumo de drogas en la población penitenciaria supera el 50 %.[20]
— De acuerdo con la Encuesta Nacional de Población Privada de Libertad del INEGI de 2016 (la única de este tipo que se ha levantado hasta ahora en nuestro país), las cárceles con niveles más altos de corrupción en el país son las de la Ciudad de México, el Estado de

---

16 Irán, Afganistán y Turquía liberaron al 30 % de su población penitenciaria durante la pandemia. Véase Pérez, Maritza, "Ley de Amnistía no es idónea contra Covid en Cárceles: World Justice Project", *El Economista*, 27 de agosto de 2020.

17 ASILEGAL, Mapa Penitenciario Covid-19, disponible en: *https://asilegal.org.mx/mapa-penitenciario-covid-19/*.

18 *Idem*.

19 Datos de la Universidad John Hopkins publicados por *Reforma*, 5 de septiembre de 2020, p. 1.

20 Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018, Un modelo de atención y tratamiento para las personas farmacodependientes en prisión, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, disponible en: *http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Tratamiento-Farmacodependencia-Prision.pd*f.

México y Puebla, mientras que los Estados con mayor hacinamiento, son: el Estado de México, Nayarit, Hidalgo, Morelos y Jalisco.[21]

— Otros datos de la misma Encuesta señalan que 32 % de la población penitenciaria se siente insegura en el centro donde se encuentra; 25 % aceptó declararse culpable debido a que lo amenazaron y 57 % recibió golpes, tortura o malos tratos al momento de su detención. El delito principal por el que las personas se hallan en prisión es el robo, que representa el 39 % del total de los delitos que se cometen.
— En promedio, diariamente muere de manera violenta una persona en los centros penitenciarios del país. Sin embargo, durante los últimos años, también ha habido incidentes violentos con múltiples víctimas; entre ellos: 70 heridos en el penal de La Toma, Veracruz, en 2018; 28 personas muertas en el Penal de Las Cruces, en Acapulco, en 2017; 49 muertos en el penal de Topo Chico, Nuevo León, en 2016.
— Entre marzo de 2020 y mayo de 2021 se han registrado 23 incidentes violentos en las prisiones que han sido ocasionados por el temor a los contagios por COVID-19 o por la falta de información a los familiares respecto a la salud de las personas privadas de libertad.

Es importante advertir que en México no existe un "sistema nacional penitenciario" propiamente dicho. Aun cuando existen problemas similares que afectan a la mayoría de los establecimientos penitenciarios, en realidad las circunstancias específicas varían de una entidad a otra ya que cada estado cuenta con autonomía para operar sus centros penitenciarios. Ello a pesar de que a partir de 2016 fue aprobada Ley Nacional de Ejecución Penal que paulatinamente ha entrado en vigor en las entidades y debería dar lugar a la creación de normas y protocolos de actuación uniformes para todas las prisiones del país. Mediante esta ley, los jueces de ejecución de la pena tienen atribuciones para recibir quejas de las personas privadas de la libertad y emitir resoluciones para que sus derechos sean respetados en las prisiones, como señalamos en el inciso correspondiente a los principios rectores del sistema de ejecución penal. Esto implica que la ejecución de las sanciones penales deja de ser sólo una responsabilidad de los centros penitenciarios, es decir, del Poder Ejecutivo, y pasa a ser también una responsabilidad del Poder Judicial.

[21] INEGI, Encuesta Nacional de Personas Privadas de Libertad 2016, disponible en: *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2016/doc/enpol2016_mex.pdf*

Asimismo, es importante hacer notar las diferencias que existen entre dos tipos de prisiones en nuestro país: las estatales y las federales. De manera muy general podríamos decir que lo que distingue a las primeras es, en muchos casos, la presencia débil e inclusive la ausencia de control por parte del Estado, mientras que en las segundas hay un control excesivo, que no siempre se justifica, por parte del Estado.[22]

La falta de control por parte del Estado en los centros estatales queda de manifiesto en las recomendaciones y los diagnósticos que ha venido elaborando la Comisión Nacional de los Derechos Humanos durante los últimos años en los que destaca que 60% de los centros penitenciarios del país se encuentran en mayor o menor medida en manos de grupos criminales, dado que las autoridades carecen de la capacidad para someterlos a su control.[23]

Lo contrario puede decirse respecto de los centros federales. En éstos, la población penitenciaria se halla sometida a un estricto control en el que prevalece el régimen de aislamiento que suele aplicarse en las prisiones de máxima seguridad, no obstante que apenas una mínima parte de la población que albergan estos centros cumple con el perfil para ser sometidos a dicho régimen. Una de las razones por las que ello ocurre es la falta de personal, ya que el control se facilita al mantener aislados a los internos. Esto, sin tomar en cuenta los severos daños que este régimen es capaz de producir, como lo han documentado estudios científicos rigurosos que alertan acerca de las consecuencias indeseables de someter a la población por periodos prolongados a este régimen, como veremos más adelante.

## VII. Algunos de los problemas principales

La mayoría de los problemas que afectan a los centros penitenciarios, así como a las condiciones de vida de las personas privadas de la libertad, son bien conocidos. Aquí nos referiremos brevemente sólo a algunos de ellos.

— Una tercera parte de los centros penitenciarios cuenta con una población que excede su capacidad y que vive en instalaciones con es-

[22] Azaola, E. y Hubert, M., "¿Quién controla las prisiones mexicanas?" en Benítez, Raúl y Aguayo, Sergio (eds.), *Atlas de la Seguridad y la Defensa de México 2016*, México, CASE-DE-Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2017.

[23] CNDH, *Informe Anual de Actividades 2018*, disponible en: *http://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2018/IA_2018.pdf*.

pacios insuficientes y que carecen de mantenimiento. Ello provoca hacinamiento y la falta de todo tipo de servicios, generando condiciones de vida indignas y, muchas veces, infrahumanas.

— Los servicios más elementales que hacen posible la sobrevivencia, como son la provisión de agua potable, alimentos, servicios de salud y medicinas, son muy escasos y de mala calidad en los establecimientos penitenciarios por lo que la provisión de estos bienes recae en buena parte en las familias, quienes asumen costos y responsabilidades que competen al Estado.

— No obstante que la Constitución establece al trabajo, la educación, la capacitación para el trabajo, la cultura y el deporte como las bases para la reinserción social, sólo una mínima parte de la población penitenciaria tiene acceso al trabajo y a la educación. La mayoría asiste a cursos y talleres de todo tipo y se dedica a la elaboración de productos artesanales como una forma de autoempleo que, de nuevo, depende de la familia para su venta, así como para la adquisición de las materias primas.

— La falta de recursos y el abandono que crónicamente ha padecido el sistema penitenciario han puesto en riesgo la seguridad de los centros y la gobernabilidad al tiempo que propician la corrupción por parte del personal, así como la participación de líderes o grupos criminales que detentan el poder de facto al interior de los centros penitenciarios. No pocas veces ello ha costado la vida de funcionarios o custodios, así como de internos quienes, además de hallarse privados de su libertad en virtud de resoluciones legales dictadas por órganos del Estado, en los hechos, viven bajo el yugo de poderes extralegales capaces de resolver sobre sus vidas.

— Si se toma en cuenta que la gran mayoría de las personas que están en prisión son de escasos recursos, el hecho de que sus familias tengan que llevarles comida, medicinas y otros bienes afecta sin lugar a dudas la economía y el bienestar de las familias, situación que se agrava si a ello se agrega el costo de la corrupción que deben cubrir cada vez que visitan el centro penitenciario o las cuotas que les exigen pagar quienes mantienen el control para garantizar la seguridad de su familiar. Ello afecta de manera directa y desproporcionada a mujeres y niños, como lo han demostrado algunos estudios, pero también afecta de manera indirecta a la sociedad entera que tarde

o temprano deberá asumir los costos por los daños que todo esto produce.[24]

— Como diversos estudios lo han documentado, la salud de quienes ingresan a prisión suele verse rápidamente deteriorada. Entre los padecimientos más comunes se encuentran: el vértigo, la disminución de la capacidad visual y olfativa, la pérdida de energía, los trastornos digestivos, las enfermedades dermatológicas y dentales, así como los trastornos auditivos. El riesgo de suicidio y el contagio de enfermedades infecciosas se elevan hasta 10 veces por encima de los que se observan en la población en general. Ello además de una sexualidad devastada y diversos trastornos mentales, todo lo cual permite decir que la pena de prisión es, sobre todo, una pena corporal que trae dolor y produce enfermedad y muerte.[25]

— Por si fuera poco, a los problemas anteriores hay que añadir los prejuicios, la indiferencia, el abandono y el estigma con el que cargan tanto las personas que han estado en prisión, así como sus familiares, lo que dificulta y compromete sus posibilidades reales de reinserción.

## VIII. Centros con participación de la iniciativa privada

Durante el periodo de gobierno de 2006 a 2012, en el marco de la "Guerra contra las Drogas", se consideró que era necesario construir nuevos centros federales para albergar a lo que se suponía que sería una creciente población del fuero federal. De este modo, mientras que al inicio de dicho régimen se contaba con 3 centros federales, al final se contaba con 13 y hoy en día con 15, aunque la población con la que cuentan estos centros es tanto del fuero común como del fuero federal. En aquel momento se resolvió construir centros con la participación de la iniciativa privada.

La construcción y la administración compartida con la iniciativa privada de centros federales ha implicado un gran e injustificable dispendio de recursos públicos que se canalizaron a la construcción de enormes cen-

---

[24] Pérez Correa, C., *Las mujeres invisibles. Los costos de la prisión y los efectos indirectos en las mujeres*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2015; Giacomello, C., *Niñez que cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, Church World Services, 2019.

[25] Gonin, D., *La santé incarcérée. Conditions de vie en détention*, L'Archipiel, 2000 cit. por Pavarini, Massimo *et al.*, *La Seguridad Pública. Tres puntos de vista convergentes*, México, Ediciones Coyoacán-FLASUD-Conacyt, 2006.

tros penitenciarios con el inconveniente de que éstos adoptaron de manera acrítica el modelo estadounidense de prisiones de súper máxima seguridad. Este modelo se caracteriza por la imposición de un régimen de control, de aislamiento y de represión excesivos que resulta violatorio de los derechos de las personas privadas de libertad tanto en términos de nuestras leyes, así como de los tratados internacionales que México ha suscrito en la materia.

Hoy en día, de los 15 centros federales, 8 cuentan con participación de la iniciativa privada y se les denomina CPS, lo que significa que se rigen mediante un Contrato de Prestación de Servicios. Estos centros fueron construidos y son administrados por empresas como ICA, PRODEMEX, IGA, TRADECO, CARSO y HOMEX y tuvieron un costo de 200,000 millones de pesos que el gobierno mexicano se comprometió a pagar en un lapso de 22 años después de los cuales pasarán a ser propiedad del Estado.[26]

El costo diario por interno en estos centros construidos y administrados por la iniciativa privada varía, dependiendo del número de internos, oscila entre 3,000 y 6,000 pesos, mientras que en el resto de los centros el costo diario varía entre 300 y 400 pesos.

En los contratos el gobierno se comprometió a pagar de acuerdo con la capacidad instalada, independientemente de la población que realmente se tuviera. Vale decir que hoy en día el gobierno paga por el 100 % de la capacidad, no obstante que la ocupación es sólo del 60 %.

Otro de los problemas más importantes de los centros administrados con la participación de empresas privadas, son las restricciones que impone su diseño arquitectónico. Ello debido a la gran extensión de superficie construida, al número de edificios y a la distancia que hay que recorrer para trasladarse de uno a otro, lo que hace que el régimen y la vida cotidiana tanto del personal como de las personas privadas de libertad, se encuentre, de facto, condicionada por un diseño arquitectónico inapropiado. Esto se explica por los muy elevados costos que las compañías constructoras cargaron al erario sin importar que el proyecto no resultara funcional.

---

[26] Documenta A.C., Fundación para el Debido Proceso, el Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría de la Universidad Iberoamericana Puebla, el Instituto de Justicia Procesal Penal, Madres y Hermanas de la Plaza Luis Pasteur y México Evalúa, *Privatización del Sistema Penitenciario en México*, Ciudad de México, 2016, disponible en: *http://www.documenta.org.mx/layout/archivos/2016-agosto-privatizacion-del-sistema-penitenciario-en-mexico.pdf.*

## IX. El régimen de segregación y la "muerte social"[27]

En los centros federales mexicanos se ha impuesto un régimen conocido como de aislamiento o segregación, que implica que las personas privadas de libertad permanecen durante 22 o 23 horas en sus estancias y sólo se les permite salir durante una o dos horas al día para poder hacer un poco de ejercicio, dentro de un área también estrecha o confinada.

Las consecuencias que este régimen produce han sido bien documentadas. Estudios científicos rigurosos muestran que un ambiente como éste provoca en los internos más alienación, hostilidad y, potencialmente, mayor violencia. Ante las preguntas ¿realmente podemos pensar que hace sentido encerrar a tantas personas solas en pequeñas celdas durante 23 horas al día, a veces durante meses o años? Y, cuando estas personas son liberadas, ¿cómo podrán adaptarse de nuevo? "Esta no es una medida inteligente", respondió a estas preguntas el expresidente Obama en 2015, prohibiendo que dicho régimen continuara utilizándose en las prisiones federales de Estados Unidos.

También en 2015 las Naciones Unidas aprobaron las Reglas de Mandela que modifican los estándares para el tratamiento de los internos. La Regla 43 prohíbe tanto el confinamiento solitario indefinido como el prolongado y establece que el confinamiento de los internos por 22 horas o más por periodos mayores a 15 días es "una forma de trato cruel, inhumano y degradante".

Por su parte, en una resolución de 2015 de la Suprema Corte estadounidense condenó "el efecto deshumanizante del confinamiento solitario", citando los estudios que han mostrado que esta práctica causa en los internos "ansiedad, pánico, pérdida de control, rabia, paranoia, alucinaciones y automutilaciones, entre otros síntomas". La Suprema Corte argumentó que estas prácticas producen la "muerte social" de las personas, urgiendo a que el sistema penitenciario suspendiera su utilización.

El concepto de "muerte social" hace referencia a aquellos que están apartados de la sociedad y son considerados muertos por el resto de las personas. La "muerte social" implica que está presente el estigma y la discriminación que acompañan a cualquier actitud, acción o enfermedad que se

[27] Este apartado se basa en la información que contiene la página del Vera Institute of Justice sobre el régimen de segregación: *www.safealternativestosegregation.org* así como en el estudio "Time-In-Cell: The ASCA-Liman 2014 National Survey of Administrative Segregation in Prison", elaborado por The Liman Program of Yale Law School y la Association of State Correctional Administrators.

aleje de las normas que dicta la sociedad. Las personas sufren la "muerte social" cuando se produce el alejamiento de la sociedad que las declara, de alguna forma, inservibles o invisibles. La "muerte social" es también decretada por individuos que deciden que otros no pueden cumplir con una labor social que les permita relacionarse. Asimismo, la "muerte social" puede producirse por la indiferencia hacia las personas, causándoles un malestar y sufrimiento que destruye de tal manera su personalidad y su dignidad que, teniendo signos vitales, socialmente han dejado de existir. "Es para pensarse: la muerte social puede declararla cualquiera que ignore la situación de una persona que necesita ayuda".[28]

En resumen, si, como lo han mostrado diversos estudios, el régimen de aislamiento termina por destruir a la persona, por deshumanizarla, estaríamos obligados a revisar la aplicación de este régimen en los centros federales de nuestro país. Un régimen de esta naturaleza es, de entrada, incompatible con los fines que nuestra Constitución asigna a la pena; a saber, la reinserción o reintegración de las personas privadas de la libertad a la sociedad. Sería conveniente, por ello, que se revisara este régimen y se adoptara uno que, sin poner en riesgo la seguridad, fuera compatible con nuestras normas ya que, operar al margen de nuestro esquema legal, no ayuda a resolver problemas, sino que, por el contrario, exacerba los conflictos sociales y nos perjudica a todos.

## X. El personal penitenciario

El personal que presta sus servicios en los centros penitenciarios realiza una difícil labor: tediosa, arriesgada, que implica altos niveles de estrés y que, a pesar de que se trata de una función crucial para la seguridad del país, es muy poco reconocida y hasta despreciada por la sociedad.

En un estudio que tuvimos la oportunidad de realizar en los centros federales, pudimos escuchar las voces y los testimonios del personal, lo que nos permitió constatar que ellos mismos saben y resienten esta falta de reconocimiento que no sólo proviene de quienes no conocen las dificultades de su trabajo, sino lamentablemente, también de las propias autoridades de las instituciones que los emplean.[29]

---

[28] Sobre el concepto de "muerte social" puede consultarse la página: *http://www.taringa.net/posts/solidaridad/17867047/Muerte-Social.html*.

[29] Azaola, E. y Pérez Correa, C., *Condiciones de vida y de trabajo del personal de los centros penitenciarios federales*, México, Comisión Nacional de Seguridad-CIESAS-CIDE, 2017.

Escuchemos lo que algunos custodios nos dijeron: "nos sentimos como prescindibles, desechables. Hay oídos sordos para las necesidades que plantea el personal. Somos el patio trasero del sistema federal". Otro dijo: "Me gustaría que se respetaran nuestros horarios laborales y nuestros derechos, porque también somos humanos y necesitamos que nos valoren". Otro más: "Hay mucha discriminación hacia los que trabajamos en las prisiones. Si decidimos cambiar de trabajo, nadie nos quiere contratar". Y otro más:

> Tenemos un trabajo muy importante pero no se ha dado ni el respeto ni el lugar que tienen otras instituciones de seguridad... Somos el patito feo... Al principio nos dijeron que este era un servicio de carrera, pero llevamos 24 años y no hemos podido hacer ninguna carrera... Estamos denigrados, nos tienen como corruptos. Desde que se fue el Chapo, todos pasamos a ser corruptos.

Quisiera destacar que no sólo el personal de custodia siente la falta de reconocimiento que hemos referido, sino que la misma impresión prevalece entre el personal técnico y jurídico. De hecho, las condiciones de vida y de trabajo descritas por el personal técnico y jurídico permiten ver que lo que prevalece es una sensación de falta de reconocimiento tanto hacia ellos y ellas, así como una falta de respeto a su dignidad, lo que configura lo que algunos autores —como Luis Cardoso de Oliveira— han denominado "agravio" o "insulto moral". La noción de "insulto moral" implica una desvalorización o negación de la identidad del otro que suele provocar el resentimiento o la indignación.[30]

Escuchemos lo que dice el personal técnico y jurídico acerca de sus condiciones de vida y de trabajo:

— "Hemos visto cómo se ha ido pudriendo todo. Antes había estímulos, beneficios, ahora sólo malos tratos".
— "Hay compañeros aquí que tienen su familia lejos y da tristeza ver cómo viven:... son condiciones tan horribles que no es digno ni humano vivir así. Yo pido que ya no nos muevan porque es inhumano... aunque busquemos estabilidad familiar y laboral, no la hay".
— "Nos gusta el trabajo; pero no nos dan dignidad. Diario inventan algo para poner trabas. Sólo pedimos salario y trato dignos y que no nos discriminen".

---

[30] Cardoso de Oliveira, L. R., "Derechos, insulto y ciudadanía. ¿Existe violencia sin agresión moral?", en Stanley, Ruth (comp.), *Estado, violencia y ciudadanía en América Latina*, Madrid, Universidad Libre de Berlín, Entimema, 2009.

— "Es tedioso trabajar en un ambiente donde no sientes el apoyo de tus jefes".
— "Somos los más devaluados, los menos reconocidos y dicen que no servimos para nada".
— "Llevamos un año sin que nos den uniformes y tres años sin chamarras. Nosotros terminamos comprando el uniforme para no traerlo todo roto… no parecemos empleados federales".
— "El personal nunca ha sido prioridad. En 25 años nunca hemos sido considerados... Los directores no consideran que somos personas con familia. La prioridad siempre es el trabajo".
— "¿En dónde está su sentido humanitario? ¡Las personas privadas de libertad somos nosotros!".

El estudio sobre el personal que realizamos tuvo también como propósito hacer visible la problemática específica de las mujeres que laboran en los centros penitenciarios ya que se enfrentan a un conjunto de circunstancias que las coloca en desventaja en relación con los varones. Ello motivó que formuláramos diversas recomendaciones, entre las que destacan: 1) la adopción de horarios de trabajo que tomen en cuenta las responsabilidades familiares de hombres y mujeres y el reconocimiento de la importancia que la vida familiar tiene para el bienestar personal y social; 2) el otorgamiento de permisos especiales para ausentarse del cargo en caso de enfermedad de los hijos u otros dependientes que requieran cuidados especiales; 3) adoptar políticas de adscripción del personal a centros cercanos al domicilio donde se encuentra su familia o dependientes económicos, y 4) proporcionar alimentación especial y atención médica para las embarazadas.

En suma, el estudio sobre el personal penitenciario nos permitió concluir que el adecuado cumplimiento de las funciones de los centros penitenciarios se halla comprometido en tanto no se revisen a fondo las condiciones de vida y de trabajo del personal penitenciario y se dé respuesta a sus necesidades más urgentes.

## XI. Conclusiones y recomendaciones

A cualquiera que observe con cuidado lo que ocurre en nuestras cárceles, debe quedarle claro que el sistema penitenciario nunca ha ocupado un lugar relevante dentro de las políticas ni de los recursos presupuestarios que se asignan a la seguridad y a la impartición de justicia que, particularmente

durante los últimos años, se han canalizado de manera desproporcionada a las Fuerzas Armadas. Baste señalar que en el Segundo Informe de Gobierno se reporta como un logro la reducción de 1,603 millones de pesos en el presupuesto que se ejerció en el área de Prevención y Readaptación Social.

Sin lugar a duda, los efectos acumulados del abandono histórico de las prisiones han contribuido a exacerbar su problemática y han venido a mostrar la fragilidad de las instituciones en su conjunto para hacerle frente a delitos cada vez más serios y complejos, que demandan competencias profesionales que México todavía no ha logrado desarrollar en la dimensión en que se requiere.

Desde nuestra perspectiva, habría un conjunto de medidas de política pública que podrían contribuir a mejorar la situación de las prisiones. Éstas son las siguientes:

1) Efectuar una revisión a fondo de los códigos penales con el fin de asegurar un uso racional y proporcional de las penas, tomando en cuenta un adecuado balance entre costos y beneficios.
2) Reducir el uso de la prisión preventiva oficiosa.
3) Mejorar la infraestructura y evitar el hacinamiento asegurando que en cada dormitorio sólo habite el número de personas para las que fue diseñado.
4) Asegurar el abasto de agua y alimentos suficientes y de buena calidad.
5) Diseñar medidas que permitan un control efectivo de actos de corrupción y extorsión.
6) Tomar todas las medidas necesarias para impedir actos de tortura, humillación y malos tratos.
7) Prohibir el régimen basado en la segregación o aislamiento de los internos.
8) Mejorar sustantivamente los servicios de salud que prestan las prisiones y asegurar el abasto de medicamentos.
9) Recuperar el control y la gobernabilidad de las prisiones que se hallan en poder de grupos delictivos.
10) Dignificar y mejorar la calidad de vida tanto de las personas privadas de libertad como del personal penitenciario y promover la cultura del buen trato.
11) Promover el desarrollo de actividades laborales, educativas, deportivas, de capacitación y de salud para las y los internos.

12) Situar a las personas privadas de libertad en los centros más cercanos a su domicilio, de tal manera que puedan preservar el vínculo con sus familias y, con ello, incrementar las posibilidades de su reinserción.
13) Facilitar la visita familiar y conyugal y proporcionar un trato digno a quienes acudan a visitar a las personas privadas de la libertad.
14) Mejorar el trato, la capacitación y las condiciones de trabajo del personal penitenciario.
15) Crear observatorios ciudadanos de los centros penitenciarios e involucrar a las comunidades en la defensa de las condiciones y la calidad de vida de las personas privadas de la libertad.
16) Establecer en los centros penitenciarios un sistema de rendición de cuentas y evaluación de resultados para medir el desempeño de acuerdo con indicadores de cumplimiento de objetivos.

## XII. Bibliografía


Azaola, E. y Hubert, M., "¿Quién controla las prisiones mexicanas?" en Benítez, Raúl y Aguayo, Sergio (eds.), *Atlas de la Seguridad y la Defensa de México 2016,* México, CASEDE-Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2017.

Azaola, E. y Pérez Correa, C., *Condiciones de vida y de trabajo del personal de los centros penitenciarios federales*, México, Comisión Nacional de Seguridad-CIESAS-CIDE, 2017.

Cardoso de Oliveira, L. R., "Derechos, insulto y ciudadanía. ¿Existe violencia sin agresión moral?", en Stanley, Ruth (comp.), *Estado, violencia y ciudadanía en América Latina,* Madrid, Universidad Libre de Berlín, Entimema, 2009.

CNDH, *Informe Anual de Actividades 2018*, disponible en: *http://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2018/IA_2018.pdf*.

Documenta A.C., Fundación para el Debido Proceso, el Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría de la Universidad Iberoamericana Puebla, el Instituto de Justicia Procesal Penal, Madres y Hermanas de la Plaza Luis Pasteur y México Evalúa, *Privatización del Sistema Penitenciario en México*, Ciudad de México, 2016, disponible en: *http://www.documenta.org.mx/layout/archivos/2016-agosto-privatizacion-del-sistema-penitenciario-en-mexico.pdf*.

García, T., "La reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos. Una lectura desde el derecho internacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 48, núm. 143, mayo-agosto de 2015.

GIACOMELLO, C., *Niñez que cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe,* Buenos Aires, Church World Services, 2019.

GONIN, D., *La santé incarcérée. Conditions de vie en détention,* L'Archipiel, 2000 citado por Massimo Pavarini, Agustín Pérez y Fernando Tenorio, *La Seguridad Pública. Tres puntos de vista convergentes*, México, Ediciones Coyoacán-FLASUD-Conacyt, 2006.

INEGI,ENCUESTA Nacional de Personas Privadas de Libertad 2016, 2017, disponible en: *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2016/doc/enpol2016_mex.pdf*

Lex Pro Humanitas, "La reforma constitucional de 2011 y los derechos humanos, cuerpo jurídico-derechos humanos", 25 de mayo de 2020, en: *La reforma constitucional de 2011 y los derechos humanos,* Lex Pro Humanitas.

Ley Nacional de Ejecución Penal, aprobada el 16 de junio de 2016, disponible en: *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP.pdf*

MACAULAY, F. "Prisoner Capture: Welfare, Lawfare, and Warfare in Latin America's Overcrowded Prisons", en SIEDER, Rachel *et al.*, *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America,* Routledge, Nueva York, 2019.

PÉREZ Correa, C., *Las mujeres invisibles. Los costos de la prisión y los efectos indirectos en las mujeres,* Banco Interamericano de Desarrollo, 2015.

SARRE, M. y MOREY, J. F., Principios Rectores. Documento de trabajo para el proyecto: *Estándares Avanzados de las Naciones Unidas para el Sistema Penitenciario Mexicano*, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, México, UNODC, 2019.

UNODC, *Estándares Avanzados de las Naciones Unidas para el Sistema Penitenciario Mexicano*, México, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, UNODC, 2019.

# NO CALLAR EL HOSTIGAMIENTO

Luis DE LA BARREDA SOLÓRZANO*

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Consideraciones del tribunal colegiado (sinopsis)*. III. *Argumentos contra el amparo concedido*. IV. *Recurso de revisión*.

Es para mí un honor participar en esta obra colectiva en homenaje al doctor Sergio García Ramírez, distinguido escritor y jurista mexicano con destacada trayectoria como académico, servidor público, miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales —de la que fue presidente— y exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la que también ocupó la presidencia.

Como servidor público, el doctor García Ramírez dirigió, muy joven, la prisión local de Almoloya de Juárez, estado de México, a la que hizo un verdadero ejemplo de lo que debe ser una institución penitenciaria. Allí, bajo su dirección, imperaron el orden, la disciplina, la seguridad y, sobre todo, el absoluto respeto a los derechos humanos de los internos. Fue el inicio de su brillante carrera en el servicio público. Después habría de destacar en los varios puestos que ha ocupado, entre ellos los de procurador general de justicia del Distrito Federal y de la República, cargos desde los cuales bregó por una procuración de justicia profesional, eficaz y respetuosa de la ley y los derechos de víctimas e inculpados.

Como académico y como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus afanes por hacer prevalecer tales derechos han sido notables. Sus textos, tanto los formulados en sus tareas de juez interamericano como los escritos en su carácter de investigador, son brillantes conceptualmente

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, expresidente fundador de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, y miembro del Sistema Nacional de Investigadores y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

y elegantes estilísticamente. Ha escrito una enorme cantidad de libros y de artículos en materia penal y de derechos humanos, y esa abundancia jamás ha menguado la calidad académica, el rigor teórico ni la elegancia estilística. En los últimos tres años sus artículos en el diario *El Universal* y en la revista *Siempre* han mantenido posturas críticas, invariablemente con sólidos y lúcidos argumentos, del autoritarismo del actual gobierno federal presidido por Andrés Manuel López Obrador.

El texto que preparé para esta ocasión aborda un tema de gran relevancia en materia de derechos fundamentales, específicamente derechos de las mujeres. Se trata de la defensa que realizó el Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM de una mujer demandada por la vía civil por el hombre que ella señaló como autor de acoso laboral y hostigamiento sexual en su contra, y de la resolución final sobre el caso dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## I. Antecedentes

La doctora Quetzalli Teresa Soria Cervantes, que prestaba sus servicios profesionales en la Dirección de Violencia Intrafamiliar del Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva de la Secretaría de Salud federal, solicitó su cambio de adscripción sin expresar las razones de su petición. En una reunión con el personal de esa Dirección, la directora general del Centro Nacional le exigió que señalara el motivo de la solicitud, por lo que la doctora Soria tuvo que informarle que la razón era el hostigamiento sexual y acoso laboral de que era objeto por parte el director de violencia intrafamiliar, su superior jerárquico.

Sin que la doctora Soria lo pidiera, se turnó el caso al coordinador de asuntos jurídicos y derechos humanos de la Secretaría de Salud, y éste, a su vez, lo remitió al Comité para Prevenir y Atender Casos de Hostigamiento y Acoso Sexual, el cual, tras un procedimiento administrativo en el que el presunto hostigador negó la imputación, rindió su *informe final* en el que indica que:

> los elementos de convicción para declarar fundada la denuncia de hostigamiento y acoso sexual son limitados porque no incluyen testigos presenciales que den fe de los hechos específicos del acoso y hostigamiento sexual motivo de la denuncia; y subjetivos porque la base de la argumentación de la denuncia y de la defensa consiste en apreciaciones personales de los hechos, sin es-

> tar sustentados por un solo elemento contundente que permita establecer de forma objetiva y sin lugar a dudas la falsedad o veracidad de la declaración de ninguna de las partes.

Además, el Comité señaló que no tenía facultades para imponer sanción alguna.

El presunto hostigador promovió juicio civil por daño moral contra la doctora Quetzalli Soria, quien acudió a la Red de Refugios a solicitar apoyo y posteriormente a la Clínica Jurídica del Programa Universitario de Derechos Humanos, la cual asumió su defensa. El asunto fue comentado en el programa *Primer plano* de Canal 11 de televisión por la prestigiada académica María Amparo Casar.

Conoció de la demanda el juez 36 de lo civil de la hoy Ciudad de México. El 9 de enero de 2017 dictó sentencia de primera instancia, en el que resolvió a favor de la doctora Quetzalli Teresa Soria Cervantes determinando lo siguiente:

> En el presente caso, el hecho ilícito, según el actor, se traduce en las supuestas actuaciones dolosas por la hoy demandada sobre su persona.
>
> ...
>
> El actor no justificó de manera alguna con las probanzas ofrecidas, que la demandada haya llevado a cabo un hecho ilícito al acusarlo de hostigamiento y acoso sexual, ya que no ha sido resuelto en alguna instancia dicho hecho en el fondo y solo se ha limitado a resolver en el sentido de la falta de elementos probatorios justamente para no tener acreditada la existencia del hecho acusatorio...
>
> ...
>
> RESUELVE
>
> ...
>
> SEGUNDO. Se absuelve a la demandada SORIA CERVANTES QUETZALLI TERESA de las prestaciones reclamadas en el escrito inicial de demanda.

El presunto hostigador apeló la sentencia. La Primera Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia la confirmó. Entonces el presunto hostigador presentó amparo directo contra esta resolución de segunda instancia, la que fue turnada al Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Por su parte, la doctora Quetzalli Soria presentó demanda de amparo adhesiva.

El Tribunal Colegiado resolvió amparar al presunto hostigador y no a la doctora Quetzalli Teresa Soria Cervantes, resolviendo, en su sesión de 31 de octubre de 2018, que la Primera Sala Civil debería dictar nueva resolución en la que se declarara que la doctora Soria causó daño moral al presunto hostigador, por lo que debía ser condenada a reparar el daño. La reparación debía incluir el pago de una indemnización y la publicación o divulgación de un extracto de la sentencia condenatoria.

## II. Consideraciones del tribunal colegiado (sinopsis)

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito consideró que el asunto involucraba un conflicto de derechos fundamentales: por una parte, el derecho de la mujer, la doctora Quetzalli Teresa Soria Cervantes, a vivir en un ambiente libre de violencia, el cual se encuentra en estrecha conexión con el derecho a presentar denuncias y hacer manifestaciones en ejercicio de la libertad de expresión, y por otra, el derecho al honor del quejoso, el presunto hostigador (párrafos 46 y 48 de la sentencia recurrida). El Tribunal Colegiado realizó un ejercicio de ponderación para confrontar los derechos en conflicto (párrafo 87) y, como ya se dijo, decidió amparar al presunto hostigador.

El amparo concedido por el Tribunal Colegiado se sustenta en la consideración de que la recurrente afectó el honor del quejoso al hablar de los actos de acoso y hostigamiento sexual que éste realizó en su agravio incluso una vez que en el procedimiento CHAS/0113, llevado a cabo con motivo de esos actos por el Comité para Prevenir y Atender Casos de Hostigamiento y Acoso Sexual de la Secretaría de Salud, se resolvió que no existen elementos que permitan establecer "de manera objetiva y sin lugar a dudas la falsedad o veracidad de la declaración de ninguna de las partes".

Razonó el Tribunal Colegiado: ya que "no se advierte sanción alguna en su contra por los hechos imputados por su contraparte" (párrafo 332) y "no existe declaración de culpabilidad en contra del quejoso" (párrafo 333), "en su favor opera el principio de presunción de inocencia, aplicable en materia administrativa únicamente por lo que hace a tal procedimiento" (párrafo 336).

En opinión del Tribunal Colegiado, una vez emitida tal resolución la recurrente perdió el derecho de exponer su versión de los actos de que fue víctima, puesto que, según el Tribunal, al hacerlo violaba en perjuicio del quejoso el principio de presunción de inocencia y su derecho al honor.

Consideró el Tribunal Colegiado que la doctora Soria tenía derecho de "hacer manifestaciones sobre el procedimiento en curso. Sin embargo, una vez concluido, ese derecho se ve limitado a difundir su tramitación y, sobre todo, su resultado" (párrafo 379 de la sentencia recurrida).

Agregó que

> ...una vez que el procedimiento concluyó deben cesar también las acusaciones en contra del señalado como acosador, pues el hecho de que trascendieran a los medios de comunicación lo que hacen es insistir en el descrédito y la afectación al honor del hoy quejoso, lo cual (*sic*) ya fue dilucidado por un procedimiento interno que concluyó con una determinación en el sentido de no sancionar al aquí solicitante de amparo (párrafo 386).

El Tribunal Colegiado estimó que si bien el quejoso era un servidor público y, por lo tanto, la protección a su honor resultaba en principio leve, en virtud de que las acusaciones están relacionadas directamente con la función que desempeñaba en el sector salud —la prevención de actos de violencia contra las mujeres—, "al ser contrarias a la conducta que se espera del servidor público, no encuadran estrictamente en el estándar general de protección de la libertad de expresión frente al derecho al honor" (párrafo 186).

"Dado el interés de la sociedad en el esclarecimiento de tales actos, trascienden también en la esfera personal, privada (más íntima) de las personas en su entorno familiar" (párrafo 187), adujo el Tribunal Colegiado. Por esa razón, sostuvo, "la protección al honor al quejoso debe ser moderada" (párrafo 185). Sin embargo, consideró que para que las probables víctimas de acoso u hostigamiento sexual y laboral puedan realizar manifestaciones incriminatorias, "las acusaciones deben tener una base objetiva que legitime y justifique la libertad de expresión al respecto" (párrafo 291), "algún tipo de sustento demostrable objetivamente" (párrafo 297).

## III. Argumentos contra el amparo concedido

La resolución del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito es insostenible jurídicamente, como se explicará a continuación. El Tribunal Colegiado realizó un ejercicio de ponderación de derechos sin antes haber considerado fundados los conceptos de violación del amparo principal, es decir, supliendo la deficiencia de la queja en matera civil a favor del quejo-

so, quien no forma parte de un grupo vulnerable. Los conceptos de violación del quejoso versaban únicamente sobre violaciones procesales, valoración de pruebas e indebidas fundamentación y motivación. El análisis de ponderación de derechos no fue planteado por el quejoso en su demanda de amparo.

El Tribunal Colegiado consideró que para que las probables víctimas de acoso u hostigamiento sexual y laboral puedan realizar manifestaciones, éstas deben tener "una base objetiva", "un sustento demostrable objetivamente". Es decir, las víctimas deben callar sobre su experiencia traumática a menos de que tengan pruebas de ésta, lo cual, *como reconoce el propio Tribunal*, por lo general no es factible:

> ...el acoso sexual constituye un tipo de violencia contra la mujer que se produce, en general, en ausencia de otras personas más allá de la víctima y la persona o personas agresoras... En razón de lo anterior no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho (párrafo 222).

Esto es, de acuerdo con el criterio del Tribunal Colegiado, para que la víctima pueda hablar del episodio de victimización debe contar con una base objetiva o un sustento demostrable objetivamente, el cual generalmente, como lo admite el propio Tribunal, no se tiene, ni se puede esperar que se tenga, en los actos de abuso u hostigamiento sexual. Luego, siguiendo ese criterio, las víctimas de acoso u hostigamiento sexual en casi todos los casos, por carecer de pruebas, *estarían obligadas a guardar silencio por siempre* sobre el suceso en que se les victimizó.

Más todavía. El Tribunal Colegiado sostiene:

> ...dado que no había una resolución que declarara al quejoso como responsable de los actos de acoso sexual que le fueron imputados, se estima que las expresiones de la aquí tercero interesada tenían como único propósito causar daño al honor del quejoso. En consecuencia, según se dijo, opera a favor del afectado la presunción de inocencia. De ahí que la víctima o presunta víctima pasó a ser victimaria pues buscó y consiguió exhibir al quejoso social y públicamente, con la condena que de ello nace (párrafo 427).

Es decir, si atendemos la argumentación del Tribunal Colegiado, no hay derecho a contar la propia experiencia como víctima sino hasta que se dicte una sentencia condenatoria contra el agresor, pues si se cuenta tal experiencia sin que se haya emitido una resolución de esa índole se viola en perjuicio de dicho agresor la presunción de inocencia.

Sin embargo, aunque el principio de presunción de inocencia, de origen penal, puede aplicarse con ciertos matices al derecho administrativo, es claro que ese principio es susceptible de ser violado por las autoridades, no por las víctimas, al tratar como culpable a una persona aún no condenada por una resolución administrativa o judicial, lo que sucede, por ejemplo, al señalar o dar a entender su culpabilidad ante los medios de comunicación. No transgrede ese principio, en cambio, el o la particular que refiere o relata la acción ilícita de la que fue víctima.

La víctima tiene en todo momento el derecho a dar su versión del suceso en el que fue victimizada. Una resolución absolutoria favorable al agresor no la priva de ese derecho, pues tal resolución no es un dogma de fe inatacable. Las resoluciones de los tribunales pueden ser cuestionadas legítimamente, en ejercicio de la libertad de expresión, por quien quiera hacerlo —columnistas, académicos, litigantes y cualesquiera otras personas—, y principalmente por las víctimas, a las que tales resoluciones no podrían imponer un voto de silencio resignado y eterno. Una víctima o una presunta víctima siempre está en su derecho de sostener su versión de los hechos, aunque tal versión no haya sido tenida por comprobada en cualquier clase de procedimiento.

El Tribunal Colegiado sostuvo que una vez concluido el procedimiento la recurrente sólo podía hablar de su tramitación y, sobre todo, de su resultado. Es decir, de acuerdo con tal criterio, la doctora Quetzalli Soria ya no tenía derecho a dar su versión de los hechos a pesar de que la resolución del procedimiento señala con toda claridad que con los elementos de prueba disponibles no era posible aseverar la veracidad o falsedad de las declaraciones de las partes.

Entonces, ¿por qué la recurrente no podría insistir en su versión? El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto que la declaración de un denunciante debe presumirse de buena fe, incluso si posteriormente resulta que la determinación final no coincide con esa declaración. Esto es así, señala el Tribunal Europeo, porque debe darse la confianza para que no existan represalias contra el denunciante. El Tribunal Europeo ha establecido que las personas que denuncian actos ilegales o irregularidades en el servicio público deben estar protegidas. Esto debido a la dificultad para denunciar esas conductas.[1]

[1] Corte Europea de Derechos Humanos, *Guja V. Moldova*, Grand Chamber, Judgment 12 de febrero de 2008, para. 72.

En el caso *Bucur y Toma versus Rumania*, el Tribunal Europeo analizó si la filtración de tácticas de espionaje gubernamental por parte de un funcionario público era compatible con el derecho a la libertad de expresión. En ese caso constató que en la administración pública la vía institucional para denunciar suele ser a través del superior jerárquico. Sin embargo, pese a la existencia de estos canales debe darse protección a quien dé la alerta de la posible comisión de una irregularidad debido a que puede esperarse que los canales no funcionen o no tengan un resultado. Y por ello, ante la falta de voces internas que puedan apoyar la denuncia, el Tribunal Europeo entiende que debe protegerse que las personas que denuncien acudan a voces externas.[2]

En el presente caso, los hechos que atribuye el Tribunal Colegiado a la doctora Soria son las manifestaciones realizadas ante su superior jerárquica y personal de la unidad donde trabajaba. Eso desencadenó el procedimiento ante el Comité para Prevenir y Atender Casos de Hostigamiento y Acoso Sexual. También se atribuye a la doctora Soria que relató su caso durante una reunión con integrantes de la Red Nacional de Refugios el 30 de julio de 2013.

Cabe destacar que el procedimiento ante dicho Comité aún no concluía cuando la hoy recurrente relató su experiencia. Por ello, estos hechos manifiestan que la hoy recurrente tenía la intención de agotar los canales institucionales para resolver por la vía legal la situación de acoso que sufría en su trabajo. En armonía con el criterio del Tribunal Europeo, resulta razonable afirmar que en las vías donde la propia institución es la que resuelve, existe una expectativa de deficiencia del resultado. Y esto se comprobó porque el Comité señaló que no tenía facultades para imponer ninguna sanción.

Por ello, la denuncia ante voces externas a la institución es factible, ya que la simple acción de denunciar podría tener como consecuencia que existieran represalias. Y así, buscar ayuda en un medio que le brinde confianza a la denunciante es un factor positivo, que promueve la denuncia. En este caso el canal institucional no tenía las garantías para que la doctora Soria pudiera denunciar plenamente los actos de acoso y hostigamiento sufridos en su contra. Una sanción contra la recurrente como la que ordena el Tribunal Colegiado sería justamente la represalia de que habla el Tribunal Europeo.

---

[2] Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Affaire Bucur et Toma c. Roumanie*, 8 janvier 2013, para. 97.

La buena fe con la que actuó la doctora Quetzalli Soria es clara. Dio a conocer los actos de acoso sexual de que era víctima con el solo objetivo de que se le cambiara de área de adscripción en su centro de trabajo: no solicitó el inicio de procedimiento alguno. No pretendía que se declarara culpable jurídicamente a su acosador, ni buscaba, a diferencia de éste, una reparación económica, sino simplemente que cesara una situación que le resultaba agraviante y le provocaba un constante daño anímico.

Además, la resolución dictada en el procedimiento CHAS/0113 no declara que la recurrente haya mentido al formular su acusación, sino que el Comité que la dictó no contó con elementos que le permitieran establecer de manera clara y objetiva la falsedad o veracidad de las declaraciones de las partes. Al respecto, no debe perderse de vista que, en casi todos los casos, los actos de acoso u hostigamiento sexual —como lo reconoce el propio Tribunal Colegiado— ocurren sin testigos.

En el caso que nos ocupa, esa ausencia de testigos es más comprensible que en otros, pues tanto el quejoso como la recurrente trabajaban en la Dirección de Violencia Intrafamiliar del Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva de la Secretaría de Salud federal. Sería muy extraño que un servidor público de esa área llevara a cabo actos de acoso u hostigamiento sexual contra una subordinada en presencia de otros subordinados suyos. Por su índole misma, tales actos, que suceden exclusivamente entre el agresor y la persona ofendida, ocurren sin que nadie más esté presente.

Por otra parte, es de advertirse que el Tribunal Colegiado sufrió confusión respecto de las fechas. Adujo que la recurrente ya no tenía derecho a informar de lo que le aconteció a partir del momento en que se dictó la resolución recaída en el procedimiento CHAS/0113, a pesar de lo cual contó su caso en una reunión con la Red Nacional de Refugios. Sin embargo, es de advertirse que esa reunión tuvo lugar el 30 de junio de 2013 mientras que la resolución del procedimiento CHAS/0113 no se emitió sino hasta el 1o. de agosto de ese año, es decir más de un mes después. Esto es, la doctora Quetzalli Soria habló de su caso en la Red Nacional de Refugios cuando aún no se emitía la resolución en ese procedimiento.

Pero, además, tal procedimiento carecía de valor jurídico pues es un hecho notorio que las normas conforme a las cuales se llevó a cabo nunca fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*, y, por tanto, jamás estuvieron vigentes. Entonces, el quejoso jamás fue sometido a procedimiento legal alguno. Más todavía: el propio Comité ante el cual se llevó a cabo tal peculiar procedimiento metajurídico dejó en claro en su *informe final*, como ya se

había apuntado, que carecía de facultades para investigar los hechos de que conocía y en su caso imponer la sanción correspondiente.

Es de observarse asimismo que la recurrente acudió a la Red Nacional de Refugios por apoyo y orientación en su calidad de víctima. No puede ignorarse que la simple acción de denunciar sin apoyo alguno hace más probable que sobrevengan represalias, por lo que la recurrente tenía derecho de solicitar respaldo en su carácter de ofendida. Además, narrar el episodio traumático es una necesidad psicológica de la víctima. Desconocerle ese derecho es revictimizarla. El propio Tribunal Colegiado reconoce que "el impacto psicológico del acoso sexual en el trabajo crece cuando la víctima calla y oculta el acoso por miedo a represalias o a la falta de credibilidad" (párrafo 247).

En contradicción con su propio reconocimiento, el Tribunal Colegiado desconoció en su sentencia la necesidad que tiene la víctima de denunciar los hechos en el entorno en que se desenvuelve para buscar información, asesoría y apoyo. La quejosa no acudió a denunciar los actos con que fue agraviada a un medio masivo de comunicación. La mención del caso en un medio de tal naturaleza ocurrió en el programa de Canal 11 *Primer plano*, y la mención la hizo la académica María Amparo Casar. Esto ocurrió el 25 de abril de 2016, más de dos meses después de que el presunto hostigador promoviera juicio de amparo civil por daño moral contra la doctora Quetzalli Teresa Soria, por lo que evidentemente no era objeto de la *litis*, razón por la cual no se tomó en cuenta en el juicio civil.

Dado que el programa *Primer plano* puede verse en Internet, el Tribunal Colegiado consideró que se trata de un hecho notorio que debe considerarse prueba plena. Pero esta prueba, como se ha apuntado, no fue considerada en el juicio civil y, por tanto, la recurrente quedó respecto de la misma en estado de indefensión pues no tuvo oportunidad de ejercer el derecho a controvertir su valor y su alcance. El artículo 333 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México establece que sólo podrán considerarse plenas las pruebas cuando no se impugne su autenticidad o exactitud. La recurrente no fue oída en juicio respecto de tal prueba, por lo que se violó su derecho de audiencia. En ningún momento pudo alegar que ella no aparece en el video ni se le menciona como fuente de información, por lo cual lo que se dijo en el programa no es una manifestación atribuible a ella.

Al admitir el Tribunal Colegiado tal prueba como superviniente y hecho notorio, alteró la controversia de origen. En el amparo directo el acto reclamado debe apreciarse tal como fue probado ante la autoridad respon-

sable, por lo que no deben admitirse ni tomarse en consideración pruebas que no hubieran sido admitidas en el juicio de origen.

Independientemente de esa grave irregularidad, es de observarse que en la resolución del Tribunal Colegiado ese video se toma como una prueba del supuesto acto ilícito de la recurrente contra el quejoso, con lo cual se sanciona a la doctora Quetzalli Teresa Soria por una conducta ajena a ella. Es de hacerse notar que al hacer su comentario María Amparo Casar señaló que recogió el testimonio de una mujer que se dijo víctima de acoso/hostigamiento sexual, quien no quiso dar su nombre. Y que *no es ella* —la doctora Soria— *sino tres compañeras* las que identifican como perpetrador al entonces director del Programa Nacional de Prevención de Violencia Familiar y Contra las Mujeres.

Es decir, además de que la doctora Quetzalli Soria no narró su caso en un medio de comunicación, María Amparo Casar no dijo quién le había dicho que la recurrente había sido víctima de acoso sexual, pero sí precisó que no fue la víctima sino tres compañeras las que precisaron la identidad del agresor. Añadió que le hicieron saber que había varias denuncias, de al menos cuatro personas, contra el presunto hostigador. Así que sancionar a la doctora Quetzalli Soria por una conducta de otras personas configuraría una pena trascendente violatoria del artículo 22 constitucional. Ni sobre lo dicho por esas *tres compañeras*, como se refirió a ellas María Amparo Casar, ni sobre lo manifestado por ésta en el programa *Primer plano* de Canal 11, tenía ningún control la doctora Quetzalli Soria.

El Tribunal Colegiado instauró un nuevo criterio de interpretación constitucional al sostener que el quejoso, en su calidad de funcionario público, no tenía una protección leve sino moderada de su honor porque las acusaciones "están relacionadas directamente con la función que desempeña en el sector salud… y, al ser contrarias a la conducta que se espera del servidor público, no encuadran estrictamente en el estándar general de protección de la libertad de expresión frente al derecho al honor" (párrafo 186 de la sentencia recurrida).

Es de recordarse que la protección del honor de los servidores públicos es leve precisamente en razón de su deber como servidores públicos, es decir en razón de la conducta que se espera de ellos, y en razón del interés de la sociedad en el escrutinio de sus actividades como tales. Si se le imputara a un servidor público un acto que no tenga que ver con sus funciones, no se le estaría haciendo una imputación que tuviera que ver con su deber de servidor público. La protección leve de su honor se basa en el carácter

de interés público que conllevan sus actividades o actuaciones en relación con sus deberes como servidor público.

La aseveración del Tribunal Colegiado según la cual el quejoso no tenía una protección leve de su honor porque se le acusó de una conducta que contrariaba sus deberes como servidor público desconoce toda la doctrina y la jurisprudencia mexicana e interamericana que indican justamente lo contrario. La protección de su honor era leve frente a la protección amplia del derecho a la libertad de expresión de la recurrente *precisamente* porque la acusación tenía que ver con sus funciones de servidor público. La acusación contra el presunto hostigador fue por conductas realizadas durante la realización de tareas y en lugares relacionados con su cargo de servidor público.

## IV. Recurso de revisión

Por lo expuesto, la doctora Quetzalli Teresa Soria Cervantes interpuso el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El recurso fue admitido y dio lugar al expediente de amparo directo en revisión 8287/2018, del que conoció la Primera Sala. El proyecto estuvo a cargo del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

El problema jurídico, acotó la Primera Sala, consistía en analizar si el Tribunal Colegiado había realizado "una adecuada ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión junto con el derecho a la tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad bajo una perspectiva de género vinculado al derecho de las mujeres a una vida libre de violencia; así como el derecho de legalidad y seguridad jurídica".

La Suprema Corte aludió a su doctrina de real malicia o malicia efectiva, conforme a la cual la imposición de sanciones civiles derivada de la emisión de opiniones, ideas o juicios corresponde exclusivamente a los casos en que la información es falsa y se produce con real malicia, es decir, con conocimiento de que la información es falsa o bien se duda de su veracidad y se procede con una total despreocupación por verificarla (párrafo 67).

El alto tribunal cita el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha afirmado que debido a la naturaleza de la violencia sexual no es posible esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales, pues el agresor espera a que la víctima se encuentre sola para llevar a cabo

su conducta. Por ende, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho (párrafo 118).[3]

El alto tribunal recuerda que, conforme a la Constitución federal y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, todos los órganos jurisdiccionales deben impartir justicia con perspectiva de género a fin de satisfacer los derechos humanos de las mujeres a una vida libre de discriminación eliminándose todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género (párrafo 152).

La Suprema Corte sostiene que no es posible limitar el derecho de las mujeres a manifestar sus inconformidades, quejas, denuncias, opiniones y expresiones en torno al fenómeno de violencia de género (párrafo 179). Señala que es de particular relevancia la justificación del Comité para Prevenir y Atender Casos de Hostigamiento y Acoso Sexual que sustanció el procedimiento administrativo, el cual "reconoce los alcances y limitaciones del procedimiento de atención y del propio órgano colegiado respecto de la imposibilidad de constituirse como instancia de investigación o enjuiciamiento, calificar los elementos de convicción o establecer sanciones" (párrafo 182). Y expone un argumento clave contra el fallo recurrido:

> ...mientras persista la imposibilidad de esclarecimiento de los hechos denunciados, no es legítimo limitar la libertad de expresión ya que es una de las vías que restan a la quejosa adhesiva para hacer valer sus manifestaciones, Dicho de otro modo, al evidenciarse que no existe declaración de autoridad ni en instancia administrativa, ni judicial, que determine que los dichos de la quejosa adhesiva resulten falsos, es de concluir que no existe intención de daño a otro por declaraciones falsas... (párrafo 184).

En atención a las consideraciones expuestas, la Suprema Corte revocó la sentencia recurrida. Es una resolución histórica. Si se hubiese confirmado el amparo otorgado al quejoso, se habría sentado un precedente en virtud del cual las mujeres de nuestro país tendrían que guardar absoluto silencio, cuando no dispusieran de pruebas o no se hubiera dictado una resolución condenatoria, ante el acoso o el hostigamiento sexual de sus jefes laborales u otros superiores jerárquicos, lo que indudablemente sería lesivo para los derechos humanos de todas ellas.

---

[3] *Cfr. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216, párrafo 89.

# UNA MIRADA A LA RELACIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL. REVISITANDO UNA LECCIÓN DE DON SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Zamir Andrés FAJARDO MORALES*

SUMARIO: I. *Introito*. II. *Los derechos humanos y el derecho penal. Releyendo a Don Sergio*. III. *Los límites al* ius puniendi. IV. *La acción estatal contra el crimen:* ius puniendi, obligatio puniendi *y* vetitum puniendi. V. A *manera de conclusión. Repensando la* ultima ratio *del derecho penal*. VI. *Bibliografía*.

## I. INTROITO

Luego de ser inmerecidamente distinguido con la invitación a escribir estas líneas (culpa exclusiva de mis queridos amigos Guillermo y Pedro y de mi querida amiga María Elisa), la primera tarea que emprendí para estar a tono con el propósito de esta obra colectiva fue buscar en mi memoria aquella anécdota, conversación, espacio compartido, correo electrónico o cualquier otra interacción que pudiera recuperar en este escrito para visibilizar el afecto y admiración profundas que siento por el excelso maestro, Don Sergio García Ramírez (en adelante Don Sergio, como muchas personas le decimos con profundo respeto y admiración).

Aunque no faltan en mi vida esos privilegiados espacios de interacción con Don Sergio, decidí no presumirlos y opté mejor por echar mi mirada hacia atrás en la obra misma de este extraordinario jurista, a quien reconozco como una autoridad tanto en materia de derechos humanos como de derecho penal. Estas son las dos materias por las que he tenido la fortuna

* Abogado, defensor de derechos humanos. *@ZFajardoMorales*; *profesorfajardomorales@gmail.com*.

de conocerle y estudiar parte de su extensa obra; es justamente la interacción entre estas dos materias y su actual relevancia global, lo que me lleva a retomar un clásico escrito por él hace más de cincuenta años para, en hombros de gigante, postular algunas de mis ideas sobre la relación entre derechos humanos y derecho penal.

Cierto es que la obra de Don Sergio, extensa, rigurosa, profunda, crítica y justa, en mucho ha contribuido a desarrollar tanto el derecho penal como los derechos humanos tanto en México como en Iberoamérica. Empero, mi propósito no es reconstruir toda su obra (empresa muy necesaria, pero inviable en este escrito), sino algo muchísimo más modesto, esto es, recuperar algunas ideas básicas de nuestro querido maestro, sobre la relación entre los derechos humanos y el derecho penal.

## II. Los derechos humanos y el derecho penal. Releyendo a Don Sergio

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo dejó constancia de que en 1967[1] la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) le pidió al [hoy] Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM que organizara un Seminario en materia de derechos humanos, con miras a conmemorar, "en el postrer trimestre de 1968, el vigésimo aniversario de las dos Declaraciones de Derechos Humanos, a saber: la Universal y la Americana".[2] Dicho seminario contó con dos ciclos: uno de seis cursillos básicos y otro de diversas conferencias

[1] No hay que perder de vista que la Convención Americana sobre Derecho Humanos fue adoptada en San José de Costa Rica, dos años después, entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969.

Tal como lo refiere René Cassin, el evento al que estamos aludiendo tuvo una enorme trascendencia, pues, "[a]l haber reunido a especialistas eminentes de los derechos del hombre [sic], El Instituto de Investigaciones Jurídicas puede estar orgulloso de su obra por una doble razón: de una parte, ha hecho posible una contribución científica de los juristas al Año Internacional de los Derechos del Hombre [sic]; y también ha participado eficazmente, por los estudios que suscitó, a la adopción al año siguiente de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]". Véase Cassin, René, "Prefacio", en Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (coord.), *Veinte años de evolución de los derechos humanos. Seminario internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 12.

[2] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (coord.), *Veinte años de evolución de los derechos humanos. Seminario internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 15.

especializadas. Dentro del muy selecto grupo de expertas y expertos que tuvieron a cargo las actividades de este Seminario, naturalmente se encontraba el ya entonces muy destacado jurista mexicano Don Sergio García Ramírez.

Con 30 años recién cumplidos Don Sergio tuvo a su cargo el cursillo (*sic*) denominado "Los derechos humanos y el derecho penal". De esta anécdota histórica sobre su participación en aquel importante Seminario Internacional queda claro que Don Sergio es, desde hace más de medio siglo, un reconocido experto internacional tanto en materia de derechos humanos como en materia penal. Con la inmejorable pluma que le caracteriza, hace 53 años Don Sergio legó a la profesión jurídica una carta de navegación para identificar la relación entre estas dos materias, es este texto el que me interesa recuperar para su relectura.

En dicho texto, su preclaro autor retoma la influencia del constitucionalismo liberal y del constitucionalismo social, en la evolución de los derechos humanos; poniendo de presente que, hasta lograr su presente reconocimiento universal, los derechos humanos cursaron *una lenta y difícil historia*;[3] destacando la influencia de las grandes declaraciones americana y francesa el autor enfatiza la importancia del reconocimiento de los derechos a la persona como sujeto individual (no ya como reflejo de los deberes del monarca, ni como privilegio de estamentos y corporaciones) y pone en evidencia cómo en los instrumentos constitucionales y en las declaraciones burguesas se encuentran los cimientos de diversos principios, derechos y garantías penales.

En el tercer apartado de este importante documento el autor nos recuerda que el desarrollo de los derechos humanos no ha sido materia exclusiva del derecho doméstico de los Estados, sino que, más bien, *su virtud expansiva los ha llevado a ganar las tierras del Derecho de gentes, ostensiblemente dinamizado.*[4] El derecho internacional público de mayor antigüedad consideró sujetos suyos sólo a los Estados, empero "progresivamente ha llegado el Derecho internacional a la regulación directa de los derechos individuales".

Enfatiza Don Sergio *el papel descollante que para la vigencia efectiva de las normas a que nos hemos referido tiene la existencia y evidente operancia de una jurisdicción internacional*.[5] Ciertamente, con la agudeza mental que le caracteriza, antes de que siquiera se aprobara la Convención Americana sobre Derechos

---

[3] Véase García Ramírez, Sergio, "Los derechos humanos y el derecho penal", en Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (coord.), *Veinte años de evolución de los derechos humanos. Seminario internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 156.

[4] Véase *idem*.

[5] Véase *ibidem*, p. 159.

Humanos, Don Sergio ya nos ayudaba a identificar, con claro énfasis para la región, la importancia del acceso a la justicia internacional y avizoraba igualmente la necesidad de una jurisdicción penal universal.

Para Don Sergio, la ley penal del Estado es la más fuerte proyección del imperio en tiempos de paz y por ende "se ha difundido el carácter territorial del derecho punitivo, que se deduce del concepto tradicional de soberanía",[6] mismo que se ve desafiado, entre otros, por el principio de la justicia universal, de la cual el derecho penal internacional terminará siendo su más potente desarrollo.

Asimismo, nos ilustra sobre el control excluyente por parte del Estado del *jus puniendi*, matizado a partir de las figuras de la legítima defensa y la venganza como dos institutos jurídicos que por definición desafían el control total de dicho *jus puniendi.* De otro lado, nos recuerda que el principio de legalidad se encuentra firmemente atado a los derechos humanos en materia penal[7] y que *entre las más caras conquistas contemporáneas figura la igualdad de todos los hombres ante el derecho*.[8]

Dentro de las ideas que asumimos como cardinales del texto de nuestro maestro tenemos la premisa de que la *acción estatal contra el crimen* tiene cuatro dimensiones: preventiva, represiva, persecutoria y ejecutiva.[9] Lo anterior, aunado a su planteamiento de que las declaraciones de derechos establecen disposiciones relacionadas con el delito y con la ley penal, y también con lo que respecta a la pena, entendida por Don Sergio como la consecuencia jurídica fundamental de la actividad delictiva.

También se pone de presente en el texto en comento que el derecho penal puede funcionar como un límite a los derechos humanos, ya sea en aquellas situaciones en que *en su ejercicio ocurran desbordamientos o desviaciones que se traduzcan en perjuicio social* o que impidan a otras personas *hacer uso de sus propios derechos y mantener a salvo sus bienes jurídicos*; también el derecho penal puede servir como insumo para hacer frente a graves situaciones de emergencia que ponen en peligro a la sociedad en su conjunto.[10]

Esta síntesis hasta aquí presentada (que no pretende ser exhaustiva, pero sí invitar a su lectura integral[11]), nos permite entender la mirada propues-

---

6 Véase *ibidem*, p. 164.

7 Véase *ibidem*, p. 160.

8 Véase *ibidem*, p. 162.

9 Véase *ibidem*, p. 159.

10 Véase *ibidem*, p. 167.

11 Una versión completa del libro se puede encontrar en *http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/19028* (fecha de consulta: 10 de diciembre de 2021).

ta por Don Sergio respecto la relación entre derechos humanos y derecho penal, y además nos ayuda a establecer las premisas principales de nuestro análisis.

En este orden de ideas, como ya quedó asentado, para Don Sergio la acción estatal contra el crimen tiene cuatro dimensiones: preventiva, represiva, persecutoria y ejecutiva y en el marco de dicha acción, es posible atender graves situaciones de emergencia, evitar perjuicios sociales y garantizar el ejercicio de derechos y proteger los bienes jurídicos de todas las personas. Esto es, el derecho penal cumple importantes funciones en las sociedades y respecto de todas ellas entra en relación con los derechos humanos.

## III. Los límites al *ius puniendi*

Leyendo a Don Sergio consideramos que en las épocas que cursan, desde un enfoque de derechos humanos, no es dable suscribir una mirada abolicionista del derecho penal (como lo hace una parte de la criminología crítica), pero ello no implica que se abogue por (se legitime o se defienda) un derecho penal expansivo, desproporcionado o irrazonable.

El derecho penal encuentra en los derechos humanos[12] (vistos como auténticos principios de moralidad pública) una potente herramienta para definir contornos y límites a la acción estatal contra el crimen (tanto preventiva, como represiva, persecutoria y ejecutiva), permitiendo controlar su diseño y funcionamiento e incluso imponiéndole objetivos a alcanzar (*v. gr.* el combate a la impunidad, la búsqueda de la verdad y la garantía efectiva de ciertos derechos de las víctimas).

Al final de cuentas un derecho penal liberal, al que parece adscribir claramente Don Sergio, está permanentemente preocupado porque el poder (punitivo y en cualquiera de sus formas) no se ejerza en contravía de los más caros bienes y valores constitucionales, siendo que los derechos humanos (herederos del pensamiento político liberal), como eje articulador

[12] Nino ha enfatizado la idea de que "la pena puede ser un medio de protección a los derechos humanos", al desarrollar sus argumentos en el debate escrito que sostuvo con Zaffaroni sobre *la pena*. Mientras que Nino defiende la utilidad de la pena (desde una mirada de prevención general, principalmente), el segundo la cuestiona duramente (aunque aclara: "no soy abolicionista, sino agnóstico respecto del sistema penal") señalando la que, en su criterio es "la más ardua pregunta sobre la pena: **¿vale la pena?**" (negrillas del original). Véase "El debate Nino-Zaffaroni", *Revista No hay derecho* (II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8); y III, 8 (1993), Argentina, 21 de marzo de 2016, pp. 25-26, disponible en: *http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43072-debate-nino-zaffaroni*.

del constitucionalismo contemporáneo, ayudan a delinear y fijar con claridad los límites y contornos de lo que le es permitido, de lo que le está prohibido y de lo que le es imperativo al Estado en su acción contra el crimen, de ahí que los derechos humanos en nuestro días, delimiten esencialmente la constitucionalidad/convencionalidad del derecho penal.

Además de esta relación estructural entre derechos humanos y derecho penal (en el que aquéllos son parámetro de regularidad de éste), consideramos que debe ponerse de presente una cuestión relacionada con la intervención (o no) del Estado en determinadas materias. La acción estatal contra el crimen (tanto preventiva, como represiva, persecutoria y ejecutiva) tiene, en nuestra opinión, por lo menos tres extremos:

1) El derecho penal se comporta como una garantía específica insoslayable frente a las violaciones graves a derechos humanos. Las violaciones graves a los derechos humanos deben ser perseguidas penalmente y su persecución es un *deber jurídico* para el Estado, por lo que es posible postular una auténtica *obligatio puniendi*.[13] Deberíamos considerar en este punto que no se trata de abandonar el principio de *ultima ratio*, ni siquiera de desafiarlo; de lo que se trataría más bien es de una reducción de la libre configuración del legislador, de suerte que la decisión de sancionar o no las graves violaciones a los derechos humanos ha quedado fuera del dominio del derecho interno y se ha configurado como una suerte de garantía universal de acceso a la justicia para las víctimas de tales violaciones graves y como una medida de prevención general (de tinte universalista) que parte de la convicción de que la impunidad genera la repetición crónica de tales conductas.

   La universalidad racional de la dignidad y del valor inherente de la persona humana sirve como un contundente soporte axiológico para la *obligatio puniendi*. Siguiendo la metáfora del escudo y la espada desarrollada por Ambos,[14] las violaciones graves a los derechos humanos exigen a los Estados tener afiladas sus espadas, para proveer la protección a las víctimas. Tal como lo recuerda Ambos, citando a Weigend:

---

[13] Sobre este punto véase Ambos, Kai, "Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, España, núm. 22, año 2020, 22-15, disponible en: *http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-15.pdf.*

[14] *Ibidem*, p. 4.

> La dignidad de una persona puede ser violada cuando, después de haberse convertido en víctima de un delito grave, las autoridades estatales le dicen, sin haber cursado investigación alguna, que a nadie le interesa el asunto y que solo ael [sic] le resulta imputable el daño o que el [sic] es el verdadero culpable.[15]

En suma, la *obligatio puniendi*, en tanto obligación jurídica del Estado,[16] exhorta y emplaza a todos los poderes públicos de los Estados, en el ámbito de sus respectivas competencias. De ahí que las manifestaciones concretas de dicha *obligatio puniendi* se deriven en el derecho subjetivo de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos (acaso de la humanidad[17] en su conjunto) a la criminalización de las conductas y las consecuentes persecución y castigo efectivo de los victimarios.

---

15 *Ibidem*, p. 8.

16 Coincidimos con Ambos en que "[u]na subjetivada obligatio puniendi, en última instancia, solo puede encontrar apoyo en una combinación entre la argumentación orientada a la víctima y la dirigida a la garantía efectiva de acceso a la justicia". Véase *ibidem*, p. 18.

Aunque también consideramos que debe reconocerse la naturaleza especial de las obligaciones jurídicas derivadas de los tratados internacionales; tal es el caso de las convenciones interamericanas en materia de tortura y de violencia contra las Mujeres (Belem do Pará), por citar dos ejemplos, que desde su propio *nomen iuris*, establecen como objeto y fin del tratado el de *sancionar* la tortura y la violencia contra las Mujeres, respectivamente.

La postura de reconocer un derecho a que las violaciones [graves] a derechos humanos sean efectivamente sancionadas, ha encontrado decididos contradictores (como Ezequiel Malarino); es cierto que la fundamentación de dicha obligación jurídica está lejos de encontrarse consolidada de manera pacífica; empero, los argumentos que se esgrimen por dicho autor incurren en el error de sacralizar el principio de legalidad y otros principios conexos. Véase Malarino, Ezequiel, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Elsner, Gisela (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 25-61, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26835.pdf*.

17 El concepto de lesa humanidad, aunque ha tenido un uso expansivo en la jurisprudencia internacional [penal y de derechos humanos], aun tiene mucho que aportar para el propósito establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de buscar la consolidación de un auténtico régimen de derecho para la protección de los derechos humanos. Sobre este propósito de la comunidad internacional véase Fajardo Morales, Zamir Andrés, "La DUDH y el régimen de derecho para la protección de los derechos humanos: el largo camino hacia un Ius Commune Universal", en Franco Martín del Campo, María Elisa *et al.* (coords.), *Voces por la universalidad de los derechos humanos. A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020, pp. 29-65.

2) En el extremo opuesto de la *obligatio puniendi* tenemos la prohibición para los Estados, en tanto garantes de los derechos humanos de criminalizar y castigar el ejercicio legítimo de los derechos y las libertades: una suerte de *vetitum puniendi*. Al igual que la *obligatio puniendi*, la *vetitum puniendi* encuentra sustento en la dignidad humana y se comporta como un extremo indisponible por el legislador en el ámbito de su libertad de configuración; así, la decisión de sancionar o no el ejercicio legítimo de los derechos humanos es terreno vedado al dominio del derecho interno y los Estados no sólo no pueden criminalizar el ejercicio de los derechos y libertades sino que deben respetarlo, garantizarlo, promoverlo y protegerlo y cualquier intento de criminalización (de *iure* o de *facto*) comporta una violación a las obligaciones del Estado en la materia.
3) Ha quedado planteado hasta este punto que los Estados tienen dos terrenos no disponibles: de un lado, la *obligatio puniendi* (OP) que se refiere a la obligación jurídica de sancionar las violaciones graves a derechos humanos; de otro lado, la *vetitum puniendi* (VP) que constituye una prohibición de utilizar el derecho penal para sancionar el ejercicio legítimo de los derechos humanos y sus garantías; como se dijo OP y VP comportan auténticos límites a la libertad de configuración legislativa. En este orden argumentativo, consideramos que el *ius puniendi* (IP) del Estado presupone el ámbito de la libre configuración del legislador, que atado a principios constitucionales como la necesidad, la proporcionalidad, la razonabilidad y la *ultima ratio*, por citar algunos, determina la *acción estatal contra el crimen* (retomando el concepto propuesto por Don Sergio) estableciendo las medidas preventivas, represivas, persecutorias y ejecutivas que considera adecuadas en cada momento y contexto determinados.

   Dichas medidas deben atender los límites que el derecho de los derechos humanos les impone. Asimismo, como bien lo plantea Don Sergio, el Estado puede utilizar el derecho penal para limitar o restringir válidamente el ejercicio de determinados derechos. Esta idea actualmente resulta pacífica, bajo el entendimiento de que no existen derechos absolutos y que por ende las restricciones a su ejercicio están permitidas; empero esta posibilidad para el legislador tampoco es absoluta.

   Así, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que

> Si bien el legislador, quien actúa en representación del Estado en cuya cabeza está radicado el *ius puniendi*, puede señalar, de acuerdo con una política criminal preestablecida, como punibles determinados comportamientos que considera nocivos para la vida social y fijar las sanciones o consecuencias jurídicas que de su incursión se derivan, esa potestad no es absoluta pues encuentra límites en los principios, valores y demás normas constitucionales que está obligado a respetar. la Corte también ha sostenido que cuando el legislador en desarrollo del *ius puniendi* restringe un derecho fundamental, en principio, tal restricción no viola la Constitución, pues el legislador está plenamente facultado para hacerlo, salvo que la restricción misma resulte lesiva del ordenamiento superior. [18]

También ha sostenido la referida Corte que

> el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el legislador, obviamente, dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) e igualmente modifica el procedimiento y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual, dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal del proceso penal.[19]

De lo que se ha expuesto hasta este punto debe hacerse notar que la restricción al ejercicio de los derechos humanos opera como una excepción a la regla general de garantía para el libre y pleno ejercicio de los mismos. Así, debe distinguirse claramente entre la prohibición (VP) de criminalizar

---

[18] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-581/01, magistrado ponente Jaime Araujo Rentería, sentencia del 6 de junio de 2001.

[19] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-609/96, magistrado ponente Fabio Morón Díaz, sentencia del 5 de diciembre de 1996.

el ejercicio legítimo de los derechos y la facultad de adoptar determinadas restricciones a dicho ejercicio, en el supuesto de que entren en juego otros valores, principios o propósitos de idéntico rango constitucional/convencional que permitan al legislador ofrecer una justificación robusta para adoptar dicha restricción, que por su propia naturaleza debe ser de interpretación y aplicación estricta.

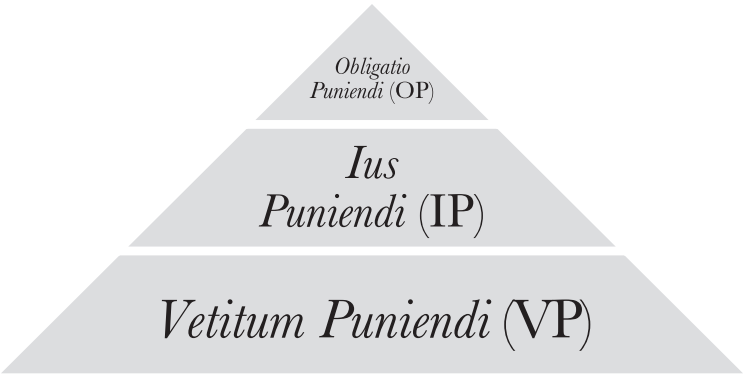
De lo anterior se sigue que cuando el legislador adopta una restricción al ejercicio de un derecho humano y dicha restricción cumple con los cánones estrictos constitucionales y convencionales, debe entenderse que el ejercicio del derecho así restringido ya no está cubierto por lo que hemos denominado "ejercicio legítimo", de suerte que una restricción válida tiene suficiente entidad para deslegitimar el ejercicio del derecho restringido; de ahí la importancia de tomarse en serio y con suma cautela las restricciones a los derechos (*v. gr.* la prisión preventiva *vis-a-vis* formas desfiguradas de restricción de la libertad personal como el arraigo y la "prisión preventiva oficiosa" para el caso de México).

## IV. La acción estatal contra el crimen: *ius puniendi*, *obligatio puniendi* y *vetitum puniendi*

En nuestro criterio, mientras el *ius puniendi* (IP) tiene la forma jurídica de una *facultad* del Estado, la *obligatio puniendi* (OP), como su nombre lo indica, toma forma mediante el operador deóntico de *obligación* y la *vetitum puniendi* (VP) mediante el de *prohibición*. En estos términos la relación entre el derecho penal y los derechos humanos presupone, a cargo del Estado una facultad, una obligación y una prohibición, todas las cuales dialogan abiertamente con el régimen de obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

La siguiente fórmula resume la *acción estatal contra el crimen* (AECC) vis-a-vis los derechos humanos: AECC = IP + OP + VP. Esta fórmula se puede representar gráficamente como sigue:

GRÁFICA 1
*Acción estatal contra el crimen (AECC).*
*Concepto propuesto por Don Sergio García Ramírez*




La gráfica anterior permite plantear algunas consideraciones.

*a)* OP y VP condicionan la libre configuración legislativa; empero, ello no implica que dichas obligación y prohibición no deban ser materia legislativa. Así, de buena fe, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias, adecuadas y efectivas para que se logre la sanción penal de las violaciones graves a derechos humanos y de otro lado para que no se criminalice (o para que se descriminalice, en su caso) el legítimo ejercicio de los derechos humanos. Dada la progresividad de los derechos humanos, es probable que conductas que antes no se consideraban violaciones graves a derechos humanos o, en su caso, ejercicio legítimo de derechos, sean reconocidas como tales por el sistema jurídico y por ende deban salir del terreno del IP y entrar a integrar una OP o una VP, según el caso.

De esta suerte, el legislador deberá criminalizar las nuevas conductas que emerjan como violaciones graves y no criminalizar o descriminalizar aquéllas otras que se reconozcan como ejercicio legítimo de derechos y libertades; tal sería el caso de la desaparición forzada de personas (que debe estar reconocida como delito, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos [DIDH]) y de otro lado, como ejemplo de VP, la paulatina [y muy justa] descriminalización del aborto que se vive en las fechas que corren.

*b)* La posibilidad de que una conducta pase del dominio del IP al de la VP implica que el Estado no puede descuidar aquellas situaciones en las que entra en juego el efecto horizontal de los derechos humanos. De esta manera, debe tenerse claro que existen circunstancias en las que las personas se causan daños entre sí al ejercer diversos derechos y libertades, de manera que el descriminalizar una conducta no necesariamente implica que los daños causados deban ser irrelevantes para el Estado. En otras palabras, un tipo de conducta, que implique el ejercicio de un derecho, puede salir del dominio del IP y entrar en el del VP y aun así puede implicar, por ejemplo, que sean susceptibles de resolución en la vía civil;[20] tal es el caso de los delitos relacionados con la libertad de expresión.

Existe una marcada tendencia del DIDH a buscar que los daños a los derechos de la personalidad que se puedan causar al ejercer la libre expresión sean canalizados a las vías civiles, buscando además la descriminalización de la injuria y la calumnia, con la consecuente regulación de dichos ilícitos[21] en el ámbito civil. Así, los daños a los derechos de la personalidad se descriminalizan en el derecho penal, pero mantienen un reproche jurídico como ilícitos civiles,[22] con lo que el Estado genera condiciones para cumplir su obligación de garantizar tanto la libertad de expresión, como los derechos de la personalidad.

---

[20] Sin perjuicio de reconocer los avances que el derecho penal internacional ha logrado en materia de responsabilidad individual por crímenes internacionales que envuelven graves violaciones a los derechos humanos, algunos autores, en la actualidad, abogan por la existencia de una "jurisdicción civil universal" frente a violaciones graves de derechos humanos, entendiendo que resulta "necesario conciliar el alcance de las jurisdicciones estatales con el derecho a la justicia de las víctimas, lo que comporta un compromiso solidario erga omnes de evitar la denegación de justicia a toda víctima". Véase Bonet Pérez, Jordi, "Aproximación jurídica internacional al ejercicio de la jurisdicción civil universal frente a violaciones graves de derechos humanos", *Revista Deusto de Derechos Humanos*, España, núm. 5, 2020, pp. 13-40.

[21] Una tercera hipótesis en este punto es que la conducta que daña un derecho de la personalidad tampoco constituya un ilícito civil, caso en el cual el daño sufrido debe soportarlo quien lo recibe, como sucede en los debates de responsabilidad civil en los que una figura pública alega que una persona periodista violó su derecho a la reputación y, por ejemplo, no logra demostrar que se cumple con el estándar de real malicia (que es criterio especial para analizar el factor subjetivo de imputación de la responsabilidad).

[22] Lo anterior no implica que el derecho civil no pueda también constituirse como una intromisión desproporcionada frente al ejercicio de determinados derechos, y generar un efecto amedrentador (*chilling effect*) que conlleve una violación, imputable al Estado, respecto del derecho de que se trate.

*c)* Habrá conductas que constituyan violaciones a derechos humanos, pero que no alcancen la suficiente entidad para ser reconocidas como violaciones graves a derechos humanos, en ese caso, el Estado tiene claramente un IP condicionado a que se busque la mayor efectividad para la garantía de los derechos de las víctimas (verdad, justicia, reparación, principalmente). Sobre este punto consideramos que el legislador debe partir del principio de *ultima ratio* y propender por diseñar esquemas de protección de las víctimas sin acudir automáticamente al derecho penal. El Estado debe precaverse de un recurso facilista u oportunista al derecho penal, pues el populismo punitivo, en últimas, desgasta la percepción social del derecho penal, facilita los abusos y la injusticia y rompe el sentido del Estado de derecho al servicio de los derechos humanos, inclusive de aquéllos de los que son titulares las personas en conflicto con la ley penal.

*d)* Otra hipótesis de especial interés se deriva de aquellas situaciones normativas en que las Constituciones políticas o los tratados internacionales en materia de derechos humanos, establecen explícitamente casos de IP, de OP[23] o de VP. Especial referencia merece el artículo 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece: "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios". De esta disposición normativa convencional se tienen dos normas: N1: una VP que establece la prohibición expresa de uso del derecho penal (prisión por deudas) y N2: una norma de IP que faculta a los Estados a recurrir, o no, al derecho penal en lo que se refiere a incumplimientos de deberes alimentarios.

## V. A manera de conclusión. Repensando la *ultima ratio* del derecho penal

Pensar en cómo puede tomar forma el principio de la *ultima ratio* del derecho penal, nos pone de frente a por lo menos dos[24] escenarios diversos, aunque

[23] Ya nos referimos antes a la naturaleza especial de las obligaciones jurídicas derivadas de los tratados internacionales como las convenciones interamericanas en materia de tortura y de violencia contra las Mujeres (Belem do Pará), las cuales desde su propio *nomen iuris*, establecen como objeto y fin del tratado el de *sancionar* la tortura y la violencia contra las mujeres, respectivamente.

[24] Nos parece que la *ultima ratio* del derecho penal tiene una fuerte condicionante social,

interconectados: las decisiones políticas (del Ejecutivo y el Legislativo) y las decisiones judiciales que interpretan y aplican el derecho vigente. Sobre este último punto estoy convencido de que el principio en comento impactará en nuestro ordenamiento jurídico, en una relación directamente proporcional a la medida en que sea efectivamente aplicado por los poderes judiciales[25] (tanto locales como federal) como un principio jurídicamente vinculante, en todas las actuaciones que se realicen en el marco de la acción estatal contra el crimen.

Como me permití postular antes, la constitucionalidad/convencionalidad del derecho penal, materialmente, depende de su ajuste normativo a los derechos humanos; de esta suerte la forma en que se interpretan y aplican las normas del derecho penal (preventivas, represivas, persecutorias y ejecutivas), para que se apliquen realmente desde un enfoque de derechos humanos, debe tomarse en serio el principio de *ultima ratio* asegurando que la intervención estatal en los derechos de las personas sea un recurso al que sólo se acuda cuando sea estrictamente necesario.

Sobre este último punto, destaca la importancia de empezar a considerar cómo otras disciplinas jurídicas que son parte del moderno "derecho de daños" pueden contribuir a lograr que la intervención del Estado, sin descuidar los derechos de las víctimas, pueda hacerse a partir de un uso racional y proporcional de su *ius puniendi*. Reconsiderar la fuerza pre-

---

en el plano de la percepción de inseguridad. Lamentablemente la clase política se ha encargado de instrumentalizar la acción estatal contra el crimen (AECC) y mediante posturas populistas han prometido que su uso resolverá problemas sociales, principalmente de inseguridad, lo que las más de las veces no tiene ningún sustento empírico, pero vende una aparente tranquilidad a las personas.

Esta dimensión (sobre la que la psicología forense y la psicología social podrían aportar mucho) pone de relieve la fuerza de la prevención general que en efecto creemos que cumple el derecho penal. Ya antes referimos la expresión, utilizada por la Corte Interamericana, de que la impunidad genera la repetición crónica de los actos ilícitos, *contrario sensu*, combatirla (esto es, aplicar de manera pronta y eficaz el derecho penal; ver lo relativo a la *obligatio puniendi*, *supra*) impide la repetición crónica de las conductas ilícitas, premisa que, en nuestro criterio, es un claro derivado del concepto de prevención general que se le asigna al derecho penal. Recuperando el debate Nino-Zaffaroni al que aludimos antes, en este punto tendríamos que coincidir principalmente con Nino. En efecto, podríamos sostener que el derecho penal cumple una fuerte función psicológica respecto a la idea-percepción colectiva de seguridad/inseguridad. Si el derecho penal no cumpliera esta función de prevención general (una promesa implícita de seguridad en la que una buena parte de la población —no toda— cree), el populismo punitivo no tendría la fuerza que tiene.

[25] Subo mi apuesta por el Poder Judicial dado que, en modelos de presidencialismo expansivo, como el mexicano, el Poder Legislativo rara vez logra grados aceptables de autonomía, siendo la esperanza de equilibrio y contrapeso el Poder Judicial.

ventiva (general y especial) que puede llegar a tener el derecho de daños nos ayudaría a llenar de contenido el principio de *ultima ratio* pues, cierto es, en muchos casos la única posibilidad que tienen las víctimas de un acto ilícito de obtener justicia y reparación es la vía penal; sin embargo, en una auténtica democracia el derecho civil de la responsabilidad, el derecho de seguros, los mecanismos de protección constitucional de los derechos [como el juicio de amparo], entre otros, deberían tener la capacidad de atender los derechos de las víctimas, sin necesidad de activar la fuerza represora del Estado.[26]

De igual manera, en los conflictos entre particulares deberían privilegiarse los mecanismos de justicia restaurativa que permitan que dichos conflictos sean resueltos sin necesidad de acudir al derecho penal.

Por lo pronto, en lugar del derecho penal "atlético" (léase delgado y fuerte) que deberíamos tener, tenemos uno con "obesidad mórbida" que requiere con urgencia un tratamiento intensivo de constitucionalidad y convencionalidad.

## VI. Bibliografía

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (coord.), "Informe del coordinador y aclaraciones posteriores", *Veinte años de evolución de los derechos humanos. Seminario internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

Ambos, Kai, "Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, España, núm. 22, 2020, disponible en: *http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-15.pdf.*

Bonet Pérez, Jordi, "Aproximación jurídica internacional al ejercicio de la jurisdicción civil universal frente a violaciones graves de derechos humanos", *Revista Deusto de Derechos Humanos*, España, núm. 5, 2020.

[26] Bien valdría la pena estudiar mecanismos de compensación de accidentes a cargo de Fondos Públicos, como el *Accident Compensation Corporation* (ACC) de Nueva Zelanda y, para el caso mexicano, no permitir que se desfigure y desnaturalice el Fondo de Compensación a Víctimas, que tendría la potencialidad de permitirle a las víctimas exigir sus derechos, con independencia de que se active o no un procedimiento penal. Al respecto, ver el cuarto párrafo del artículo 4o. de la Ley General de Víctimas.

CASSIN, René, "Prefacio", en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (coord.), *Veinte años de evolución de los derechos humanos. Seminario internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-581/01, magistrado ponente Jaime Araujo Rentería, sentencia del seis (6) de junio de dos mil uno (2001).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-609/96, magistrado ponente Fabio Morón Díaz, sentencia del cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

"El debate Nino-Zaffaroni", *Revista No hay derecho* (II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8); y III, 8 (1993), Argentina, 21 de marzo de 2016, pp. 25 y 26, disponible en: *http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43072-debate-nino-zaffaroni*.

FAJARDO MORALES, Zamir Andrés, "La DUDH y el régimen de derecho para la protección de los derechos humanos: el largo camino hacia un Ius Commune Universal", en FRANCO MARTÍN DEL CAMPO, María Elisa *et al.* (coord.), *Voces por la universalidad de los derechos humanos. A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Los derechos humanos y el derecho penal", en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (coord.), *Veinte años de evolución de los derechos humanos. Seminario internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

MALARINO, Ezequiel, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en ELSNER, Gisela (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26835.pdf*.

# LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALIZADAS DE NACIONES UNIDAS

Mara GÓMEZ PÉREZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Tribunal Especial para Sierra Leona*. III. *Los páneles especiales para Timor Oriental*. IV. *Las cámaras extraordinarias de Camboya*. V. *Los paneles especiales para Kosovo*. VI. *Diferencias entre las jurisdicciones internacionalizadas y los tribunales internacionales*. VII. *Conclusión: ventajas y desventajas de los tribunales internacionalizados*.

Tuve la dicha de conocer personalmente al doctor Sergio García Ramírez cuando iniciaba mis estudios de doctorado en la UNAM. Le conocía por sus libros y artículos académicos, por su brillante desempeño como presidente de la Corte Interamericana y le había visto en una gran cantidad de conferencias y eventos. Sin embargo, fue hasta ese momento que pude exponerle el bosquejo de mi trabajo de tesis y someter a su consideración la posibilidad de que me lo dirigiera. Para mi enorme fortuna, el doctor aceptó.

Durante los años que tomó la elaboración de la tesis, tuvimos múltiples entrevistas, la gran mayoría en la Ciudad de México, pero también tuvimos ocasión de coincidir en eventos académicos en España y en Alemania. No ha habido un solo encuentro en el que no me haya provocado admiración pero, sobre todo, en el que no le haya aprendido algo nuevo. No sólo es vasto y profundo su conocimiento en materia penal y en derechos humanos, sino que, además, el doctor conjuga una notable capacidad discursiva, un trato sencillo, gentil y elegante y, además, una incomparable calidez humana. Ser su discípula es un honor que atesoro con enorme satisfacción.

Todas las indicaciones y consejos que me dio durante la elaboración de la tesis fueron inteligentes y más que acertados. No obstante, hubo

* Doctora en Derecho por la UNAM, especialista en Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

uno que, confieso, en un principio me causó desazón. El doctor me pidió en reiteradas ocasiones que abundara, aún más, en el análisis de los tribunales penales de Naciones Unidas. Lo hice, claro, pero a "regañadientes" pues, sinceramente, yo quería escribir más sobre derechos humanos y menos sobre derecho penal.

Ahora me doy cuenta de cuanta razón tenía mi profesor ya que, en el origen de la protección internacional de los derechos humanos, está el derecho penal, y dentro de él, con una importancia fundamental, están, nada más y nada menos, los mismísimos tribunales penales internacionales. Hoy día, gracias a mi director de tesis, puedo verlo con toda claridad. Precisamente por esa razón es que he decido dedicar este texto en su honor, a las jurisdicciones penales más interesantes y quizá, las menos estudiadas de la Organización de las Naciones Unidas: los tribunales internacionalizados.

## I. Introducción

Una manera de enfrentar las situaciones que provocan las guerras civiles, las dictaduras o los conflictos políticos, religiosos o étnicos en los que se han cometido violaciones masivas a los derechos fundamentales y donde las cortes nacionales suelen ser reacias a juzgar a los culpables que, por regla general, forman parte de los aparatos del Estado, son los llamados tribunales híbridos o tribunales internacionalizados.[1] Este tipo de tribunales se sitúan en una línea intermedia entre el orden nacional y el internacional, lo que les convierte en órganos sumamente interesantes.

Los tribunales internacionalizados se han creado en países o regiones con circunstancias muy difíciles, producto del término de graves conflictos o de acontecimientos muy complejos donde, a pesar de todo, las autoridades del Estado —y especialmente el sistema de justicia— no han sido destruidos por completo. De la misma forma, en su creación es determinante que el conflicto haya sido de tal magnitud que genere la voluntad política de la comunidad internacional de intervenir.

Se trata de jurisdicciones de naturaleza muy disímbola y creadas bajo el auspicio de las Naciones Unidas de muy diversas formas, pero todas ellas

[1] Esta denominación proviene de la expresión anglosajona *Internationalized Courts*. También se les conoce como *Metanational Courts*, tribunales mixtos, *Hybrid Courts* o cortes híbridas y tribunales de segunda generación.

integradas tanto por jueces nacionales como internacionales,[2] que aplican normas de derecho nacional y de derecho internacional, cuya residencia generalmente se ha establecido en los mismos países en donde se cometieron las violaciones graves y masivas a los derechos fundamentales, y que tienen como objetivo esencial juzgar a los responsables de estas violaciones. No se trata de instancias permanentes, sino de jurisdicciones que tarde o temprano deben desaparecer o transformarse en jurisdicciones nacionales[3] y, de hecho, algunas de ellas ya han pasado por ese proceso.

La doctrina coincide en que para que una jurisdicción pueda considerarse como internacionalizada, tiene que ser fruto de la participación de Naciones Unidas, esto es, que la ONU haya elaborado o, al menos, revisado los documentos de fundación del tribunal, que haya verificado que su creación está orientada hacia los fines que persigue la ONU y que se cerciore de que las normas que va a aplicar el tribunal cumplen íntegramente con los estándares internacionales en materia de principio de legalidad y debido proceso.[4]

Estos tribunales son verdaderamente una mezcla entre los tribunales nacionales y los internacionales, pues incluyen en sus estructuras tanto a personal de procedencia nacional como internacional y, al juzgar, aplican normas nacionales e internacionales, a la par de las reglas que derivan de los propios instrumentos que les dan origen y que pueden ser tanto nacionales como internacionales.

---

[2] Respecto de los jueces internacionales "Es importante señalar que... son todos extranjeros, pero se les denomina internacionales porque no representan a su país de origen sino a la comunidad internacional". Dondé Matute, Francisco Javier, *Derecho Penal Internacional*, México, Oxford, 2008, p. 164.

[3] Véase Cassese, Antonio, "The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Again International Criminality", en Romano, Cesare P. R. *et al*. (eds.), *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, pp. 5 y 6; Kuosmanen, Taru, *Bringing Justice Closer: Hybrid Courts in Post-Conflict Societies*, Helsinki Publications of the Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, University of Helsinki, 2007; Raub, Lindsey, "Positioning Hybrid Tribunals in International Criminal Justice", *Journal of International Law and Politics*, vol. 41, núm. 4, Verano de 2009, pp. 1013-1053; Cohen, David, "«Hybrid» Justice in East Timor, Sierra Leone, and Cambodia: «Lessons Learned» and Prospects for the Future", *Stanford Journal of International Law*, California, vol. 43, núm. 1, Invierno de 2007; entre otros.

[4] "...for a jurisdiction to fall within the category of 'hybrid court', its internationality has to stem from United Nations involvement" ("...para que una jurisdicción caiga en la categoría de 'tribunal híbrido', su internacionalidad tiene que ser fruto de la participación de las Naciones Unidas"). Kuosmanen, Taru, *Bringing Justice Closer...*, p. 5.

La justicia internacionalizada constituye un dilema para los constitucionalistas e internacionalistas, que no encuentran dónde colocarla y, al mismo tiempo, constituye la mejor prueba de que las líneas que dividen el orden jurídico nacional y el internacional —sobre todo en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales— cada día son más tenues.

Tradicionalmente, se han reconocido como jurisdicciones internacionalizadas las siguientes cuatro: el Tribunal Especial para Sierra Leona (*Special Court for Sierra Leone*); los Paneles Especiales para Timor Oriental (*Special Panels for East Timor*), las Cámaras Extraordinarias de Camboya (*The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*) y los Páneles Especiales para Kosovo (*International Panels of Kosovo* creados por la *U.N. Interim Administration Mission for Kosovo*). Los dos primeros ya se encuentran extintos, en tanto que los otros dos continúan funcionando. Aunado a ello y aunque con cierta discrepancia, también han sido catalogadas como tales: la Cámara de Crímenes de Guerra de la Corte Estatal de Bosnia-Herzegovina (*War Crimes Chamber of the State Court of Bosnia and Herzegovina*), y el Tribunal Especial para Líbano (*The Special Tribunal for Lebanon*).[5] Por razones de espacio, en este texto nos limitaremos a analizar brevemente los primeros cuatro tribunales, que son los que, sin duda, cumplen con todas las características para ser considerados como una jurisdicción internacionalizada de la Organización de las Naciones Unidas.[6]

---

[5] Ciertamente es difícil catalogar a estos tribunales como una jurisdicciones internacionalizadas; sin embargo, provocan dudas debido a lo interesante de su origen y, sobre todo, a su composición mixta, tanto nacional, como internacional. *Cfr.* Wetzel, Jan Erik y Mitri, Yvonne, "The Special Tribunal for Lebanon: A Court 'Off the Shelf' for a Divided Country", en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals: A Practitioner's Journal*, Boston, vol. 7, núm. 1, 2008, pp. 81-114, p. 87. Sobre los acontecimientos que dieron lugar a la creación del Tribunal Especial para Irak, véase Gürsöy Sökmen, Müge (ed.), *World Tribunal on Iraq. Making the Case against War*, Massachusetts, Olive Branch Press, 2008, 562 pp.; Gómez de Olea, Pablo, "El Proceso de Paz en Bosnia-Herzegovina", *Revista "Política Exterior"*, Madrid, marzo-abril de 1997, pp. 118-131). Véase, también, Rangelov, Lavor y Theros, Marika, "Transitional Justice in Bosnia and Herzegovina: Coherence and Complementarity of EU Institutions and Civil Society", en Ambos, Kai *et al.* (eds.), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Heidelberg, Springer, 2009, pp. 357-389, así como Kirs, Eszter, "Limits of the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on the Domestic Legal System of Bosnia and Herzegovina", *Goettingen Journal of International Law*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 398-416.

[6] Una versión más amplia de este trabajo puede consultarse en: Gómez Pérez, Mara, *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, México, PUDH-UNAM-IMDPC-Porrúa, 2016, pp. 159 y ss.

## II. El Tribunal Especial para Sierra Leona

Considerada una de las naciones más pobres del mundo, a partir de 1992 Sierra Leona se vio envuelta en una cruenta guerra civil que tuvo como resultado que varios cientos de miles de personas perdieran la vida, y que casi la mitad de la población del país, que entonces era aproximadamente de 2 millones, se viese obligada a abandonar sus hogares y a desplazarse a zonas más seguras.

En octubre de 1999, tras la firma del *Acuerdo Lomé*, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas autorizó el establecimiento de una Misión de la ONU en Sierra Leona para cooperar con todos los partidos políticos locales en la implementación del acuerdo y asistir al gobierno en el desarme y desmovilización de las tropas.[7]

El proceso de negociación para el establecimiento de una Corte Especial para Sierra Leona fue iniciado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a requerimiento del gobierno de esa nación, pues fue el propio presidente Alhaji Ahmad Tejan Kabbah quien solicitó al Consejo su intervención y apoyo para la creación de un tribunal que se encargara de juzgar a los culpables de las grandes violaciones allí ocurridas.

En la negociación entre el secretario general y el gobierno de Sierra Leona se discutieron ampliamente temas como el *status* de la Corte y la fuerza legal de sus resoluciones; su composición, incluida la decisión de contar con una mayoría de jueces internacionales y un fiscal internacional (*Prosecutor*); la organización y la estructura de la Corte, y muchas otras cuestiones prácticas sobre el establecimiento e inicio de funciones de la Corte.

Esas negociaciones culminaron dos años después, el 16 de enero de 2002, con la suscripción de un Tratado para el Establecimiento de una Corte Especial para Sierra Leona, con sede en Freetown, así como con la adopción del Estatuto para la Corte Especial para Sierra Leona.[8]

---

[7] Más información sobre la historia del conflicto en: Kesall, Tim, *Culture under Cross-Examination. International Justice and the Special Court for Sierra Leone*, Cambridge Cambridge Studies in Law and Society, 2009, 298 pp.; Karimu Mboka, Abu, "Genesis of the Sierra Leone Conflict and Its Human Rights Violations", en Barria, Lilian A. y Roper, Steven D. (eds.), *The Development of Institutions of Human Rights. A Comparative Study*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010, pp. 177-130; Beigbeder, Yves, *International Justice Against Impunity: Progress and New Challenges*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 114-128, y en Kuosmanen, Taru, *Bringing Justice Closer…*, *cit.*, pp. 87-91, así como en la página web oficial de la Corte: *http://www.sc-sl.org/*.

[8] "The first Prosecutor of the Special Court of Sierra Leone, Mr. David Crane, was

Por lo que respecta a su competencia, a esta nueva Corte se le atribuyeron facultades para conocer de los delitos de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, ataques en contra del personal involucrado en la asistencia humanitaria o en las misiones de mantenimiento de la paz[9] y el crimen derivado de enrolar en el Ejército a niños menores de 15 años o utilizarlos para participar activamente en acciones de hostilidad.[10] Asimismo, como prueba de su naturaleza mixta, en su competencia se incluyeron también algunos delitos provenientes de la legislación interna, como las ofensas

---

appointed by the Secretary General on 17 April 2002. The fists Registrar, Mr. Robin Vincent, was appointed on 10 June 2002. The first Judges of the Special Court – five Judges appointed by the Secretary General and three appointed by the Government of Sierra Leone- were sworn in on 2 December 2002 and composed the then only Trial Chamber and the Appeals Chamber. Chambers were completed in January 2005 by the addition of three additional Judges –two appointed by the Secretary General, one by the Government of Sierra Leone- who formed the second Trial Chamber. Mr. Desmond De Silva, QC replaced Mr. David Crane as Prosecutor of the Special Court in July 2005. Mr. Lovemore G. Munlo, SC replaced Mr. Robin Vincent as Registrar of the Special Court in October 2005. The Special Court officially began its operations on 1 July 2002. The firs Indictments were approved on 7 March 2003 and the first arrests followed. Among the thirteen publicly indicted persons, eleven were arrests followed" ("El primer Fiscal del Tribunal Especial de Sierra Leona, Sr. David Crane, fue nombrado por el Secretario General el 17 de abril de 2002. El primer Secretario, Sr. Robin Vincent, fue nombrado el 10 de junio de 2002. Los primeros Magistrados del Tribunal Especial El Tribunal, cinco jueces designados por el Secretario General y tres por el Gobierno de Sierra Leona, prestaron juramento el 2 de diciembre de 2002 e integraron la única Sala de Primera Instancia y la Sala de Apelaciones. Las salas se completaron en enero de 2005 con la incorporación de tres jueces adicionales, dos nombrados por el Secretario General, uno por el Gobierno de Sierra Leona, que formaron la segunda Sala de Primera Instancia. El Sr. Desmond De Silva reemplazó al Sr. David Crane como Fiscal del Tribunal Especial en julio de 2005. El Sr. Lovemore G. Munlo, reemplazó al Sr. Robin Vincent como Secretario del Tribunal Especial en octubre de 2005. El Tribunal Especial comenzó oficialmente sus operaciones el 1 de julio de 2002. Las primeras acusaciones se aprobaron el 7 de marzo de 2003 y siguieron las primeras detenciones. Entre las 13 personas acusadas públicamente, 11 fueron detenidas"), en Laucci, Cyril, *Digest of Jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone 2003-2005*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. xvi.

[9] Artículo 4 (b). *Attacks against peace-keeping personnel involved in a humanitarian assistance or peace-keeping mission as long as they are entitled to the protection given to civilians under the international law of armed conflict*. (Estatuto Especial de la Corte).

[10] Artículo 4 (c). *Conscripting or enlisting children under the age or 15 years into armed forces or groups, or using them to participate actively in hostilities*. (*Ibidem*). Más información en Shraga, Daphna, "The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions", en Romano, Cesare P. R. *et al*. (eds.), *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 23.

relativas al maltrato o abuso de niñas[11] o las ofensas relacionadas con la destrucción injustificada de la propiedad, incluido el incendio premeditado.[12]

Nótese que la competencia de esta Corte se extendió tanto a crímenes previstos en instrumentos internacionales de Naciones Unidas, como a delitos tipificados en el Estatuto Especial que le da base a su funcionamiento y que fue producto de las negociaciones conducentes a su instalación, así como a delitos provenientes del derecho nacional de Sierra Leona, pero todos ellos, claramente definidos antes del inicio de sus funciones.

En cuanto a su estructura, la Corte Especial para Sierra Leona fue relativamente simple. Se integró por dos Cámaras de Juicio conformadas por tres jueces cada una, dos de los cuales fueron de procedencia internacional; una Cámara de Apelaciones integrada por cinco jueces, de los cuales tres fueron internacionales, y un fiscal y un registrador, ambos de procedencia internacional.[13]

El Tribunal Especial para Sierra Leona acabó su cometido el 2 de diciembre de 2013 y, tras su cierre, en sus instalaciones se inauguró un museo dedicado a la paz.

## III. Los páneles especiales para Timor Oriental

Timor Oriental o Timor del Este fue una colonia portuguesa ubicada en el sudeste asiático. En diciembre de 1975, cuando Portugal estaba preparando su retirada, Indonesia invadió el territorio de Timor. La ocupación de Indonesia se extendió por casi 25 años y estuvo marcada por la comisión generalizada de atrocidades y violaciones a los derechos humanos. Alrededor de 200,000 personas perdieron la vida como resultado de una extensa operación militar, hambrunas, masacres y tortura. Además, la población fue objeto de constantes acciones de intimidación. Los movimientos de liberación fueron severamente reprimidos y el contacto con el mundo exterior fue eliminado casi por completo.

Después de la renuncia del presidente de Indonesia Haji Mohamma Suharto, en mayo de 1998, el clima político cambió, y el nuevo gobierno estuvo de acuerdo en llevar a cabo un referéndum para que la población de Ti-

---

[11] *Offences relating to the abuse of girls*, de acuerdo con la *Prevention of Cruelty to Children Act* de 1926.

[12] *Offences relating to wanton destruction of property (including arson)*, bajo la *Malicious Damage Act* de 1861.

[13] Shraga, Daphna, *op. cit.*, p. 29.

mor Oriental decidiera por sí misma, si quería un estado de autonomía dentro de Indonesia, o si prefería la independencia. El documento que estableció los términos y modalidades del referéndum fue suscrito entre Indonesia, Portugal y las Naciones Unidas, el 5 de mayo de 1999.[14] De acuerdo con este documento, la ONU se encargaría de organizar las votaciones, mientras que Indonesia sería responsable de mantener la paz y la seguridad durante las votaciones. Unos meses después, el 30 de agosto de 1999, las votaciones se realizaron. Alrededor del 98 % de votantes se registró para votar y cerca del 79 % votaron a favor de la independencia absoluta de Indonesia.

Durante los meses posteriores a la votación, grupos paramilitares indonesios atacaron repetidamente a quienes fueron percibidos como independentistas y, cuando a principios de septiembre de 1999 fue oficialmente anunciado el resultado de la votación, esta violencia se convirtió en una campaña de represalia en contra de la población de Timor Oriental.

Fue entonces que grupos paramilitares y elementos del ejército indonesio quemaron, saquearon y destruyeron cerca del 70 % de la propiedad pública y privada de Timor Oriental; asesinaron a más de 1,000 civiles, y obligaron a cientos de miles a refugiarse en las montañas o fueron forzados a mudarse a la parte poniente de Timor, que siempre estuvo bajo el control de Indonesia.

La violencia sólo comenzó a detenerse en octubre, después de que Indonesia, bajo la presión internacional, consintió en permitir el establecimiento por parte de la ONU, de una Administración Transicional con el objetivo de preparar el territorio para su independencia.[15]

Inspirados por el modelo del Tribunal mixto de Sierra Leona, la Administración Transicional de Naciones Unidas en Timor Oriental (*United*

---

[14] Acuerdo entre el Gobierno de Indonesia, Portugal y el secretario general de las Naciones Unidas relativo a las Modalidades para la Consulta Popular de los habitantes de Timor Oriental, a través de Votación Directa (UN Doc S/1999/513/Annex II-5 de mayo de 1999).

[15] En relación con la historia del conflicto y los orígenes de este tribunal ver: Fernandes, Clinton, *East Timor and the Struggle for Independence*; en: Barria, Lilian A. y Roper, Steven D., *The Development of Institutions of Human Rights. A Comparative Study*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010, pp. 163-178; DeShaw Rae, James, "Promoting Human Rights trough Hybrid Courts: The Serious Crimes Process in East Timor", en Barria, Lilian A. y Roper, Steven D., *The Development of Institutions of Human Rights. A Comparative Study*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010, pp. 179-194; Beigbeder, Yves, *International Justice Against Impunity: Progress and New Challenges*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 139-141; Kuosmanen, Taru, *Bringing Justice Closer...*, *cit.*, pp. 23, 24 y 25, y Linton, Suzannah, "Reising From the Ashes: The Creation of a Viable Criminal Justice System in East Timor", *Melbourne University Law Review*, Melbourne, vol. 25, 2001, pp. 122-180.

*Nations Transitional Administration in East Timor* o UNTAET) promulgó la Regulación 2000/15 que creó los Páneles Especiales para Timor Oriental.

Esta regulación creó tres paneles dentro de la Corte de Distrito y la Corte de Apelaciones de Dili —la capital de Timor Oriental—, con jurisdicción sobre el crimen de genocidio, crímenes de guerra y crímenes en contra de la humanidad, de acuerdo con las normas del derecho internacional, salvo por lo que hace al genocidio, dentro del cual, adicionalmente, se incorporaron otras conductas provenientes del derecho interno. De igual manera, se les otorgó competencia para conocer de un número específico de delitos comunes. Esto es, los Páneles de Timor Oriental, al igual que los demás tribunales internacionalizados, tuvieron una competencia mixta derivada, tanto de normas nacionales como de normas de origen internacional.

En la regulación emitida por la UNTAET se estableció, asimismo, que estos páneles conocerían de los referidos delitos, siempre y cuando hubiesen sido cometidos entre el 1o. de enero y el 25 de octubre de 1999, lo que otorgó a los Páneles de Timor Oriental una competencia temporal muy acotada.

En cuanto a su estructura, dos de los paneles estuvieron compuestos por tres jueces, de los cuales dos fueron internacionales y uno de Timor Oriental. El tercer panel, establecido en la Corte de Apelación para casos relevantes o de gravedad especial, se integró por cinco jueces, tres internacionales y dos de Timor Oriental. En este tribunal predominó la composición internacional.

La fiscalía, denominada Unidad de Crímenes (*Serius Crimes Unit*), trabajó bajo la autoridad de un fiscal general (*General Prosecutor*) y estuvo encargada de conducir las investigaciones y preparar las acusaciones en contra de los presuntos responsables. Aunque originalmente se conformó sólo con personal internacional, posteriormente incluyó también personal local entrenado por la propia Unidad.[16]

El mandato de estos paneles concluyó oficialmente, el 20 de mayo de 2005, tras dictar un total de 55 sentencias. En el curso de estos juicios fueron condenados 84 personas, la mayoría por crímenes de lesa humanidad y algunos por crímenes provenientes de la legislación nacional. Tres de los acusados ante el tribunal, fueron absueltos.

---

[16] Shraga, Daphna, *op. cit.*, p. 33; Lyons, Beth S., "Getting Untrapped, Struggling for Truths: The Commissions for Receptions, Truth and Reconciliation (CVAR) in East Timor", en Romano, Cesare P. R. *et al.* (eds.); *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, pp. 99-124, y Kuosmanen, Taru; *Bringing Justice Closer...*, *cit.*, pp. 26 y 27.

## IV. Las cámaras extraordinarias de Camboya

*Khmer Rouge* en francés, o *Khmae Krojom* en camboyano, es el nombre con el que fue conocido el Partido Comunista Camboyano que, tras la Guerra de Vietnam, la expulsión de los Estados Unidos y el derrocamiento del general Lon Nol (que regía una dictadura militar desde 1970), tomó el poder el 17 de abril de 1975 y fundó la Kampuchea Democrática, un nuevo estado comunista bajo la dirección de Pol Pot (o Saloth Sar), su líder principal.

Los cuatro años que duró el régimen de Pol Pot (desde abril de 1975 a octubre de 1979) condujeron a lo que se conoce como el "genocidio camboyano", durante el cual, se calcula que murieron tres millones de personas, es decir, casi una cuarta parte de la población de Camboya en ese tiempo. Las atrocidades cometidas por el régimen durante ese periodo incluyeron los desplazamientos forzados de la población rural a locaciones específicas, con objeto de facilitar la creación de comunas sociales dedicadas a la agricultura, en las que la gente era obligada a trabajar y vivía en condiciones infrahumanas. Además, determinados grupos considerados enemigos de la revolución, fueron sistemáticamente exterminados.[17]

Fue el 21 de junio de 1997, es decir, casi dos décadas después del colapso del régimen del *Khmer Rouge*, que Hun Sen, entonces viceprimer ministro de Camboya, junto con el príncipe Norodom Ranariddh, enviaron una carta al secretario general de la ONU solicitándole el apoyo de la Organización para el establecimiento de un tribunal internacional para Camboya que se encargara de juzgar y castigar a los responsables del genocidio camboyano.

El gobierno camboyano, en realidad, se oponía a la creación de un tribunal puramente internacional, por lo que Hun Sen, en particular, se sentía mejor con proponer la idea de un tribunal que, si bien fuese creado por las Naciones Unidas, tuviese un componente nacional mayoritario. Por su parte, al Consejo de Seguridad le preocupaba que la creación de un tribunal puramente internacional para Camboya, motivase el veto de China.

Fue en ese contexto que, en su resolución 52/135, la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó al secretario general examinar la petición de asistencia de Camboya y le instruyó para que, de ser necesario, designara un grupo de expertos para evaluar la necesidad de tomar medidas tendien-

[17] Sobre los acontecimientos históricos que dieron origen a las Cámaras Extraordinarias de Camboya, véase Raub, Lindsey, "Positioning Hybrid Tribunals in International Criminal Justice", *Journal of International Law and Politics*, vol. 4, núm. 4, verano de 2009, pp. 1013-1053, o acudir a la página web oficial de las cámaras: *http://www.eccc.gov.kh/*.

tes a lograr la reconciliación nacional y la determinación de las responsabilidades individuales.

El grupo de expertos designado por el secretario general llevó a cabo diversos estudios e investigaciones, al término de los cuales emitió su dictamen recomendando la creación de un tribunal puramente internacional bajo los capítulos VI o VII de la Carta de las Naciones Unidas, con la encomienda específica de juzgar a los oficiales del *Khmer Rouge* por crímenes contra la humanidad y genocidio cometidos durante el periodo comprendido entre 1975 y 1979. Sin embargo, ni la Asamblea General ni el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tomaron la iniciativa de crear el tribunal recomendado por el grupo de expertos, por lo que fue necesario buscar otras alternativas.

Las negociaciones entre el secretario general de Naciones Unidas y el gobierno de Camboya por el establecimiento de una jurisdicción mixta en Camboya, iniciaron en julio de 1999 y se extendieron por casi tres años, hasta febrero de 2002.

Durante el curso de las negociaciones, muchos temas legales e institucionales fueron discutidos, incluidas las cuestiones relativas a si la mayoría de los jueces deberían ser camboyanos o internacionales; si el fiscal (*prosecutor*) y el registrador (*registrar*) deberían ser nombrados por instancias internacionales; si la amnistía previa que se había otorgado a los responsables de los crímenes debería ser garantizada o no, así como la jerarquía que debía tener el tratado internacional celebrado entre las Naciones Unidas y el gobierno, sobre la ley camboyana.

Fue precisamente la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la resolución 57/228 quien, durante el transcurso de esas negociaciones, requirió al secretario general para que las concluyera y firmara un tratado para el establecimiento de una jurisdicción extraordinaria que diera respuesta a los reclamos de justicia de las víctimas sobrevivientes al conflicto. Esta acción contribuyó de manera decisiva al establecimiento del tribunal.

De manera paralela a las negociaciones entre el gobierno de Camboya y el secretario general, y al dictado de la resolución de la Asamblea General, se emitió en Camboya la Ley para el Establecimiento de las Cámaras Extraordinarias en la Corte de Camboya, para la persecución y juzgamiento de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática. Esta ley se promulgó el 10 de agosto de 2001. Finalmente, la misma Asamblea General, a través de su resolución 57/228B del 13 de mayo de 2003, aprobó el Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Real Gobierno de Camboya (*Royal Government of Cambodia*), lo que dio lugar al estableci-

miento de este tribunal y, asimismo, a la aplicación de la ley promulgada en Camboya para esos efectos.[18]

Como se ve, el tribunal internacionalizado de Camboya fue producto tanto de un tratado celebrado entre el gobierno de Camboya y el secretario general de Naciones Unidas a impulso de la Asamblea General, como de la promulgación de una ley nacional, es decir, el tribunal encuentra su fundamento jurídico, al mismo tiempo, en un tratado internacional y en una ley nacional.

En su competencia se incluyeron los delitos típicos tales como el genocidio, crímenes en contra de la humanidad y crímenes de guerra; sin embargo, se contempló el crimen de genocidio sin restringirlo a la definición contenida en la Convención Internacional para Prevenir y Castigar el Crimen de Genocidio de 1948,[19] a fin de incluir ciertas conductas que no están tipificadas en ese instrumento internacional, lo que al parecer ha causado considerables problemas prácticos.[20]

Por otro lado, también en este caso se incluyeron dentro de su competencia delitos provenientes de la legislación local, tales como el homicidio, la tortura y la persecución religiosa, previstos en el Código Penal de Camboya de 1956.[21] Cabe precisar que la competencia de estas cámaras está específicamente limitada a los crímenes cometidos entre el 17 de abril de 1975 y 31 de enero de 1979.

Las Cámaras Extraordinarias de Camboya, considerablemente complejas en su estructura, son tres: una Cámara de Juicio (*Trial Chamber*), una Cámara de Corte Suprema (*Supreme Court Chamber*) y, adicionalmente, una Cámara de Cuestiones Preliminares (*Pre-Trial Chamber*).

---

[18] Más información sobre el proceso de formación de estas Cámaras en: Shraga, Daphna; *Opus cit*., pp. 16 a 19; Etcheson, Craig, "The Politics of Genocide Justice in Cambodia", en Romano, Cesare P. R. *et al.* (eds.), *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, pp. 181-205. Véase, también, Meijer, Ernestine E., *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for Prosecuting Crimes Committed by the Khmer Rouge: Jurisdiction, Organization, and Procedure of an Internationalized Tribunal*, en Romano, Cesare P. R. *et al*. (eds.), *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, pp. 207-232.

[19] Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entró en vigor el 12 de enero de 1951.

[20] Shraga, Daphna, *op. cit*., p. 22. También véase Meijer, Ernestine E., *op. cit*., pp. 212 y ss.

[21] *Idem*.

Las cámaras de Juicio y la de Cuestiones Preliminares están compuestas por cinco jueces cada una, de los cuales sólo dos son de procedencia internacional, es decir, la minoría. Por su parte, la Cámara de Corte Suprema está compuesta por siete jueces, de los cuales únicamente tres son internacionales. Además, las presidencias de estas cámaras siempre le deben corresponder a un juez nacional.

La investigación está encargada a dos jueces investigadores, uno de Camboya y uno internacional, y la procuración a dos fiscales, también uno de origen camboyano y otro internacional. De igual manera, la oficina de registro y administración, está encomendada a dos miembros, uno de Camboya y otro internacional.[22]

En cuanto a su presupuesto, como suele suceder en este tipo de tribunales, el gobierno de Camboya se hace cargo de los sueldos del personal local y los elementos básicos de la infraestructura que permite el funcionamiento del tribunal, en tanto que las Naciones Unidas aportan el sueldo del personal internacional. Aunado a ello, la ley de creación de las cámaras permite que éstas reciban contribuciones voluntarias de gobiernos extranjeros, organizaciones no gubernamentales, instituciones internacionales y otras personas que deseen proveerles de asistencia.

Las cámaras de Camboya están instaladas en Phnom Penh, la capital de Camboya, en un amplio recinto en el que se desarrollan las audiencias en presencia de los jueces y demás partes en el juicio. La Sala de Audiencias cuenta con un gran panel de cristal, tras del cual se encuentran colocadas varias filas de butacas en las que el público interesado puede ver cómo administra justicia este tribunal internacionalizado.

## V. Los paneles especiales para Kosovo

Kosovo fue, quizá, el territorio de la antigua Yugoslavia que sufrió más durante la Guerra de los Balcanes y, probablemente, también el que quedó más afectado en su estabilidad y regularidad institucional, de ahí la necesidad de establecer una jurisdicción internacionalizada, aunque, ciertamente, ésta se concibió y se instaló con marcadas diferencias respecto de las otras jurisdicciones híbridas.

La jurisdicción internacionalizada de Kosovo deriva de una regulación emitida directamente por la Misión Interina de Administración de Nacio-

[22] Meijer, Ernestine E., *op. cit.*, pp. 217 y ss.

nes Unidas para Kosovo (*United Nations Interim Administrations Mission in Kosovo* o *UNMIK*), cuya autoridad, a su vez, deriva del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

El sistema judicial internacionalizado de Kosovo es único porque aquí, en realidad, no se creó una corte internacionalizada ni un pánel especial, ni tampoco una cámara dentro de la corte, sino que se ideó un mecanismo a través del cual los jueces internacionalizados actúan dentro del sistema judicial del propio país, sentándose en las cortes nacionales cuando el caso lo amerita. Es decir que su participación se define caso por caso.

De acuerdo con la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, a la UNMIK le fue atribuida la responsabilidad de proveer a la población de Kosovo una administración interina bajo la cual la población pudiera disfrutar de una autonomía sustancial frente a la República Federal de Yugoslavia. Todos los poderes —Legislativo, Ejecutivo y Judicial— le fueron atribuidos a la UNMIK, la que los ejercita a través del jefe de la administración que, técnicamente, es un representante especial del secretario general de Naciones Unidas.[23]

La primera decisión que tomó este representante especial fue promulgar la regulación de la UNMIK, que junto con la Resolución 1244, constituyeron la ley suprema en Kosovo (*Constitutional Framework*). De ahí, derivó toda la legislación posterior, dado que prácticamente Kosovo se quedó en un estado de vacío legal. Así, el orden jurídico aplicable en Kosovo, que fue establecido por el jefe de la administración de la UNMIK, básicamente proviene de cuatro fuentes: la ley yugoslava, la ley serbia, la ley de Kosovo y la legislación internacional.[24]

Como puede verse, el sistema judicial de Kosovo se instituyó con base en la regulación emitida por el jefe de la administración de la UNMIK el que, a su vez, deriva su autoridad del secretario general de Naciones Unidas; por lo tanto, todo el orden jurídico de Kosovo se fincó en un instrumento internacional emitido al amparo de la Organización de las Naciones Unidas.

El sistema judicial kosovar restablecido por la Administración de la UNMIK, quedó integrado por 24 Cortes de Ofensas Menores, una Corte

---

[23] Resolución 1244 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, párrafos 10 y 11.

[24] Más información en: Portilla Gómez, Juan Manuel, "El devenir histórico y legal de Kosovo", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2012, pp. 65-106, disponible en: *file:///Users/mac/Downloads/379-640-1-PB.pdf* (fecha de consulta: 5 de noviembre de 2021).

Municipal para cada Municipio de Kosovo, cinco Cortes Distritales y una Corte Suprema de Justicia.[25]

Las Cortes de Ofensas Menores tienen jurisdicción sobre infracciones que ameritan multa o hasta 60 días en prisión. Las cortes municipales conocen de la mayor parte de los asuntos, tanto en materia civil como en materia penal, y en esta última materia conocen de delitos que se castigan hasta con cinco años de prisión. Por su parte, las cortes distritales conocen de las apelaciones que se promueven en contra de las resoluciones de las cortes municipales y son también cortes de primera instancia, tratándose de juicios por delitos que tienen una pena de más de cinco años de prisión y de los asuntos civiles de mayor entidad. La Suprema Corte de Justicia es el órgano judicial de mayor jerarquía; de acuerdo con la regulación de la UNMIK, esencialmente se encarga de conocer de los casos en los que la ley adoptada por la Asamblea es incompatible con la ley suprema o con los derechos humanos.

El sistema establecido por la normatividad emitida por la UNMIK permite que jueces y fiscales internacionales intervengan en aquellos casos en los que se juzgan a criminales relacionados con los acontecimientos que dieron lugar a las violaciones masivas a derechos fundamentales en Kosovo, lo que es decidido por el Departamento de Justicia (*Department of Justice*), analizando caso por caso. Cabe decir que la decisión del Departamento de Justicia de integrar o no un panel de jueces nacionales e internacionales y asignar un fiscal internacional para un caso, puede ser revisada por el representante especial del secretario general de Naciones Unidas.[26]

---

[25] "The war in Kosovo inflicted much damage on the physical infrastructure of the province's judicial system. Many court buildings, law libraries and other facilities were destroyed, and a lot of court equipment and documents were removed to Serbia. But even more devastating than the deficiencies into physical infrastructure was the lack of judicial expertise in the region. The majority of ethnic Albanian judges and prosecutors had been largely excluded from serving in the justice system since 1989 when Kosovo lost its status as an autonomous province within the Federal Republic of Yugoslavia". Kuosmanen, Taru, *Bringing Justice Closer...*, *cit.*, pp. 57 y 58.

[26] Para mayor información véase Cerone, John y Baldwin, Clive, "Explaining and Evaluating the UNMIK Court System", en Romano, Cesare P. R. *et al.* (eds.), *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, pp. 41-57; así como Cady, Jean-Christian y Booth, Nicholas, "Internationalized Courts in Kosovo: An UNMIK Perspective", en Romano, Cesare P. R. *et al.* (eds.), *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, pp. 59-97.

En esta región, la competencia para conocer de los crímenes internacionales cometidos durante el conflicto de los Balcanes hace que se superpongan cuatro jurisdicciones: el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el mecanismo creado por la Misión Interina de Administración de Naciones Unidas para Kosovo, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, y los demás tribunales ordinarios que, aun cuando no aplican directamente derecho penal internacional, lo hacen indirectamente utilizando normas que aún subsisten del derecho yugoslavo.

## VI. Diferencias entre las jurisdicciones internacionalizadas y los tribunales internacionales

Las jurisdicciones internacionalizadas o híbridas creadas al amparo de la Organización de las Naciones Unidas tienen algunas similitudes con los tribunales internacionales, pero, como ya hemos tenido oportunidad de observar, guardan grandes diferencias.

Los tribunales internacionales *ad hoc*, esto es, los de Tokio, Núremberg, Ruanda y la ex Yugoslavia, fueron creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas; por su parte, la Corte Penal Internacional es producto de un tratado internacional suscrito por un gran número de naciones.

Las cortes internacionalizadas, en cambio, son más bien producto de un tratado celebrado entre el gobierno del país afectado y la Organización de las Naciones Unidas, a través de su secretario general; o fruto de la decisión de un órgano especial creado por la ONU. En algunos casos, a la par de las normas internacionales, también se ha emitido alguna legislación local para facilitar su instalación y regular aspectos esenciales de su funcionamiento.

Los tribunales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional sólo aplican normas de origen internacional, tanto por lo que se refiere a la tipificación de los delitos (normas sustantivas), como en lo relativo al procedimiento que se sigue en la consecución de los juicios (normas adjetivas). A diferencia de ello, los tribunales internacionalizados aplican normas tanto de derecho nacional como internacional.

El tribunal para la ex Yugoslavia y la Corte Penal Internacional tienen su sede en La Haya, Países Bajos, y el de Ruanda, en Arusha, Tanzania, esto es, no están ubicados en el lugar en donde ocurrieron los acontecimientos que juzgan. Además, todo el personal de dichos tribunales, incluidos los jueces y los fiscales, es de origen internacional. De hecho, en estos tribunales

suelen utilizarse las reglas de cuotas, conforme a las cuales se intenta tener un número más o menos equilibrado de personas de cada país o, al menos, de cada región, con objeto de darle una integración relativamente plural al tribunal.

En cambio, los tribunales internacionalizados, por regla general, se instalan o intentan instalarse en el mismo territorio en donde sucedieron los acontecimientos, e integran en su composición a personal, tanto nacional, como internacional.

En efecto, a diferencia de los tribunales *ad hoc* y de la Corte Penal Internacional, que tienen su sede en territorios neutrales —sobre todo en La Haya—, los tribunales internacionalizados casi siempre se han establecido en el mismo territorio de las naciones en donde se cometieron los crímenes, lo que significa que en lugar de que los culpables sean trasladados a lugares lejanos y, sobre todo, desvinculados de los sucesos y de las poblaciones afectadas, las víctimas pueden dar seguimiento en sus propios países a lo que decide la justicia internacionalizada. De hecho, para que una corte internacionalizada sea eficaz, los tribunales nacionales deben continuar en funcionamiento, aunque sea de manera parcial, pues las cortes internacionalizadas normalmente se constituyen sobre ellos, y es común que, en su integración, predomine el personal de origen nacional.

Precisamente por estas últimas razones, los tribunales internacionalizados son mucho menos costosos que los tribunales *ad hoc* y tienen, aunque no sin problemas, más probabilidades de lograr su cometido y de constituirse en factores importantes para el desarrollo a largo plazo de la judicatura nacional.

He aquí algunas de las más importantes diferencias entre las jurisdicciones internacionalizadas o híbridas y los tribunales internacionales, y que nos permiten comprenderlas con más claridad.

## VII. Conclusión: ventajas y desventajas de los tribunales internacionalizados

La justicia internacionalizada representa una alternativa sumamente interesante en las regiones en donde se han cometido violaciones masivas a derechos fundamentales que requieren ser conocidas y en donde es necesario juzgar a los culpables; sin embargo, no está exenta de problemas.

En primer término, estos tribunales presentan básicamente dos retos en su implementación práctica. El primero consiste en la problemática

que puede presentarse en la cooperación articulada de los componentes nacionales y los internacionales de estos tribunales; el segundo tiene que ver con la diversidad de las fuentes de financiamiento.

La composición mixta, que es la característica más importante de estos tribunales y quizá también su principal virtud, no siempre funciona bien. No es fácil asegurar que el personal nacional y el internacional se entiendan, que cooperen y colaboren entre sí, y que trabajen de común acuerdo y con eficiencia en la consecución de las metas comunes.[27]

En cuanto a la diversidad de fuentes de financiamiento, la principal dificultad se presenta en lo que se refiere a los emolumentos de los miembros de cada uno de estos tribunales. Por ejemplo, en Camboya existen dos fiscales, uno nacional y otro internacional, y evidentemente el fiscal internacional tiene un sueldo mucho mayor y goza de prestaciones mucho más altas que las del fiscal nacional. Lo mismo sucede con los ingresos de los jueces nacionales y los internacionales.[28] Además, en general la obtención de recursos por parte de organismos internacionales, gobiernos extranjeros y provenientes de la sociedad civil, para la subsistencia de estos tribunales, ha sido siempre muy complicada.[29]

Aunado a lo anterior, existen algunos problemas jurídicos derivados de la composición mixta de las normas que deben aplicar. En ocasiones no es sencillo aplicar normas nacionales e internacionales al mismo tiempo, o dicho con más precisión, algunos de estos tribunales han tenido serios problemas en identificar en la legislación nacional aplicable, las partes que son consistentes con los estándares internacionales.[30]

Otro problema es la cooperación con las autoridades nacionales y, en especial, con los países extranjeros cuyos nacionales están involucrados en el conflicto y, por ende, en los procesos judiciales. Esto último sucede cuando el acontecimiento que dio lugar a las transgresiones y, a la postre, a la

---

[27] Véase Prólogo de Martti Koskenniemi, en Kuosmanen, Taru, *Bringing Justice Closer: Hybrid Courts in Post-Conflict Societies*, Helsinki, Publications of the Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, University of Helsinki, 2007, pp. i-iii.

[28] Cassese, Antonio, *op. cit.*, p. 7.

[29] Taru Kuosmanen es especialmente crítico respecto de este punto, y al referirse a los Páneles Especiales para Timor Oriental, señala que cuando se crearon, prácticamente no se contaba con ninguna fuente de financiamiento, lo que en su opinión provocó serios problemas en el funcionamiento de este tribunal. Véase Kuosmanen, Taru, *Bringing Justice Closer..., cit.,* pp. 51 y 52. Lo cierto es que la obtención de fondos para el funcionamiento de los tribunales, y especialmente para los de origen internacional, es un problema en casi todo el mundo.

[30] *Idem*, p. 8.

instalación del tribunal, trasciende las fronteras de una nación o involucra de manera importante a los nacionales de otro país, es decir, cuando los sospechosos, o los directamente acusados, o incluso las víctimas o los testigos, son ciudadanos de otro país, o residen en un país diferente a aquél en el cual se instaló el tribunal (como de hecho sucedió en Timor Oriental). En este caso, la efectividad de las decisiones del tribunal depende enteramente de la disposición del otro país de cooperar con él, lo cual no siempre es sencillo de lograr.[31] No obstante, este problema lo comparten todos los tribunales internacionales y, en ocasiones, *mutatis mutandis* también los nacionales. Como ya lo hemos dicho en otras ocasiones, el cumplimiento de las decisiones de un tribunal depende, en gran medida, de la autoridad que le concede su propia *legitimidad*.

Aunado a lo anterior, existe otro problema de paridad ante la ley. Estos tribunales, para ser creíbles, deben ser lo más equitativos y justos que sea posible; deben respetar todos los principios básicos del debido proceso legal y, por supuesto, velar por que se cumpla con el principio de equidad procesal, esto es, el acusado debe estar en posición de defender su caso frente al tribunal. Sin embargo, frecuentemente sucede que las personas sujetas a estos procedimientos no cuentan con los recursos suficientes para garantizar una defensa adecuada porque se trata, por ejemplo, de personas que viven en estado de indigencia o que han perdido todas sus pertenencias durante el conflicto. En estos casos, en opinión del profesor Cassese, la comunidad internacional debería proveer a los acusados de los medios económicos suficientes para garantizarles una defensa que cumpla con los estándares internacionales mínimos del debido proceso.[32]

Pero ¿cuáles son los méritos de los tribunales internacionalizados? Ciertamente, la integración mixta, pese a sus problemas, también presenta grandes ventajas.

Mientras que los jueces internacionales se posicionan normalmente como la parte más técnica y encargada de velar porque se cumpla con los estándares internacionales, el componente nacional añade beneficios importantes al desarrollo cotidiano de actividades del tribunal, dado que está mucho más familiarizado con el territorio, el lenguaje y también con los hábitos de las víctimas y de los acusados.[33]

El segundo mayor mérito de la justicia internacionalizada tiene que ver con su lugar de ubicación. Dado que estos tribunales generalmente se insta-

---

31 *Ibidem*, pp. 8-10.

32 Cassese, Antonio, *The Role of Internationalized Courts...*, *cit.*, pp. 5 y 6.

33 Kuosmanen, Taru, *Bringing Justice Closer...*, *cit.*, pp. 7-22, 84-86.

lan en los propios países afectados, los juicios tienen lugar en los territorios donde los crímenes han sido perpetrados. De esta manera se logra exponer la impartición de justicia no sólo a la comunidad internacional interesada, sino fundamentalmente a la población local que sufrió las atrocidades; se conocen y desmenuzan las historias de lo sucedido, contadas por las propias víctimas, los testigos y los perpetradores lo que, a la larga, brinda a la población una catarsis psicosocial sumamente importante, que permite la recuperación emocional y la reconciliación de los sobrevivientes con los sucesos. La exposición íntegra y abierta del pasado es una contribución esencial al proceso de reconciliación gradual dentro de una comunidad y facilita enormemente la reconstrucción nacional.

Una tercera aportación de los tribunales internacionalizados, también muy importante, es que tienden a producir una derrama significativa de institucionalidad que, paulatinamente, contribuye a la promoción del Estado de derecho y la democracia en los países en los que se instituyen. La experiencia y los conocimientos del componente internacional de estos tribunales, caso a caso, va provocando transformaciones en la forma de pensar, de razonar y de conducirse de los actores nacionales, lo que a la larga deja una estela de institucionalidad que permea no sólo a los juzgadores sino a todas las autoridades del país en que se establecen estos tribunales. Las cortes internacionalizadas, al juzgar a los inculpados de acuerdo con los estándares internacionales del debido proceso y del respeto a los derechos fundamentales, promueven estos valores en los territorios en los que son instaladas y permite que se internalicen.[34]

Con relación al alcance de las funciones de la Corte Penal Internacional, los tribunales internacionalizados ofrecen la oportunidad de eliminar, aunque sea parcialmente, la brecha de impunidad que hoy día existe. En primer término, porque la mayoría de estos tribunales han sido creados para perseguir crímenes que escapan de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, pero, sobre todo, porque la Corte sólo puede investigar y enjuiciar a un número muy pequeño de criminales internacionales. En esa medida, los tribunales internacionalizados ofrecen una respuesta más económica, más amplia y posiblemente más efectiva para investigar, perseguir y juzgar los crímenes más graves que afectan a la humanidad. A largo plazo, los tribunales internacionalizados pueden juzgar a más personas a un menor costo y, así, contribuir sustancialmente al respeto a la ley y a la protección de los derechos fundamentales.

[34] *Ibidem*, p. 6.

# REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL (1993-2008)

Olga Islas de González Mariscal*

Sumario: I. *Preámbulo*. II. *Reformas constitucionales*. III. *Prisión preventiva*.

## I. Preámbulo

El doctor Sergio García Ramírez es un ser humano excepcional y, sin duda alguna, uno de los juristas más reconocidos internacionalmente. Su vasta cultura y su extraordinaria pluma se reflejan en todas sus obras. Su rigor profesional en el servicio público y en su labor académica han sido loables. Es autor de más de 50 libros y un sinnúmero de artículos sobre cuestiones jurídicas fundamentales. Un tema recurrente en su obra es el de las reformas constitucionales en materia de justicia penal y derechos humanos; es un defensor nato del Estado de derecho y la democracia. Su modestia y sensibilidad humana se reflejan en toda su conducta. Yo he sido testigo de su trabajo esforzado y sin tregua, durante muchos años. Nuestra amistad entrañable data desde nuestro paso por la Facultad de Derecho. Solo me queda expresar mi profundo agradecimiento por la invitación para participar en este homenaje tan merecido.

En este texto me ocuparé de algunas reformas constitucionales en materia penal hasta 2008, pero pondré el acento en la libertad provisional del indiciado, la prisión preventiva y el tratamiento de la delincuencia organizada. Sobre estos temas el doctor García Ramírez ha escrito libros y artículos de manera espléndida y abundante.

* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Investigadora jubilada del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

## II. Reformas constitucionales[1]

La Constitución de 1917, nacida después de una cruenta Revolución y emanada del Constituyente de Querétaro de 1916-1917, tuvo como fundamental propósito dar solución a los grandes y graves problemas de injusticia heredados de la Colonia. De sus textos, interpretados contextualmente se deducía un sistema de justicia penal propio de un Estado de derecho, respetuoso de los derechos fundamentales, respeto que se consagraba en las garantías individuales.

En su devenir histórico, ha ido incorporando múltiples y muy variadas reformas, con diferentes tendencias, unas acertadas y otras desafortunadas. Sin embargo, puede afirmarse que los textos referidos a la materia de justicia penal habían sido escasos, en virtud de que las modificaciones en esta materia se realizaban en la ley secundaria. Los cambios trascendentes en el área constitucional comenzaron en 1993. A partir de este año, como lo ha dicho el doctor García Ramírez en múltiples y variados escritos, "la animación" reformista comenzó "tras un prolongado reposo", interferido por algunos cambios humanistas.

### 1. *Reforma de 1993*

La reforma constitucional de 1993[2] —como lo he manifestado en otras ocasiones— tuvo como principal objetivo abrir el camino a la futura "Ley Federal contra la Delincuencia Organizada". Esta reforma se ocupó de los artículos 16, 19, 20, 119 y derogó la fracción XVIII del artículo 107.

El artículo 16 ha sido reformado varias veces.[3] Se modificó sustancialmente su contenido. El párrafo inicial, que era sumamente extenso, se subdividió por materias para su mejor entendimiento. El primer enunciado se conservó como primer párrafo. En el segundo, relativo a la orden de aprehensión, se eliminó el requisito de que "la denuncia, acusación o querella [estén] apoyadas por declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado". Pero se agregó otro plenamente novedoso: "y existan datos que acrediten

[1] Con la colaboración de Alberto Francisco Garduño, becario del IIJ-UNAM.

[2] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de septiembre de 1993.

[3] A la fecha de elaboración de este trabajo (diciembre de 2021) sobre este artículo se han publicado ocho decretos.

los "elementos que integran el tipo penal" (en lugar del cuerpo del delito) y la probable responsabilidad del indiciado". Este punto fue sumamente debatido y no fue aceptado por los especialistas, en razón de que en ese momento procedimental dicha probanza era exagerada, por lo cual posteriormente se cambió. En el tercer párrafo se ubicó la responsabilidad de la autoridad que ejecute la orden de aprehensión. En el cuarto se situaron los casos de flagrancia en los que cualquier persona puede detener al indiciado y ponerlo "sin demora" a disposición de "la autoridad inmediata". En el quinto se dio cabida a los casos urgentes; se prescribió que sólo en estos casos "cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia "siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia", el Ministerio Público está facultado, bajo su responsabilidad, para ordenar su "detención fundando y expresando los indicios que motiven su proceder".[4] En el sexto se estatuyó la responsabilidad del juez que reciba la consignación del indiciado en los casos urgentes y flagrantes.

En el séptimo párrafo se establece el plazo de cuarenta y ocho horas de retención del indiciado por parte del Ministerio Público, plazo que podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Empieza aquí la dualidad del derecho penal y procesal, es decir, el surgimiento del derecho penal paralelo. En los párrafos siguientes (octavo y noveno), concernientes al cateo se conserva el texto anterior. Es importante advertir dos cambios terminológicos: "pena privativa de libertad" sustituye a "pena corporal", e "indiciado" en vez de "inculpado".

En el artículo 19[5] se abandona el plazo máximo de tres días para la detención ante la autoridad judicial. Ahora será de setenta y dos horas, contadas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, plazo máximo en el que deberá dictar el auto de formal prisión, "Siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste". Además, se añadió una obligación para los "custodios": en el caso de que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión en un plazo de tres horas siguientes, el inculpado deberá ser puesto en libertad. Originalmente

[4] Antes de la reforma no se hacía señalamiento expreso a la posibilidad de fuga, sólo se hablaba de que no hubiese en el lugar ninguna autoridad judicial y se tratare de delitos perseguibles de oficio.

[5] En relación al cual se han publicado cinco decretos.

esta previsión aparecía en la fracción XVIII del artículo 107, misma que se derogó como parte del conjunto de reformas de 1993. En el párrafo siguiente, se añadió la mención al auto "de sujeción a proceso" junto al auto de formal prisión y, se estipula que el proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en dichos autos. El último párrafo no tuvo ningún cambio.

En el artículo 20[6] las innovaciones fueron múltiples y profundas, recayeron sobre los requisitos para obtener la libertad provisional bajo caución y, consecuentemente, los requisitos referentes a la procedencia de la prisión preventiva.[7] Dichas innovaciones se relacionan con las reformas de 1948[8] y de 1985.[9] En la primera de estas reformas se consideró más justo que la libertad provisional (en lugar de tener un término fijo de cinco años de prisión) tuviera como base el término medio aritmético de la pena de prisión establecida para el delito cometido, con la limitación de que dicho término medio no fuese mayor de cinco años. El monto de la caución se incrementó a doscientos cincuenta mil pesos en razón "del valor que había ido perdiendo la moneda". Se introdujo un nuevo requisito: "Si el delito representare para el autor un beneficio económico o causare a la víctima un daño patrimonial, la garantía sería de, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o del daño ocasionado". Esta disposición significaba una carga bastante fuerte para el acusado, la cual muy probablemente no pudiera cubrir y, consecuentemente, la libertad provisional no procedería.

En la reforma de 1985[10] se respetó en lo sustancial la reforma anterior, pero se incluyó la exigencia de tomar en cuenta "las modalidades" (calificativas o atenuantes). Esta adición era importante porque los *iuspenalistas* entendían al tipo penal "desprovisto" de calificativas, como si siempre se tratara de tipos fundamentales. En lo concerniente al monto de la caución, éste se estableció, acertadamente, en días de salario, en lugar de pesos, con el fin de tener un monto siempre actualizado.

---

6 Sobre este artículo han recaído siete decretos.

7 Originalmente en la fracción I se requería: *a)* que el delito imputado al sujeto fuese castigado con una pena cuyo máximo no excediere de 5 años de prisión; *b)* otorgar una fianza hasta de diez mil pesos según las circunstancias personales [del acusado] y la gravedad del delito que se le impute, y *c)* poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

8 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de diciembre de 1948.

9 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de enero de 1985.

10 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de enero de 1985.

Ahora bien, en la reforma de 1993, como ya se anticipó, se varió hasta el enunciado inicial y se abandonó el lenguaje empleado por el Constituyente de Querétaro, que era el que entendía el pueblo, para introducir el lenguaje propuesto por los especialistas. Se reemplazó el término "juicio del orden criminal" por el de "proceso del orden penal", sustitución que redujo las garantías a la tercera fase del juicio penal. El error fue tan grave que se quiso enmendar prescribiendo que "Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX, también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna". Asimismo, se postuló, por primera vez, que la libertad provisional se niega en caso de delitos en que por su "gravedad" la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En cuanto a la caución, se dice que "debe ser asequible para el inculpado". "En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir este monto de la caución". Esta permisión podría dar lugar a corruptelas.

En un nuevo punto, se faculta al juez a revocar la libertad provisional "cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso". En las fracciones siguientes (II a IX) sólo se estipulan algunas precisiones. En la VIII se dispone una salvedad en cuanto al plazo del juzgamiento: este podrá extenderse cuando lo solicite el inculpado para su defensa. En la IX, se añade, a lo establecido en torno de las obligaciones de la autoridad, la de informar al inculpado, desde el inicio de su "proceso" de "los derechos que en su favor consigna la Constitución". Información que es indispensable para promover su defensa. La fracción X quedó en los mismos términos.

Sobre la derogación de la fracción XVIII del artículo 107 —ya se anticipaban algunos elementos en el comentario al artículo 19— pues su contenido impactó los artículos 16 y 19. La discusión sobre esta fracción nació de la práctica, a raíz de lo previsto en su párrafo tercero: "También será consignado a la autoridad o Agente de ella, el que, realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de su juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes", y cuarto: "Si la detención se verificare fuera del lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y el en que se efectuó la detención",[11] los que se prestaban a interpretación en lo inherente al plazo de veinticuatro horas si la detención viniera como consecuencia de situa-

[11] Párrafos incorporados al artículo 107 por reforma publicada el 19 de febrero de 2021.

ciones diferentes de la orden de aprehensión; de esta discusión da cuenta con más detalle Luis de la Barreda.[12]

## 2. *Reforma de 1994*

El 31 de diciembre de 1994 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una importante reforma al Poder Judicial. Se ajustó el número de ministros de veintiséis (veintiún numerarios y cinco supernumerarios) a once que trabajarán en Pleno y divididos en dos salas.[13]

Independientemente, al artículo 21 se le sumaron tres párrafos: en el primero se previó la impugnación por vía jurisdiccional del "no ejercicio de la acción penal" por el Ministerio Público, dando un medio de defensa contra esa determinación que sólo debería proceder en casos excepcionales, pero cuyo uso en la práctica se había vuelto cotidiano y sus efectos en la realidad se igualaban a los de una sentencia definitiva.[14] Los otros dos párrafos se destinaron al tratamiento de la seguridad pública como función a cargo de los tres órdenes de gobierno, los principios por los que se regirán las instituciones policiales y el establecimiento de un sistema nacional de seguridad pública.

---

[12] Barreda Solórzano, Luis de la, "El Ministerio Público, ¿garante de la libertad?", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *Evolución del sistema penal en México. Tres cuartos de siglo*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 136-138.

[13] El doctor García Ramírez escribió un artículo denominado "Adiós señores ministros" en el libro *Temas de México*, introducción de Luis Maldonado Venegas, México, Asociación Nacional de Abogados, 1996, pp. 51-58. Véase Aguinaco Alemán, José Vicente, "La reforma al Poder Judicial de la Federación 1994-1995", *ibidem*, pp. 25 30. También véase Rodríguez Lozano, Amador, "Reforma judicial de 1994: una visión integral", en *La justicia mexicana hacia el siglo XXI,* México, UNAM-Senado de la República, LVI Legislatura, 1997, pp. 41-68.

[14] Es necesario dejar constancia que, entre las atribuciones otorgadas al Ministerio Público en el texto original de la Constitución de 1917, no se previó el "no ejercicio de la acción penal". Debe quedar bien claro que el no ejercicio de la acción penal tiene los efectos de una decisión definitiva de fondo, por ello, de ninguna manera corresponde al Ministerio Público sino al órgano jurisdiccional, en virtud de que dicha resolución equivale a una sentencia absolutoria. Véase Islas de González Mariscal, Olga, "Cuestiones relevantes del Ministerio Público. Su autonomía", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, tomo XII, Ministerio Público, contencioso administrativo y actualidad jurídica*, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 41-65.

### 3. *Reforma de 1996*

La reforma de 1996[15] continuó con el cometido de allanar el camino a la futura Ley Federal de Delincuencia Organizada (LFDO). En ella se reformaron y adicionaron los artículos 16, 20, 21, 22 y 73 fracción XXI. Se manifestó de inicio que "la delincuencia organizada es, sin duda, uno de los problemas más graves por los que atraviesa México y toda la comunidad mundial". Se anotó, además, que "al plantearse la necesidad de legislar en materia de delincuencia organizada, ha surgido no solamente la posibilidad de dar origen a una legislación especial que se ocupe de ella, sino igualmente, la conveniencia de sugerir reformas a la Constitución con el propósito de prever en esta, con mayor claridad, ciertas bases que permitan la adopción de algunas estrategias procedimentales frente al crimen organizado, que de alguna manera se ha puesto en entredicho su constitucionalidad, porque se ha considerado que podrían implicar vulneración de derechos fundamentales". Ante estos razonamientos tan absurdos e irreflexivos, que implican la inconstitucionalidad de normas había que suprimir los obstáculos que eran nada menos que derechos fundamentales. En otras palabras, cubrió de constitucionalidad lo inconstitucional.

Desde ese momento el doctor García Ramírez bautizó la futura LFDO como "el bebé de Rosemary", "bebé que ante los obstáculos constitucionales no se amedrenta, sino que cuidadoso de no pisarlos los hace a un lado". "Esta denominación ya circula en nuestra literatura criminológica y penal".[16]

En el artículo 16 se introducen dos párrafos referentes a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y las intervenciones autorizadas por la autoridad judicial federal. En el párrafo noveno se prevé la autorización por parte de la autoridad judicial federal para "intervenir cualquier medio de comunicación privada como la telefónica y la telegráfica o bien la ubicación secreta de aparatos tecnológicos para ciertos fines relacionados sobre todo con la justicia penal". Se trataba de una disposición muy abierta y abusiva.

---

15 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de julio de 1996.

16 Estos términos los utilizó el doctor García Ramírez por primera vez en el periódico *Excelsior* del 25 de abril de 1956; luego, en el mismo medio en 1996, cuando el "el bebé de Rosemary ya nació". Igualmente, en su obra *Delincuencia organizada. Antecedente y regulación penal en México*, pról. de Olga Islas de González Mariscal, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996. La cual ya lleva varias ediciones.

En el artículo 20, la fracción I permite la libertad provisional bajo caución limitada para los delitos en que por su gravedad la ley expresamente lo prohíba. Empezó aquí la distinción entre delitos graves y no graves. Desacertadamente se dejó a la ley secundaria dicha clasificación, por lo tanto, el catálogo día a día crece. En los casos de "delitos graves" el juez, a petición del Ministerio Público, podrá revocar la libertad provisional. Pero agrega: "En casos de delitos no graves" el juez, a solicitud del Ministerio Público, también podrá negar la libertad provisional "cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley"; es decir, la negativa atiende a conductas anteriores realizadas por el indiciado.

Asimismo, se puede negar la libertad cuando el Ministerio Público aporte elementos para establecer que por su conducta precedente la libertad del inculpado puede ser riesgosa para el ofendido o para la sociedad.

Por otra parte, determina que para fijar la caución "deberá tomar en cuenta... la posibilidad del cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo, los daños y perjuicios causados al ofendido, así como la sanción pecuniaria que en su caso pueda imponerse al inculpado". Adviértase lo gravoso de esta disposición para el inculpado en ese momento procedimental.

En el artículo 21[17] se introducen dos innovaciones: en una se agrega el término "investigación" junto al vocablo "persecución" sin advertir que la persecución involucra o implica la investigación. En la otra, la innovación es ambigua: se sustituye el nombre de "policía judicial" por el indeterminado término de "policía" cuya amplitud permite que cualquier policía auxilie al Ministerio Público.

El artículo 22[18] se aboca al decomiso "de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como delincuencia organizada". Una reforma poco clara, que conduce a dos interpretaciones: una sumamente errónea y arbitraria en que "el decomiso procede sobre todos los bienes propiedad de un sujeto por el simple hecho de que éste ha sido sentenciado por delitos previstos como delincuencia organizada, aunque dichos bienes nada tengan que ver con los delitos cometidos". La otra, razonable, en el sentido que el decomiso procede sobre los bienes provenientes de delitos previstos como delincuencia organizada.

---

17 Sobre este precepto han recaído siete decretos de reforma.

18 Este precepto ha sido objeto de siete decretos.

Se agregó un segundo párrafo a la fracción XXI del artículo 73[19] para autorizar que las autoridades federales conozcan también de delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con los del orden federal.

4. *Reforma de 1999*

Esta reforma, publicada el 8 de marzo de 1999, modificó los artículos 16, 19, 22 y 123. En el artículo 16 en su segundo párrafo prevé, que "no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella", se suprimió la "acusación" junto a la denuncia. Asimismo, se sustituyó la referencia a "los elementos que integran el tipo penal" por "el cuerpo del delito". Como lo ha referido el doctor García Ramírez, en múltiples ocasiones: ahí comenzó el "trasiego" entre el cuerpo del delito y los elementos del tipo penal.

En el artículo 19, en el primer párrafo se reemplazó el concepto de "término" por el de "plazo" cuando se hace referencia a las setenta y dos horas que no podrá exceder la detención frente a la autoridad judicial. Además, se ordenó que en el auto de formal prisión se expresarán: "el delito que se impute al acusado; el lugar, el tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado". También se incorporó un segundo párrafo donde se establece la posibilidad de prorrogar el plazo de la detención a petición del indiciado cuando beneficie a su defensa.

En el artículo 22 se agregó un tercer párrafo para explicitar que no se considerará confiscación "la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables" y se asigna a la autoridad judicial la responsabilidad de resolver la aplicación a favor del Estado de los bienes asegurados como consecuencia de un proceso que se siga por "delitos de delincuencia organizada", previo procedimiento donde se escuche a terceros y se acredite plenamente "el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada".[20] Se advierte que cada vez son más las excepciones a la delincuencia organizada.

---

[19] Sobre este artículo se han publicado 85 decretos de reforma.

[20] Véase Islas de González Mariscal, Olga y Carbonell, Miguel, *El artículo 22 y las penas en el Estado de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

En cuanto al artículo 123, se adicionó un tercer párrafo a la fracción XIII del apartado B de dicho artículo para precisar sobre la remoción de los miembros de las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno.

### 5. *Reforma del 2000*

El 21 de septiembre del 2000 se publicó una reforma de gran calado al artículo 20,[21] en virtud de que su contenido se ordenó en dos apartados: el A referente a las garantías del inculpado y en el B se instalaron las garantías de la víctima o del ofendido integradas en siete fracciones de especial relevancia como: recibir asesoría jurídica; ser informada de los derechos que en su favor establece la norma fundamental y ser informada sobre el desarrollo del proceso; coadyuvar con el Ministerio Público; que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con que cuente y la obligación para el Ministerio Público de fundamentar y motivar su negativa cuando no realice el desahogo de alguna diligencia; a la atención médica de urgencia se sumó la atención psicológica, ambas a partir de la comisión del delito, y se precisa que la reparación del daño deberá ser solicitada por el Ministerio Público. Asimismo, se incluyó la consigna, en el caso que la víctima o el ofendido sean menores de edad, de no estar obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro; también se prevé la garantía de solicitar "medidas y providencias" para su seguridad y auxilio.

### 6. *Iniciativa de "Reforma estructural del sistema de justicia penal mexicano" (paquete legislativo de 2004)*

El 29 de marzo de 2004, el titular del Poder Ejecutivo federal presentó al Senado de la República un extenso paquete de reformas denominado "Reforma estructural del sistema de justicia penal mexicano". Se trató de un "paquete legislativo que parte del diseño de una política pública que busca combatir eficazmente la criminalidad", así lo expresó Bernardo León Olea en representación de la Presidencia de la República, quien, además señaló que dichos planteamientos son resultado de un trabajo intenso

[21] Véase Islas de González Mariscal, Olga, *Derechos de las víctimas y de los ofendidos por el delito*, México, UNAM, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2003.

llevado a cabo al interior del Poder Ejecutivo con "las personas que lidian diariamente con los problemas de seguridad y justicia".[22]

Dicho "paquete legislativo" promovía modificaciones a veintitrés artículos constitucionales: 16, 17, 18, 19, 20, 21, 29, 73, 76, 78, 82, 89, 93, 95, 102, 105, 107, 110, 111, 116, 199 y 122. También buscaba expedir seis leyes[23] y reformar siete más.[24] Los ajustes más relevantes en materia de justicia penal se refieren a los artículos 16, 18, 20, 21, 22 y 102. Sobre ese paquete el doctor García Ramírez y yo escribimos sendos artículos.[25]

León Olea identifica que los "ejes" de la reforma son: "a) Combate a la criminalidad, seguridad pública y policía", "b) Autonomía del Ministerio Público, profesionalización de la defensa y abogado general de la Federación", "c) Proceso penal adversarial oral"; "d) Justicia penal para adolescentes" y "e) Ejecución de sanciones penales".[26]

El doctor García Ramírez no limitó su análisis a un mero trabajo académico. En su oportunidad hizo llegar su opinión experta a "legisladores, juristas y comunicadores sociales".[6] Cabe destacar que en su obra posterior sobre la reforma de 2008, identifica a este paquete de reformas como

---

[22] "Justicia penal y reformas penales constitucionales", en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *La reforma a la justicia penal. Quintas Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 42.

[23] 1. Ley de la Fiscalía General de la Federación; 2. Ley Orgánica de la Policía Federal; 3. Ley de Seguridad Pública, Reglamentaria de los Párrafos Séptimo y Octavo del Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 4. Nuevo Código Federal de Procedimientos de Procedimientos Penales; 5. Ley Federal de Ejecución de Sanciones y 6. Ley General de Justicia para Adolescentes.

[24] 1. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 2. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; 3. Código Penal Federal; 4; Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 5. Ley Federal de Defensoría; 6. Ley de Amparo; 7. Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal.

[25] La iniciativa de 29 de marzo de 2004 fue objeto de análisis de las *Quintas Jornadas sobre Justicia Penal* celebradas en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Como ya es tradición, resultado de dicho acto académico se integró la memoria correspondiente con los trabajos de los participantes. Tanto el trabajo del doctor García Ramírez como el mío están contenidos en esa memoria, se intitulan: "La iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004" y "Reformas penales a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", respectivamente. En mi texto hago un estudio detallado y escrupuloso de los artículos referidos a la justicia penal. Ambos trabajos se encuentran en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *La reforma a la justicia penal. Quintas Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 3-21 y 23-40.

[26] León Olea, Bernador, *op. cit.*, p. 45.

un antecedente de la reforma en materia de seguridad y justicia penal de ese año.[27]

Se advierte claramente con la lectura total de esta iniciativa que es un antecedente bastante puntual de la reforma de 2008. Por tanto, las puntualizaciones sobre los artículos 16, 18, 20, 21 y 22 se realizarán en el apartado destinado a la auténtica reforma del 18 de junio de 2008. En cuanto a la autonomía del Ministerio Público a la cual alude esta iniciativa ya operó (artículo 102).

### 7. *Reforma de 2004*

La reforma del 5 de abril de 2004 anexó la fracción XXIX-M al artículo 73, en la cual se faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de seguridad nacional (no es nuestra materia).

En la fracción VI del artículo 89 se dio un muy debatido ajuste con el fin de facultar al presidente, en términos de la ley secundaria, para "preservar la seguridad nacional" y "disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente" (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) para preservar la "seguridad interior y defensa exterior de la Federación"; con lo cual se avanzó hacia la actual militarización de la seguridad.

### 8. *Reformas de 2005*

En 2005 apareció una nueva reforma.[28] En ella se aumentó un quinto párrafo al artículo 21 con lo cual se dio un enorme paso en materia de derecho penal internacional, tras un prolongado debate se logró al fin "que el titular del Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional".[29]

El 28 de noviembre de 2005, nuevamente se ajustó el contenido del artículo 73 para incluir un tercer párrafo a la fracción XXI, relativo a las materias concurrentes ("delitos y faltas contra la federación") previstas en la Constitución sobre las cuales "las leyes federales establecerán los supuestos

---

[27] Véase García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2008.

[28] Publicada en el *Diario Oficial la Federación* del 20 de junio de 2005.

[29] Véase Ambos, Kai, *Nuevo derecho penal internacional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002.

en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales".

Transcurridos sólo unos días sobrevino una nueva reforma.[30] Con ella se modificaron dos artículos: el 14 y el 22. En el primero se eliminó, en el segundo párrafo, la referencia a que "nadie podrá ser privado de la vida"; en correspondencia con el primer párrafo del artículo 22, donde se prohibió expresamente la pena de muerte. Este cambio no fue menor, el tema de la pena de muerte siempre ha sido y sigue siendo controvertido.[31] Hay quienes defienden esta terrible pena con argumentos erróneos y simplistas, como el de afirmar que esta pena tiene "por su ejemplariedad, un alto valor disuasivo e inhibitorio; por tanto, tiene una gran fuerza preventiva, es decir, con esta pena se evita la comisión de nuevos delitos".[32]

El doctor García Ramírez opina que el "problema de la pena capital no ha cesado de agitarse en el mundo entero; México no fue —ni es— excepción a esta regla".[33]

A un mes de la publicación de la reforma anterior sobrevino otra el 12 de diciembre de 2005. En esta ocasión recayó sobre el artículo 18. Su objetivo fue establecer un régimen de justicia para adolescentes, con el cual también se dio cumplimiento —en alguna medida— a los compromisos internacionales del Estado mexicano en esta materia.

La reforma al artículo 18 varió el párrafo cuarto y se adicionaron otros dos (quinto y sexto) cuyas innovaciones fueron: ordenar la conformación de un "sistema integral de justicia", prever los principios fundamentales por los que se regirá y precisar los sujetos a quienes será aplicable a partir de rangos de edad. Las personas que tengan más de 12 y menos de 18 años

---

[30] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de diciembre de 2005.

[31] Ferrajoli expresa que la pena de muerte "es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos... porque mientras el delito puede ser una violencia ocasional y a veces compulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno". *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 385 y 386.

[32] Islas de González, Olga y Díaz-Aranda, Enrique, *La pena de muerte*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 33.

[33] García Ramírez, Sergio, "El sistema penitenciario. Siglos XIX y XX", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 373. También véase García Ramírez, Sergio, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la pena de muerte", en Muñoz Aunión, Antonio (coord.), *Por la abolición universal de la pena de muerte*, Valencia, Tirant lo blanch, 2010, pp. 229-263.

[El] Código Penal de 1931 no dio cabida a la pena de muerte. Tampoco se incluyó en los anteproyectos de Código Penal elaborados en 1949, 1958, 1963, 1990 y 1999.

de edad y se les "atribuya una conducta tipificada como delito por las leyes penales" se les aplicarán medidas de "orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso"; para las personas menores de doce años que hayan realizado alguna conducta prevista como delito se prevén medidas de rehabilitación y asistencia social.

Como parte del sistema instituido se ordena la especialización de las autoridades que lo integran y la atención a los principios de protección integral y de interés superior del adolescente. Se consigna que el internamiento es una medida extrema, aplicable únicamente a los adolescentes mayores de 14 años de edad cuyas conductas sean calificadas como graves, dicha sanción será "por el tiempo más breve que proceda".

Esta reforma fue sumamente debatida y lo sigue siendo; además, el sistema propuesto nunca llegó a instaurarse íntegramente. No hubo la preparación necesaria ni la organización del personal especializado que se requería para integrar el verdadero sistema. Todo quedó en la improvisación y apariencia.[34]

## 9. *Iniciativa de reforma de 2007*

El Ejecutivo Federal presentó el 9 de marzo de 2007 ante el Congreso de la Unión una iniciativa de decreto para reformar los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Respecto de esta iniciativa el doctor García Ramírez puntualiza: "Las sugerencias planteadas [en esta iniciativa] son inquietantes, por decir lo menos, y contienen «soluciones» que pudieran desviar una vez más el signo democrático que aún conserva el orden penal mexicano".[35]

En la iniciativa se propone conceder al Ministerio Público "mayores herramientas de investigación", o sea: "flexibilizar" su labor, no se piensa en ningún momento en la capacitación.

En el artículo 16 en diferentes párrafos[36] se faculta al Ministerio Público a imponer medidas cautelares sin autorización del juez (que podrá dar su autorización a *posteriori)*. Se olvida que las medidas cautelares significan pri-

---

[34] Véase Islas de González Mariscal, Olga y Carbonell, Miguel, C*onstitución y justicia para adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

[35] García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2008, p. 509.

[36] Segundo, cuarto, séptimo, décimo, décimo segundo y décimo cuarto.

vación o restricción de bienes jurídicos por lo cual sólo proceden en casos absolutamente necesarios y siempre decretados por el juez.

En el párrafo cuarto se consignaría que la ley secundaria determinará "como delitos graves aquellos que afectan seriamente la tranquilidad y la paz pública". La base para delimitar estos delitos es vaga, en virtud de que la expresión "tranquilidad y paz pública" es demasiado ambigua. El párrafo séptimo alude a los casos urgentes tratándose de delitos graves en los que el Ministerio Público, bajo su responsabilidad, podrá ordenar su detención.[37] En el párrafo décimo se introdujo una figura sumamente censurada y cuestionable: el arraigo, privación de la libertad que tratándose de delitos graves podrá decretar la autoridad judicial a petición del Ministerio Público. El plazo del arraigo podrá duplicarse en caso de delincuencia organizada. El arraigo entraña una privación de la libertad por lo que se puede ver como una prisión preventiva anticipada que le facilita al Ministerio Público la investigación del delito. Se le ha calificado como un atropello para el simplemente sospechoso pues se decreta sin tener pruebas que lo justifiquen. Además, se sabe, que se lleva a cabo en hoteles o áreas ya seleccionadas para mantener a la persona incomunicada y sometida a toda clase de abusos hasta la tortura.[38]

"El párrafo duodécimo faculta a la policía para ingresar a un domicilio particular «sin orden de cateo» en caso de delito flagrante con el único propósito de evitar la consumación de delitos y proteger la integridad de las personas". Con esta facultad, la policía puede llevar a cabo múltiples atropellos en el domicilio familiar. Es un allanamiento sin limitación alguna y sin conocimiento del juez. El cateo, en cambio, se ordena por la autoridad judicial cumpliendo requisitos muy estrictos establecidos precisamente en el artículo 16.

En el párrafo décimo cuarto se estatuye una facultad omnímoda y desborda: "Tratándose de delitos considerados como de delincuencia organizada, el Ministerio Público podrá ordenar la realización de arraigos, cateos e intervención de comunicaciones privadas cuya validez estará sujeta a revisión judicial posterior en los términos que determina la ley". Esta facul-

---

[37] Se advierte que se suprimió el complemento del requisito de que "siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia", complemento indispensable.

[38] El Código Federal de Procedimientos Penales preveía el arraigo domiciliario (artículo 133 bis) solicitado por el Ministerio Público quien debería fundarlo y motivarlo, y sólo así sería autorizado por el juez. Su duración no podrá exceder de treinta días naturales.

tad significa el desfasamiento total del Ministerio Público concebido por el Constituyente de 1917.

En lo que respecta al artículo 20, el proyecto establece en la fracción III del apartado A una nueva excepción para el caso de la delincuencia organizada. Se puntualiza que "la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos personales del acusador"; sin embargo, tal omisión es violatoria de garantías, en virtud de que esa omisión u ocultamiento por parte de las autoridades imposibilita al acusado a contestar el cargo y rendir su declaración preparatoria; en una palabra: defenderse. En la misma fracción, se agrega un párrafo segundo que prevé de manera textual que "cuando el inculpado reconozca ante la autoridad judicial su participación en el delito y la confesión se encuentre sustentada en datos suficientes para considerarla cierta, el juez lo citará para la audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad".

Con esta disposición se da cabida en la Constitución a la negociación de la justicia entre el inculpado, la autoridad judicial y el Ministerio Público, lo cual nos parece inaudito. No es comprensible que, en un Estado democrático de derecho, la justicia pueda ser negociada. El doctor Zamora Pierce explica con puntualidad que esta negociación no es más que el *plea bargaining* que se maneja todos los días en Estados Unidos de América, en esa forma casi el 95 % de los casos se resuelve mediante figura, sin un juicio adecuado.[39]

En nuestro país a últimas fechas lo más importante en el procedimiento penal es acortar los tiempos, sin tener presente que la finalidad más trascendente es la búsqueda de la verdad real: cumplir con la verdadera justicia y la verdad histórica.

Al artículo 20 se adicionan otras modificaciones referentes a la seguridad pública, que no son tema de esta investigación.

Respecto del artículo 21 el decreto propone que "la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a la policía, la cual actuará bajo la conducción jurídica de aquél en el ejercicio de su función". Esto aparece también en la reforma de 2008 donde se analizará este punto.

En el artículo 22 se contempla la posibilidad de que el Estado pueda aplicar a su favor "bienes respecto de los cuales existan datos suficientes para considerar que son objeto o producto de la delincuencia organiza-

[39] Zamora Pierce, Jesús, *Juicio oral. Utopía y realidad*, México, Porrúa, 2011. Especialmente el "Capítulo III. Terminación anticipada del proceso", pp. 52-56.

da...". Constituye un paso más para la instrumentación de acciones para enfrentar actividades de los grupos delictivos que al amparo de vacíos e inconsistencias del marco normativo logran evadir la acción de la justicia.

De todo lo apuntado puede concluirse que el problema de la delincuencia no se resuelve con reformas a la Constitución, sino con la profesionalización de todos los personajes que intervienen en la justicia penal. El problema factual.

## 10. *Reforma de 2008*

No pretendo analizar, ni siquiera referirme, a cada uno de los temas abordados por la reforma tan amplia, únicamente trataré los puntos que me parecen más relevantes.

La reforma constitucional del 18 de junio de 2008[40] es muy extensa, con la que se pretende cambiar todo el "Sistema" de justicia penal, hasta entonces vigente en la Constitución.[41] En el momento de su aparición fue muy bienvenida, mereció el aplauso de la mayoría de los especialistas; sin embargo, poco a poco, fueron apareciendo múltiples críticas. Incluso se cuestiona su origen.[42]

---

[40] Esta reforma se comenzó a trabajar de manera definitiva en la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC) creada por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 13 de octubre de 2008.

[41] Véase García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2008.

[42] "En nuestro país, la USAID financia lo que se denomina el Programa de Apoyo al Estado de Derecho en México (Proderecho), entidad que de manera expresa reconoce que apoyó la reforma constitucional al proceso penal. En el sitio de Internet de este programa (www.proderecho.com) se expresa que tal programa está financiado por la «Agencia de Asistencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos» y que es operado por la empresa *Management Sciences for Development*. En este sitio se proporciona información detallada de las reformas al proceso penal efectuadas en los estados de Chihuahua, México, Nuevo León y Oaxaca, entre otros". Ovalle Favela, José, "Las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 279 y 280. En esa misma línea, Sergio García Ramírez señala que Moisés Moreno Hernández destaca "la influyente concurrencia que han tenido en la construcción del nuevo sistema mexicano la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos, el Banco Mundial y el Banco Interamericano por ejemplo...". *Temas del nuevo procedimiento penal. Las reformas de 1996, 2008, 2013 y 2014*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 7.

Como toda reforma contiene aciertos y desaciertos. Es una reforma, entre las varias, que el doctor García Ramírez ha denominado como "ambiguas" por conjuntar medidas garantistas y medidas de corte acusatorio; además de avances y retrocesos "muy notorios".[43]

Las opiniones de los senadores que participaron en el proceso de reforma son muy significativas.[44] El senador César Camacho, entre otras cuestiones, informa que se analizaron diez iniciativas[45] y que los propósitos acometidos cuando esta reforma se aprobó fueron: "La implementación de un sistema, yo diría preponderantemente acusatorio... porque tiene una o dos instituciones jurídicas que no le permiten ser un sistema absolutamente acusatorio... La primera el arraigo... La otra figura que pudiera no ser típicamente acusatoria es la extinción de dominio". Por su parte, el senador Pablo Gómez puntualiza que "uno de los propósitos principales del proyecto de reformas constitucionales en materia de justicia y seguridad pública es crear una burbuja de reglas especiales en cuanto a la llamada «delincuencia organizada»". Subraya su desacuerdo con la figura del arraigo y con: "La creación de dos espacios jurídicos: uno para la generalidad de los delitos y otro para la delincuencia organizada contradice el carácter universal de los derechos fundamentales. Estos se conceden a toda persona independientemente de sus características y también de las imputaciones que se le hagan en cualquier procedimiento penal". Asimismo, critica la definición de delincuencia organizada (como tipo penal) en la Constitución.

---

[43] "En mi concepto, la reforma constitucional... Pertenece a la categoría de las «reformas ambiguas»... ofrece desaciertos y soluciones peligrosas. Éstas militan contra el orden penal democrático y ponen en predicamento derechos y garantías de los ciudadanos. Por eso he comparado la reforma con un vaso de agua fresca, cristalina, que invita a saciar la sed, en el que alguien hubiese dejado caer, sin embargo, unas gotas de veneno. Ya se verá el efecto general que esta inquietante mezcla produce en la fisiología de la nación". "La reforma penal constitucional", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 187.

[44] García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, *cit.*, pp. 19-27 y 49-59.

[45] Moisés Moreno Hernández manifiesta que las reformas en cuestión tienen su origen en diversas propuestas como son: "las provenientes de legisladores presentada en la Cámara de Diputados en diciembre de 2006; la presentada ante el Senado de la República el 9 de marzo de 2007 por el presidente de la República; la presentada por legisladores del PRD, PT y Convergencia en abril de 2007; la del PRD presentada ante la Cámara de Diputados en octubre de 2007, entre otras...". "Impactos de las reformas constitucionales en el ámbito de la procuración de justicia", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, *cit.*, p. 94.

El senador Pedro Joaquín Coldwell anota que "los ejes de la reforma son tres: 1) el diseño de un régimen penal acusatorio... 2) un régimen constitucional especial para la delincuencia organizada y 3) [llevar a cabo] modificaciones generales para el diseño constitucional del sistema penal".

En esta reforma se propone cambiar, de manera profunda, diez 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.

El artículo 16 es uno de los preceptos mayormente modificados,[46] situación similar ocurre con los artículos 18, 19, 20 y 21. En esta ocasión el artículo 16 incluye la definición de delincuencia organizada de la siguiente manera: "organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada", definición que de ninguna manera debe situarse dentro de la Constitución. Además, contempla algunas cuestiones severas e inquietantes de las grabaciones privadas como medio de prueba.

Todo esto tiene que ver con la grave situación de no partir de una política criminal acorde al Estado democrático de derecho. Una verdadera y puntual política criminal que responda a las necesidades reales de nuestro país, que en materia de justicia penal son cuantiosas, empezando con la prevención no penal.[47]

En el artículo 17 se incorporan los "mecanismos alternativos de solución de controversias" con el fin evitar el prolongado tiempo de llevar a cabo los juicios; o sea, despresurizar el sistema judicial. Regula, además, el servicio de defensoría pública de calidad, profesional y de carrera. Alude también a sus perfecciones. Por su parte, el artículo 18 propone un ambicioso y organizado sistema penitenciario, en el que se resaltan diversas medidas benéficas para los internos y se prevé la distribución de competencias.

Independientemente, de nueva cuenta se plantea un sistema integral de justicia "aplicable a quienes se atribuye 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". Se precisa, obviamente, que se

---

[46] Antes de la reforma de 2008 se modificó en cuatro ocasiones.

[47] El doctor Sergio García Ramírez dice: "...aún no contamos con una verdadera política criminal que provea rumbo y destino de los afanes del poder público y de la sociedad en el ámbito que ahora nos interesa. Una política que permita ponderar las acciones y las omisiones y sus resultados en función de objetivos, metas e itinerarios". "Temas penales en la Constitución", en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *Sistema penal y Constitución (1917-2017)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2018, p. 5.

les garanticen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Las personas menores de doce años sólo serán sujetas a rehabilitación y asistencia social. Se destaca que la operación del sistema "estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializadas para atender el «interés superior del adolescente»". Se espera, con optimismo, que ahora sí se haga efectivo el sistema.

En el artículo 19 se modificó el primer párrafo para sustituir los términos "auto de formal prisión" por el de "auto de vinculación a proceso" y se reemplazó el requisito de "los datos que arroja la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado" por "los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión", con lo cual se flexibiliza la actividad del Ministerio Público.

Se introducen dos párrafos: el segundo y el tercero. En el segundo se prevé la prisión preventiva y la prisión preventiva oficiosa, tema que se abordará más adelante y en el tercero, se anota que la "ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso". En el cuarto opera nuevamente la actualización terminológica. En el quinto (antes tercero) se actualizó el lenguaje: "hecho o hechos delictivos" en lugar de "delito o delitos", "auto de vinculación a proceso" para sustituir "auto de formal prisión o de sujeción a proceso" e "investigación" por "averiguación". En el sexto se prescribe que si después de emitido el auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es reclamado por otro juez se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal. El actual séptimo párrafo conserva íntegramente el contenido del anterior cuarto párrafo.

En el artículo 20 operan cambios drásticos. De principio se inscriben las bases fundamentales del procedimiento penal y se postula que será "acusatorio y oral".[48] Se detallan los principios que habrán de guiar el procedimiento penal: publicidad, contradicción, concentración, continuidad

[48] El doctor Fix-Zamudio expresa que "en sentido estricto —y desde el punto de vista de la ciencia del Derecho Procesal— no existen juicios orales sino procesos que se tramitan por medio de audiencias o con etapas orales ya que en la actualidad no se puede prescindir de la documentación escrita en las fases orales del procedimiento". Laveaga, Gerardo y Lujambio, Alberto (coords.), *El derecho penal a juicio. Diccionario crítico*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2007, p. 312.

e inmediación.[49] Divide su texto en tres apartados: A, B y C. El apartado A establece en diez fracciones los principios generales que rigen el procedimiento penal, en la fracción I se precisa el objeto del proceso penal: el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños se reparen. El objetivo es muy loable, pero deberá reflejarse en la realidad.

En el apartado B se instituyen los derechos de toda persona imputada, empezando por el "derecho a que se presuma su inocencia", derecho que contrasta con la prisión preventiva (segunda parte de la fracción IX). En la fracción II aparece el derecho a declarar o a guardar silencio. En la parte segunda de la fracción III, claramente y sin rodeos, se constitucionaliza la negociación entre el delincuente y la autoridad. Textualmente se dice: "La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada". Con tal negociación se pervierte plenamente la justicia penal. La fracción IV señala que se le auxiliará en toda su situación procedimental, especialmente, en la presentación de testigos; en la fracción V se consigna el derecho a ser juzgado en audiencia pública; en la fracción VI se ordena que le serán facilitados todos los datos para su defensa; en la fracción VII se establecen los plazos en que será juzgado según la punibilidad; en la fracción VIII se resalta el derecho a la defensa adecuada por abogado, desde el momento de su detención; en la fracción IX establece el plazo máximo para 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".

Se advierte con sorpresa que se eliminó como derecho primordial la libertad provisional mediante caución, la cual desde 1917 hasta antes de esta reforma se había considerado de especial trascendencia.

En el apartado C se instauran los derechos de las víctimas que habían quedado rezagados hasta el año 2000. La reforma constitucional de ese año los reguló y organizó. Derechos que merecen toda la atención.[50]

---

[49] Sobre estos principios el doctor García Ramírez da una explicación amplia en el capítulo 3 de su obra *El procedimiento penal. Constitución y Código Nacional,* colab. de Eduardo Rojas Valdez, México, UNAM-Porrúa, pp. 140-165.

[50] Véase Islas de González Mariscal, Olga, *Derechos de las víctimas y de los ofendidos por el delito*, México, UNAM-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2003. También véase Lima Malvido, María de la Luz, *Derecho victimal*, México, Porrúa, 2010.

El artículo 21 propone que "la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función". Esta determinación rompe con la relación que antes tenía el Ministerio Público con las policías. Ahora, las policías tienen al igual que el Ministerio Público la función de investigar. Se argumenta que la policía al estar bajo el mando del Ministerio Público "se constriñe al cumplimiento de las instrucciones que recibe limitando sus habilidades e impidiendo su profesionalización". Afirmación falsa en razón de que, la falta de profesionalización así como su ineptitud y los vicios en que desarrolla sus funciones la policía, nada tienen que ver con su dependencia del Ministerio Público (esta postura se evidenciaba desde la iniciativa de reforma de 2007); en el segundo párrafo se agrega una nueva figura procesal: la acción penal ejercida por particulares ante autoridad judicial con lo cual nuevamente se abre el debate sobre el monopolio de la acción penal;[51] en el séptimo aparecen, por primera, vez los criterios de oportunidad, textualmente se postula que "el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que exige la ley". Se adujo como objetivo fundamental de estos criterios la descongestión de cargas de trabajo de las procuradurías y de los tribunales. A mi juicio, tales criterios son negativos, si pensamos en una verdadera justicia.[52] En otros párrafos se aludió a la seguridad pública (que no se abordará en este trabajo).

En esta reforma queda remarcada la intención del legislador, como medida garantista, de establecer un novedoso sistema acusatorio y oral. Como lo he manifestado en varios foros y artículos, la reforma de 2008 sólo explicita el sistema acusatorio, porque la Constitución, desde 1917, ya lo consagraba. Si se hace una interpretación contextual y sistemática de los textos constitucionales, el sistema acusatorio se hace evidente. El texto básico, para construir el sistema acusatorio es el artículo 40 que recoge la voluntad del pueblo mexicano de constituirse en una República "democrática" y, cabe subrayarlo, en un Estado democrático no es pensable un sistema inquisitivo, y tampoco un sistema mixto. Con este punto de partida, vinculado con los textos que contienen los elementos del sis-

---

[51] Sobre este tema véase el trabajo intitulado Islas de González Mariscal, Olga, "La acción penal por particulares", en *Justicia Global. Homenaje a Héctor Fix-Fierro*, México, Universidad de Guadalajara-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021 [en prensa].

[52] Véase "Criterios de oportunidad", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 107-119.

tema acusatorio, desde 1917, dispuestos en los artículos: 14, párrafo 2o., y 21, párrafo 1o. (debido proceso legal); 14, párrafos 2o. y 3o., y 16, párrafo 1o., primera parte (legalidad); 20, fracción IX (defensa adecuada); 17, párrafo 2o., y 20, fracción VIII (celeridad: resoluciones de manera pronta, completa e imparcial); 21 y 20, fracción IX (contradicción), y 20, fracción VI (publicidad), queda probada la existencia del sistema acusatorio. Las leyes secundarias procedimentales y la realidad en el funcionamiento irregular del Ministerio Público cambiaron el sistema acusatorio y lo convirtieron en un sistema inquisitivo.[53]

## III. Prisión preventiva

La prisión preventiva es una institución polémica que siempre ha estado en la mira de los especialistas, primordialmente por la contradicción insuperable que guarda con el principio de inocencia y porque se enfrenta con el derecho humano más preciado —después de la vida humana— como lo es el derecho a la libertad. Sin embargo, se le ha considerado como un mal necesario que procede cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar

[53] En esa línea de ideas el doctor García Ramírez expresó: "Los datos acusatorios predominaron en el texto original de 1917 (42) malinterpretado por no pocos analistas de última hora, que incurren en la sorprendente afirmación de que nuestra ley fundamental, y con ella todo el Sistema Penal transitó del sistema inquisitivo al sistema acusatorio apenas en 2008. A partir de ese yerro se eleva el abundante panegírico de la reforma de 2008, que posee méritos indiscutibles y no requiere instalarse sobre ese desacierto" (N. 42. *Cfr.* Islas de González Mariscal, Olga y Ramírez, Elpidio, *El sistema procesal penal en la Constitución*, México, Porrúa, 1979, pp. 39 y 55). "Jesús Zamora Pierce señala que el proceso penal mexicano ya era de corte acusatorio antes de la Reforma constitucional de 2008, a lo que agrega que el proceso establecido en esta reforma es mixto con pronunciados rasgos inquisitivos" (*Juicio oral. Utopía y realidad*, México, Porrúa, 2011, pp. 11 y 15). García Ramírez, Sergio, *La Constitución y el sistema penal: 75 años (1940-2015). Obra conmemorativa del 40 aniversario del INACIPE*, México, INACIPE, 2016, p. 43. Por su parte Moisés Moreno Hernández también coincide con estas afirmaciones: "Como ya se ha destacado, en el México del siglo XX, no es una novedad la presencia del sistema procesal acusatorio, pues nuestro país desde 1917... no hizo expresa la referencia al sistema procesal acusatorio, es evidente que, de acuerdo con los contenidos de diversas de sus disposiciones, ese fue el tipo de sistema procesal que previo, así, por ejemplo el artículo 21 estableció la necesaria diferencia entre la función investigatoria y de acusación que corresponde al Ministerio Público y la función de decisión que es potestad del juzgador, el artículo 20, por su parte previo la función de la defensa, así como que las audiencias serían públicas ya sea ante un juez o ante un jurado de ciudadanos, entre otros". *Posiciones. Retos de la implementación de la reforma constitucional en materia de justicia penal (2008)*, México, Universidad La Salle, Centro de Análisis y Desarrollo del Derecho, 2011 p. 43.

la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación y en su caso, la aplicación de la sanción penal; asimismo, proteger a la víctima, a los testigos y a la comunidad. Como puede advertirse, los objetivos de la prisión preventiva son muy precisos.

Por otra parte, es una medida cautelar personal, provisional y de extrema dañosidad, ordenada por el órgano jurisdiccional, cuando sólo se tienen pruebas indiciarias.

La dañosidad de la prisión preventiva debe medirse en razón de los múltiples daños que se le ocasionan al indiciado, pues además de "encarcelarlo" sufre: *a)* la pérdida del empleo; *b)* separación del núcleo familiar y social; *c)* afectaciones en su esfera psíquica, física y social; *d)* exposición a la contaminación carcelaria y a los peligros graves por algún desencuentro con otros internos; *e)* las posibilidades de una defensa adecuada se ven reducidas por estar imposibilitado para allegarse medios de prueba; *f)* es sujeto de una serie de prejuicios y calificativos perjudiciales por parte de los medios de comunicación y en general de la opinión pública; *g)* en caso de obtener una sentencia absolutoria, habrá sido sujeto de una injusticia gravísima de imposible reparación. Por lo que respecta a la familia, esta se enfrentará a los prejuicios sociales, a problemas económicos cuando el sujeto de la medida es el proveedor y, además, sobrevienen costos que de hecho existen en las prisiones.[54]

El destacado sociólogo e investigador, doctor Zepeda Lecuona, manifiesta:

> La prisión preventiva en México es indebida, exorbitada, injusta y costosa. Es indebida porque contradice los principios constitucionales y del derecho internacional, es exorbitada porque la autoridad la utiliza extensa e indiscriminadamente, más del 40% de las personas señaladas como probables responsables son encarceladas.[55]

---

[54] Carbonell hace una muy importante cita de Ferrajolli que en atención a la prisión preventiva afirma: "el imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también — es decir, sobre todo— por necesidades procesales para que quede situado en pie de igualdad con la acusación, para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas construyendo acusaciones manipulando las pruebas a sus espaldas". Carbonell, Miguel, voz "Prisión preventiva", en Laveaga, Gerardo y Lujambio, Alberto (coords.), *Derecho penal a juicio. Diccionario crítico*, 2a. ed., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009, p. 469.

[55] *Los mitos de la prisión preventiva en México*, 2a. ed., México, Proyecto Presunción de Inocencia en México de Open Society Justice Iniciative (OSJI), 2010, p. 8.

Este autor subraya que "el 98.8% de los delitos que se cometen en México no son castigados".[56] Además, plantea "los mitos"[57] o falacias de los fines de la prisión preventiva: "Mito 1. La prisión preventiva reduce la incidencia delictiva". "Mito 2. La prisión preventiva disminuye la inseguridad ciudadana". "Mito 3. La prisión preventiva se usa contra sujetos «peligrosos»". "Mito 4. La prisión preventiva garantiza la reparación del daño".

Demuestra sus afirmaciones con datos reales y explicaciones contundentes, y va demostrando que cada uno de los "mitos" se han venido planteando "como principales argumentos de los defensores de la prisión preventiva". Demuestra que a pesar de la prisión preventiva (se ha duplicado) la incidencia delictiva "se ha estacionado en niveles inusuales".

La reforma al sistema de justicia penal de 2008 introdujo la prisión preventiva oficiosa para ocho supuestos delincuenciales.[58] Su procedencia es, en la mayoría de los casos, a petición del Ministerio Público; "así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso". En los supuestos de prisión preventiva oficiosa no interviene el Ministerio Público, el juez dicta la medida de acuerdo con los delitos dispuestos en el artículo 19, segundo párrafo, sin tomar en consideración los objetivos de la prisión preventiva.

La reforma de 2008 no sólo ajustó el régimen de la prisión preventiva (artículo 19), sino también removió del orden constitucional, la libertad provisional mediante caución (artículo 20); esta garantía para el acusado, significaba el contrapeso de la prisión preventiva y era congruente con el principio de presunción de inocencia. Una reforma posterior, publicada el 12 de abril de 2019, continuó el perfil represivo, incrementó en nueve el número de supuestos[59] por los cuales el juez puede ordenar la prisión preventiva oficiosa.

---

[56] *Ibidem*, p. 15.

[57] *Ibidem*, pp. 12-21.

[58] Delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas (se agregó en la reforma constitucional del 14 de julio de 2011), 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.

[59] Abuso o violencia sexual contra menores; feminicidio; robo de casa habitación; uso de programas sociales con fines electorales; corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones; robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades; delitos en materia de hidrocarburos petrolíferos o petroquímicos; delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares; delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

En contraste, en el ámbito internacional se pretende reducir al máximo la procedencia de la prisión preventiva oficiosa; la mejor muestra es el Estatuto de la Corte Penal Internacional donde, simplemente, no se prevé.

Con las reformas comentadas y las cuantiosas que sobrevinieron después de la reforma de 2008, a la fecha queda poco de la Constitución de 1917.

# LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA DE TORTURA Y EL DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO

Isabel MONTOYA RAMOS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El contexto*. III. *Las resoluciones de la SCJN en materia de tortura*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

Conocí al doctor García Ramírez cuando yo cursaba el octavo semestre de la Licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM. Fui a entrevistarme con él porque necesitaba una asistente de investigación. La cita fue a las 9:00 am en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuerdo que me sentía muy nerviosa. En la entrevista, me preguntó algunas cosas esenciales y también algunas cosas sobre mi familia. Finalmente me dijo: "niña hoy ya no te regresas a tu casa, ya te quedas a trabajar conmigo".

Fue así como tuve el honor y el privilegio de trabajar con el doctor García Ramírez. Los dos años que trabajé con él en el Instituto de Investigaciones Jurídicas me sentí muy feliz; me encantaba trabajar con él, aprendí muchísimo de él: su forma de investigar organizada, disciplinada, detallada; su memoria infalible —incluso mejor que la mía, a pesar de que yo era una universitaria—. La excelente administración de su oficina: siempre estaba todo en orden. El IIJ fue mi segunda casa.

En esos años observé que el doctor García Ramírez era calmo y firme; no echaba la culpa por los errores, sino que buscaba resolverlos; pero sobre todo él es siempre sencillo y respetuoso con todas las personas.

Llevo muchos años de conocer a Don Sergio y él ha estado a mi lado en mis fracasos y momentos muy tristes de mi vida; pero también en mis

* Maestra en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos por la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, Suiza. Doctoranda en el INACIPE.

triunfos y momentos felices. Es por ello que le guardo mi completa admiración y mucho cariño. Y me atrevo a considerarlo mi amigo y mi maestro.

## I. Introducción

El presente trabajo tiene por objetivo desarrollar los elementos más destacados de la doctrina constitucional en materia de tortura derivada de las resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para corroborar si éstas efectivamente cumplen con los estándares internacionales sobre el derecho humano a la integridad personal.

El problema de la tortura en el sistema de justicia penal está profundamente enraizado en las prácticas y es tan común, que el relator especial de la Organización de las Naciones Unidas y el Comité contra la Tortura consideraron que la comisión de tortura en México es generalizada. A pesar de ello, la impunidad de este delito en México es prácticamente total, ya que existen escasas investigaciones y procesos por tortura pues las mismas autoridades que la cometen y ordenan, son las que tienen que investigarla; o cuando enjuician actos de tortura, los clasifican y procesan como ofensas menores, como lesiones o abuso de autoridad. Asimismo, el delito de tortura se encubre, normaliza o minimiza en prácticamente todas las esferas del sistema de justicia.

Es innegable que la SCJN ha construido una amplia doctrina constitucional sobre el derecho a la integridad personal, pero eso no necesariamente significa que los precedentes cumplan con los parámetros internacionales en materia de derechos humanos. En un país como México, en el que la tortura es un problema estructural, es necesario promover nuevas reflexiones acerca de la forma en la que la SCJN ha abordado ese tema y cuestionar si sus decisiones son realmente protectoras y reparadoras y si cumplen con los principios de los derechos humanos, como el de progresividad. Igualmente, se busca que esta investigación aporte insumos teóricos y técnicos generados desde el ámbito académico, que pudieran ser retomados en reformas legales o que pudieran repercutir en posibles cambios de criterio en las sentencias de la SCJN.

## II. El contexto

El 10 de junio de 2011 fue promulgada la reforma constitucional en materia de derechos humanos más profunda que haya sufrido nuestro sistema jurídi-

co. A través de la modificación a once artículos de la Constitución, México modernizó sus leyes para dar pie a un marco legal más justo y más protector de los derechos humanos de las personas.

Once artículos de la Constitución fueron modificados[1] y los cambios fueron tanto sustantivos como adjetivos.[2] Sin duda alguna, las modificaciones más profundas se dieron en el artículo primero, que —entre otras cosas—, armoniza al sistema jurídico mexicano con el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien los tratados internacionales ya eran considerados como ley suprema de la nación, al ser posicionados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) por debajo de la Constitución y por encima de las leyes generales, federales y locales,[3] el Estado mexicano y su sistema jurídico seguían considerando al derecho internacional como un derecho apartado del doméstico. Sin embargo, con las modificaciones realizadas, las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales son normas constitucionales de conformidad con el artículo 1o. de la Constitución.

La apertura al derecho internacional contenida en la reforma constitucional, implica que "la Constitución en materia de derechos humanos estará integrada por normas dispersas en otros conjuntos normativos (tratados)".[4] Así, las normas y principios que provengan del derecho internacional, "serán utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por mandato de ésta".[5]

Aunado a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, en 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictó la sentencia *Radilla Pacheco vs. México* que manda al Estado mexicano la aplicación de un control de convencionalidad *ex officio* que obliga a que todas las normas del sistema jurídico sean acordes con las reglas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos.

---

[1] Los artículos reformados fueron: 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105.

[2] Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2012, p. 40.

[3] Tesis P. IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, T. XXV, abril de 2007, p. 6.

[4] Castilla Juárez, Karlos, "Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México", *Estudios Constitucionales,* Chile, año 9, núm. 2, 2011, p. 147.

[5] *Idem.*

El caso *Radilla Pacheco* ha sido de tanta trascendencia para México, que la SCJN, en el Expediente Varios 912/2010, estudió la forma en la cual el supremo tribunal y el Poder Judicial de la Federación darían cumplimiento a esa sentencia. En ese expediente se indicó que el control de convencionalidad ordenado por la Corte IDH debía ser acorde con el control de constitucionalidad ya establecido y aplicado por el Poder Judicial federal.[6] Dicha resolución añadió que el control debía ser hecho con base en un parámetro integrado por todos los derechos humanos contenidos en la Constitución general y la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación, además de incluir todos los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en los que México es parte y los criterios de la Corte IDH.[7]

Ahora bien, en la Contradicción de Tesis 293/2011 votada en el Pleno de la SCJN el 3 de septiembre de 2013, la SCJN indicó que los derechos humanos contenidos en la Constitución general y en los tratados internacionales de los que México es parte constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano. [8]

Por otro lado, en México constantemente se cometen violaciones graves a los derechos humanos, como desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y tortura. En diciembre de 2014, el relator especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Juan E. Méndez, emitió su informe sobre México e indicó que en nuestro país la tortura es generalizada.[9] Añadió que la tortura es cometida por policías municipales, estatales y federales; agentes ministeriales estatales y federales, y las fuerzas armadas.

El relator especial también indicó que el régimen de excepción constitucional y legal que afecta a los detenidos que incluye al arraigo, la pri-

---

[6] Expediente Varios 912/2010, párr. 30.

[7] *Ibidem*, párr. 31.

[8] Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 202.

Tesis Registro digital: 2006224 Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

[9] Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas, crueles, inhumanos o degradantes, sobre su misión a México (21 de abril a 2 de mayo de 2014), p. 7, disponible en: *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/252/91/PDF/G1425291.pdf?OpenElement* (fecha de consulta: 1o. de diciembre de 2021).

sión preventiva oficiosa y la posibilidad de que el ministerio público amplíe el plazo de la detención, agudiza el problema de la tortura en México. Asimismo, señaló que es complicado saber el número real de casos de tortura "porque muchos no se denuncian por temor a represalias o desconfianza y existe una tendencia a calificar los actos de tortura o malos tratos como delitos de menor gravedad".[10] Igualmente, concluyó que "la tortura se utiliza predominantemente desde la detención y hasta la puesta a disposición de la persona detenida ante la autoridad judicial, y para castigar y extraer confesiones o información incriminatoria".[11]

El 27 de octubre de 2015 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el acuerdo A/101/15 que creó la Unidad Especializada en Investigación del Delito de Tortura. Para 2017, dicha unidad contaba con 4715 averiguaciones previas por tortura, de las cuales únicamente 19 contaban con orden de aprehensión y solamente cinco se habían ejecutado.[12] Igualmente, entre 2007 y 2015, la Comisión Nacional de Derechos Humanos había recibido 9401 denuncias por tortura y malos tratos.[13]

En 2014 se registraron 1884 investigaciones penales por el delito de tortura. Entre 2006 y 2013, en el ámbito federal sólo se produjeron 12 procesos judiciales por tal crimen y para abril de 2015, únicamente se habían emitido seis condenas federales por tortura relacionadas con casos posteriores al 2007.[14] En el sistema de justicia militar se reportaron 15 investigaciones por tortura sin condena, mientras que en el fuero común, se reportaron siete condenas por tortura entre los años 2007 y 2012.[15] Finalmente, en 2012 el gobierno mexicano informó al Comité Contra la Tortura de la ONU que además de las seis sentencias por tortura, desde 2005, se habían desarrollado 143 juicios por abuso de autoridad; 60 por uso indebido de cargo público y 305 por ejercicio no autorizado de la autoridad pública.[16]

---

[10] *Idem.*

[11] *Idem.*

[12] Informe de seguimiento del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, emitido el 17 de febrero de 2017, p. 9, disponible en: *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/035/92/PDF/G1703592.pdf?OpenElement* (fecha de consulta: 1o. de diciembre de 2021).

[13] Open Society Foundations, *Atrocidades innegables. Confrontando crímenes de lesa humanidad en México,* Nueva York, Open Society Foundations, 2016, p. 46.

[14] *Ibidem,* p. 47. Por otro lado, hasta abril de 2015, la PGR contaba con 2450 investigaciones en trámite sobre tortura, pero sólo existen 15 sentencias condenatorias por este delito a nivel federal entre 2006 y 2015.

[15] *Idem.*

[16] *Ibidem,* p. 48.

No obstante,

> los datos sobre tortura y malos tratos en México subestiman la incidencia de estos delitos porque las agencias policiales e instituciones judiciales que generan los datos, a menudo son las mismas agencias acusadas de perpetrar o tolerar la tortura o los malos tratos. Por este motivo, las víctimas se muestran reticentes a denunciar los delitos y los autores logran posicionarse para obstaculizar cualquier averiguación.[17]

En 2012, el Comité contra la Tortura de la ONU

> manifestó su preocupación acerca de las acusaciones de complicidad entre fiscales e investigadores de la policía, además de los informes que daban cuenta de que los fiscales y, en ciertas ocasiones, los propios jueces, restaban importancia a las denuncias de los acusados que habían sido torturados o clasificaban los actos en cuestión como ofensas menos serias.[18]

En este contexto, los días 24 y 25 de abril de 2019, se celebró en Ginebra, Suiza, el 66 periodo ordinario de sesiones del Comité contra la Tortura (CAT), en el que el Estado mexicano rindió su séptimo informe de conformidad con el artículo 19 de la Convención sobre Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU (Convención sobre Tortura). "La tortura es una práctica endémica y generalizada en México, sentenció el CAT. Criticó la falta de progresos de las autoridades mexicanas para combatir, investigar y prevenir este delito".[19]

Uno de los miembros del CAT, el señor Rodríguez Pinzón,

> remarcó los resultados de la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) de 2016. De las 64,150 personas entrevistadas en 338 prisiones de México, 63.8% señaló haber sufrido violencia física durante el arresto, 35.6% denunció haber sido sometido a asfixia simulada, a 52.5% se le amenazó con la presentación de falsos cargos y 28.2% informó de amenazas contra sus familiares.[20]

---

17 *Ibidem*, p. 47.

18 *Idem.*

19 "Tortura, práctica endémica y generalizada en México: CAT", *La Jornada*, 25 de abril 2019, disponible en: *https://www.jornada.com.mx/ultimas/2019/04/25/tortura-practica-endemica-y-generalizada-en-mexico-cat-6155.html*.

20 *Idem.*

El experto Rodríguez Pinzón indicó que al contexto generalizado de tortura, se suma un clima de impunidad imperante. Criticó que las cifras manejadas por el gobierno mexicano sean inconsistentes y contradictorias.

Bajo este panorama, México ha realizado algunas acciones para el combate y erradicación de la tortura, por ello, el 26 de junio de 2017 se promulgó la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes. Del mismo modo, el Poder Judicial Federal ha emitido múltiples sentencias con el objeto de proteger y reparar a las personas que alegan haber sufrido tortura; las sentencias son vastas, no obstante, cabe preguntarse si los criterios contenidos en las mismas realmente generan el manto protector y reparador que exigen los estándares internacionales sobre la materia o si son criterios que no protegen ni reparan correctamente la violación al derecho a la integridad personal. De ahí que se identifiquen diversos problemas en los criterios de la SCJN, como se desarrolla a continuación.

## III. Las resoluciones de la SCJN en materia de tortura

La SCJN se ha abocado a estudiar la prohibición de la tortura en muchas sentencias. Un estudio[21] contabilizó más de 400 resoluciones relacionadas con tortura, de las cuales, la inmensa mayoría han sido decididas en la Primera Sala, salvo tres casos que se resolvieron en el Tribunal Pleno, que fueron las acciones de inconstitucionalidad 32/2015 y 109/2015, y el Incidente de Inejecución de Sentencia 290/2016.

El mismo estudio señaló que "de la totalidad de los casos resueltos por la Primera Sala, solo en alrededor de 100 de ellos ha habido pronunciamientos de fondo, siendo muchos de estos, precedentes idénticos".[22] Además, se detectó que la gran mayoría de esas sentencias se dieron después de 2015, ya que antes de ese año, solamente se habían resuelto aproximadamente 20 asuntos. No obstante, a partir de septiembre de ese año, los casos sobre tortura aumentaron de la siguiente manera: en 2015, 38 asuntos; en 2016, 111 casos; en 2017, 162 y en 2018, 86 casos.[23]

---

[21] González Santos, Gabino, *El rol del poder judicial frente a la sanción de la tortura: evolución de los criterios en la SCJN*, México, IFED, 2020.

[22] *Ibidem,* p. 19.

[23] *Idem*.

Es así que la mayor parte de los precedentes de la SCJN se han generado a partir del año 2015 y mediante las resoluciones a los amparos directos en revisión. El año 2015 es un parteaguas para la evolución jurisprudencial de la prohibición de la tortura en nuestro máximo tribunal porque ante la abrumadora cantidad de casos que llegaron a la SCJN en 2014 y que alegaban tortura, se creó una comisión de secretarios/as de estudio y cuenta que analizaron dicho tópico con el objetivo de conformar una sentencia "modelo" sobre tortura; es decir, una resolución que proporcionara criterios uniformes que irradiaran a los tribunales de menor instancia (en adelante, Comisión sobre Tortura de la SCJN). Es por ello que en este trabajo solamente se analizarán las sentencias más paradigmáticas a partir del año 2015 dictadas por la Primera Sala en el recurso de amparo directo en revisión.

### 1. *Amparo directo en revisión 4578/2014. El precedente protector y amplio*

Antes de comenzar con la descripción del amparo directo en revisión 4578/2014, es menester destacar que dicha sentencia se desarrolló en el marco de un proceso penal propio del sistema procesal penal mixto, es decir, a la persona quejosa se le acusó de haber cometido diversos delitos por haber sido miembro de una banda delictiva. En sus conceptos de violación indicó que su confesión había sido recabada de manera ilegal porque fue agredido físicamente por el personal del ministerio público, quienes lo obligaron a firmar unas hojas en blanco. El maltrato fue avisado al juez al momento de retractarse de la confesión. No obstante, el juez le dio validez a la misma.

El amparo directo en revisión 4578/2014, se falló en la Primera Sala de la SCJN el 7 de octubre de 2017.[24] En ese precedente se analizó el tópico de la tortura de manera muy detallada. A continuación, se analizarán los elementos más relevantes de la sentencia mencionada.

#### A. *Prohibición de la tortura*

En el amparo directo en revisión 4578/2014, la SCJN indicó que la tortura es una violación al derecho humano a la integridad personal, sin importar la finalidad con la que se realice. En efecto, los artículos 20, apartado

[24] Fue votado por unanimidad de cinco votos de la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas y los ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (ponente), José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo.

B, fracción II; 22, párrafo primero, y 29 de la Constitución general expresamente prohíben la comisión de actos de tortura. En el ámbito internacional, se retomó lo señalado por el artículo 5o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 7o. del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 2o. de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el cual señala que la tortura es un acto intencional, que causa sufrimientos físicos o mentales y que se comete con cualquier fin o propósito.

El precedente añadió que la proscripción de la tortura es una norma de *jus cogens*[25] internacional. Por lo tanto, el derecho a no ser objeto de tortura tiene el carácter de absoluto y no admite excepciones bajo ninguna circunstancia, incluso frente a situaciones de emergencia que amenacen la vida de la Nación.

B. *La tortura puede denunciarse en cualquier momento del proceso*

Ahora bien, de manera muy destacada, el precedente bajo análisis *determinó el momento procesal (oportunidad) para denunciar los actos de tortura*. Así, señaló que

> la denuncia de tortura de ninguna manera puede condicionarse a circunstancias de temporalidad o de oportunidad para alegarla, o incluso para determinar que se investigue en caso de que se advierta la existencia de indicios concordantes con actos de tortura. Esto obedece a su carácter de violación a derechos humanos, por lo que no está sujeta a condiciones de preclusión.[26]

Por lo tanto, el acto de tortura debe investigarse desde que el Estado tiene conocimiento de la denuncia o cuando existan razones fundadas para creer que se ha cometido un acto tortura contra una persona. Lo anterior "no está sujeto a la decisión discrecional de las autoridades del Estado, sino

---

[25] Conforme al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una norma de *ius cogens* es una norma imperativa de derecho internacional general, lo cual significa que es "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

[26] Amparo en revisión 4578-2014, párr. 72.

que se trata de un imperativo de observancia inmediata que tiene sustento en normas jurídicas de fuente internacional y de derecho interno".[27] Es así que cualquier denuncia de tortura tiene trascendencia jurídica.[28]

Otra razón para no imponer condiciones de oportunidad a la denuncia de tortura, es el hecho de que la misma transgrede el derecho humano a la dignidad humana. Consecuentemente la SCJN sostuvo que

> la denuncia de tortura en las vertientes de delito y de violación a derechos humanos cometida presuntamente contra una persona sometida a un procedimiento penal, no tiene condiciones de preclusión, por lo que no puede impedirse que se alegue en cualquiera de las etapas de los procedimientos judiciales.[29]

### C. *La tortura es una violación a derechos humanos que impacta en el proceso penal instruido en contra de una persona*

En ese apartado, la SCJN reconoció que la tortura tiene que ser investigada como un delito y como una violación a derechos humanos. Es así que las personas que denuncien actos de tortura tienen el derecho a que su denuncia sea investigada de manera expedita. Además, *se entiende por denuncia cualquier noticia o aviso que la víctima haga frente a cualquier autoridad con motivo de sus funciones.*[30] La autoridad está obligada a dar aviso al ministerio público de manera inmediata y oficiosa y la investigación deberá ser: independiente, imparcial y meticulosa.

Ahora bien, si se omite investigar la denuncia de tortura, dicha omisión será considerada como una violación a las leyes del procedimiento que tiene trascendencia en la defensa de la víctima de tortura, de conformidad con la fracción XXII, del artículo 173 de la Ley de Amparo, con relación al párrafo tercero, del artículo 1o. de la Constitución federal y los artículos 1o., 6o., 8o. y 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Convención Interamericana sobre Tortura). En efecto,

> el derecho a un debido proceso, contiene un núcleo duro que debe observarse de manera inexcusable en todo el procedimiento jurisdiccional, y que se

---

[27] *Ibidem*, párr. 73.
[28] *Ibidem*, párr. 74.
[29] *Ibidem*, párr. 86.
[30] *Ibidem*, párr. 105.

> garantiza a través del cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la "garantía de audiencia".[31]

Entonces, la reparación ante una violación al debido proceso en materia penal se reclama en el juicio de amparo directo, conforme al artículo 170 de la Ley de Amparo. Ahora bien, si la comisión de tortura se acredita en un proceso penal, se actualiza la violación a las leyes del procedimiento contenida en el artículo 173, fracción VIII, de la Ley de Amparo. En este supuesto es innecesario reponer el procedimiento para investigar el acto de tortura, por lo tanto, la autoridad estará en condiciones de aplicar la regla de exclusión probatoria; en otras palabras: deberá expulsar del acervo probatorio todas las pruebas que hayan sido obtenidas a través de tortura.

Contrariamente, si la autoridad omite investigar el acto de tortura cometido en el proceso penal, no es posible concluir que está comprobada la violación al derecho a la integridad personal, por lo cual, no puede aplicarse la regla de exclusión probatoria. Además,

> al ser la tortura una violación a derechos humanos de la que es posible que se puedan obtener datos o elementos de prueba que con posterioridad se utilicen para sustentar una imputación de carácter penal contra la persona identificada como presunta víctima de la tortura, resulta evidente que existe una clara relación entre la violación a derechos humanos con el debido proceso.[32]

Entonces, conforme al amparo directo en revisión 4578/2014, es necesario investigar si se actualizó o no la tortura, es decir, verificar si el derecho humano a la dignidad personal fue transgredido mediante la tortura. Si ésta efectivamente sucedió, "la autoridad que tenga a cargo resolver la situación jurídica de la víctima de violación a derechos humanos, estará obligada a realizar un estudio escrupuloso de los elementos en que se sustenta la imputación al tenor de los parámetros constitucionales para las reglas de exclusión de las pruebas ilícitas".[33]

Si no hay suficientes indicios que le permitan a la autoridad judicial determinar si aconteció o no la tortura, entonces deberá realizarse la investigación en el propio proceso penal.

---

31 *Ibidem,* párr. 112.

32 *Ibidem*, párr. 126.

33 *Ibidem*, parr. 126.

> Es en este punto de análisis en que se ubica la violación a las formalidades esenciales del procedimiento que dejan sin defensa al procesado, cuando se omite realizar la investigación referida. De ahí que al detectarse la falta de investigación después de concluir la etapa de instrucción del proceso penal, ello necesariamente obliga a reponer el procedimiento para que sea subsanada la omisión y la situación jurídica del procesado pueda resolverse a partir de tener en cuenta dicha circunstancia.[34]

El amparo directo en revisión 4578/2014 señaló que no es necesario afectar todo lo desahogado en el proceso, por lo tanto, la reposición del procedimiento deberá realizarse hasta la diligencia inmediata anterior al auto de cierre de instrucción, cuando se trate del sistema procesal penal mixto. En caso de que el acto de tortura no se compruebe, las actuaciones y diligencias subsistirán íntegramente en sus términos.[35]

### D. *Aplicación de la regla de exclusión probatoria y el estándar probatorio*

En el amparo directo en revisión 4578/2014, la SCJN determinó que en la investigación del acto de tortura, la carga de la prueba la tienen las autoridades, dentro de sus respectivas competencias. La persona que denuncia tortura, en ningún caso está obligada a probarla. Respecto del estándar probatorio, la SCJN distingue dos vertientes de la tortura: como delito y como violación a derechos humanos.

Si la tortura se procesa como delito, el estándar aplicable para comprobar el acto de tortura es el de "más allá de la duda razonable", que es propio del derecho penal. De manera muy diferente, si la tortura se analiza como una violación al derecho humano a la integridad personal, con repercusión en el derecho humano al debido proceso, aplica un estándar de prueba atenuado. Es decir, para comprobar la tortura será suficiente que se demuestre la existencia de la afectación a la integridad personal. "A través de dicho estándar bajo se logra desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción en perjuicio de los justiciables".[36] Para aplicar el estándar de prueba atenuado, "la autoridad judicial competente deberá ordenar de inmediato la realización de los exámenes pertinentes para el adecuado esclarecimiento de lo sucedido, dependiendo del tipo de maltrato alegado aplicando

---

[34] *Ibidem*, párr. 134.

[35] *Ibidem,* párr. 143.

[36] *Ibidem*, p. 152.

para ello lo previsto en el Protocolo de Estambul".[37] Si esto no es realizado, se vulnerará el derecho al debido proceso de la víctima de tortura.

Por otro lado, si se ha comprobado la tortura como delito o como violación al derecho a la integridad personal, se debe aplicar la regla de exclusión probatoria, por lo tanto "se debe excluir todo medio de convicción que haya sido obtenido directamente de la misma o que derive de ésta, lo cual comprende declaraciones, confesiones y toda clase de información incriminatoria"[38] que se haya obtenido por medio de la tortura. En ese punto, el precedente bajo análisis retomó lo señalado por la Corte IDH en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México,* en el que se determinó que

> el carácter absoluto de la regla de exclusión se ve reflejado en la prohibición de otorgarle valor probatorio no sólo a la prueba obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción. En consecuencia, la SCJN considera que excluir la prueba que haya sido encontrada o derivada de la información obtenida mediante coacción, garantiza de manera adecuada la regla de exclusión.[39]

En resumen, el amparo directo en revisión 4578/2014 fue de los primeros casos que derivaron de la Comisión de Tortura de la SCJN. Este es uno de muchos precedentes de la SCJN que han dirimido el tema de tortura mediante la aplicación de la sentencia "modelo", por lo tanto, los precedentes sobre tortura después de 2015 contuvieron las consideraciones señaladas hasta que se emitió el amparo directo en revisión 6564/2015 del 18 de mayo de 2016, que se va a analizar más adelante.

El amparo directo en revisión 4578/2014 refleja la forma más común en la cual se perpetra la tortura en nuestro país, es decir, la tortura de la persona detenida —la mayoría de las veces, de forma ilegal—, por la comisión de algún delito y que es torturada al momento de la detención o en sede ministerial, para confesar el crimen. Luego, la confesión se toma en cuenta para el dictado de la sentencia.

La sentencia analizada tiene elementos muy importantes que se resumen en los siguientes puntos:

---

[37] Sobre el particular, es ilustrativa la Tesis 1a. LVI/2015 (10a.), TORTURA. GRADOS DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA DE LAS PERSONAS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 15, febrero de 2015, t. II, p. 1423.

[38] ADR 4578/2014, párr. 156.

[39] Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220, párr. 167.

— *Oportunidad de la denuncia de tortura*. En el proceso penal mixto la tortura se puede denunciar en cualquier momento, incluyendo la demanda de amparo y los agravios en el recurso de revisión ante la SCJN.
— *La denuncia de tortura*. Se entiende por denuncia cualquier noticia o aviso que la víctima haga frente a cualquier autoridad con motivo de sus funciones.
— *Aplicación del estándar de prueba atenuado*. Si hay suficientes indicios que le permitan a la autoridad judicial determinar si aconteció o no la tortura, entonces aplica la exclusión probatoria. Si no hay suficientes indicios, deberá realizarse la investigación de la tortura en el propio proceso penal.
— *La obligación de investigar*. Ante la denuncia de tortura, la autoridad está obligada a dar aviso al ministerio público de manera inmediata y oficiosa y la investigación deberá ser: independiente, imparcial y meticulosa.
— *Transgresión al derecho humano de debido proceso*. Si se omite la investigación por tortura, entonces se transgrede el derecho al debido proceso porque la persona enfrenta cargos penales y la prueba en su contra no fue obtenida legalmente. Por lo tanto, es necesario reponer el procedimiento hasta la diligencia inmediata anterior al cierre de instrucción, cuando se trate de sistema procesal penal mixto o tradicional. La reposición del procedimiento es únicamente para que se investigue la tortura, en consecuencia, es el juez/a de la causa (de primera instancia) el que solicita al ministerio público que investigue la tortura.
— *La comprobación de la tortura mediante el Protocolo de Estambul.* La SCJN ha sido expresa en reconocer que la comprobación (o no) de la tortura, sólo se puede dar mediante la aplicación del Protocolo de Estambul.
— *La tortura en su vertiente de delito.* La tortura es un delito, por lo tanto, se procesa penalmente. El estándar de prueba aplicable para comprobar la tortura es el de "más allá de la duda razonable".
— *La tortura en su vertiente de violación al derecho humano a la integridad personal, con repercusiones en el derecho al debido proceso.* La tortura también puede ser considerada como una transgresión de derechos humanos. Cuando es así, se aplica un estándar de prueba atenuado, bajo el cual será suficiente comprobar el daño a la integridad personal.
— *Exclusión probatoria condicionada.* De conformidad con el precedente analizado, la exclusión de la prueba[40] obtenida mediante tortura so-

[40] La regla de exclusión probatoria está contemplada en tratados internacionales de los

lamente se da cuando la misma ha sido comprobada mediante la aplicación del Protocolo de Estambul. La exclusión probatoria abarca todo medio de convicción que haya sido directa o indirectamente obtenido mediante tortura. Pareciera incorrecto que no se aplique la regla de exclusión probatoria de manera inmediata o automática, sino que tenga que mediar la reposición del procedimiento para investigar la tortura, y solamente en caso de que eso se compruebe, se excluya la prueba.

En este punto, pudiera haber una discordancia entre los precedentes de la SCJN y el artículo 51 de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el cual indica que

> en cualquier etapa del procedimiento, cuando el órgano jurisdiccional advierta la inclusión o el desahogo de un medio de prueba obtenido a través de actos de tortura, o por cualquier otra violación a derechos humanos o fundamentales, declarará la exclusión o nulidad de la prueba, según corresponda.

Bajo este precepto, la autoridad jurisdiccional declara la exclusión probatoria sin necesidad de que medie la reposición del procedimiento.

### 2. *Amparo directo en revisión 6564/2015. La tortura debe tener impacto procesal a través de la confesión de la persona torturada*

Como puede notarse, la protección que otorga el amparo directo en revisión 4578/2014 es muy amplia, tanto que se restringió con lo decidido por la Primera Sala de la SCJN en el amparo directo en revisión 6564/2015 votado el 18 de mayo de 2016. En esta sentencia, la Primera Sala consideró que en determinados casos, no existe necesidad de ordenar la reposición del procedimiento ante la noticia de tortura para investigarla, pues ello podrá actualizarse únicamente si como consecuencia de la tortura denunciada hubieran declaraciones, confesiones o alguna otra clase de información

---

que México es parte y en la legislación nacional: artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; en el artículo 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y en el artículo 50 de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

autoincriminatoria, ya que sólo de esta forma tendrá trascendencia en el proceso.

En el ámbito del proceso penal, la violación al derecho fundamental de no ser objeto de tortura impacta única y exclusivamente sobre la confesión y en su caso, en las declaraciones u otra clase de información autoincriminatoria. Por lo tanto, si no existe un reconocimiento de los hechos que se le imputan por negativa o abstención, no tendría ningún sentido práctico ordenar la reposición del procedimiento para que se investigue la denuncia de tortura, puesto que no tiene consecuencias procesales por no haber confesión que excluir u otra prueba que derive directamente de los actos de tortura aducidos.[41]

Este precedente olvida la definición de tortura de la Convención Interamericana sobre Tortura, la cual indica que

> Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, *con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin*. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica [énfasis añadido].

En efecto, dicho precepto señala diversos fines de la tortura, como castigar o intimidar, o para cualquier otro fin que tenga por objeto menoscabar la personalidad o la integridad física y mental de la persona. Es decir, no se limita al fin de obtener una confesión, sino que es más amplio.

El amparo directo en revisión 6564/2015 destacó que las consideraciones esgrimidas no se apartan de la doctrina que se había desarrollado sobre la tortura y su impacto en el proceso penal, sino que únicamente la modifica para agregar un nuevo requisito que establezca ante qué hipótesis se actualiza el deber de las autoridades de iniciar una investigación en el marco del proceso penal para determinar la existencia de la tortura.[42]

Debido a lo anterior, en el presente caso, la Primera Sala determinó que no procedía la exclusión del material probatorio puesto que no se advirtió la existencia de una declaración, dato o información que pudiera generar la exclusión de pruebas por afectar la situación del quejoso en el

---

41 Amparo directo en revisión 6564/2015, pp. 77 y 78.

42 *Ibidem*, pp. 83 y 84.

proceso. En conclusión, en los casos como este, en los que no exista confesión o algún otro acto que implique autoincriminación como consecuencia de los actos de tortura alegados, no resulta procedente ordenar la reposición del procedimiento, puesto que en estos casos la violación a derechos humanos derivada de *la tortura carece de trascendencia en el proceso penal.*

Debido al amparo directo en revisión 6564/2015, la doctrina constitucional en materia de tortura en la SCJN se ha seccionado en rubros que giran principalmente alrededor de la confesión, es decir, solamente se entra al estudio de los agravios sobre tortura, en los casos en los que sí existe confesión. Esto, de conformidad con la tesis de jurisprudencia de rubro TORTURA. ES INNECESARIO REPONER EL PROCEDIMIENTO CUANDO NO EXISTA CONFESIÓN DE LOS HECHOS IMPUTADOS O CUALQUIER ACTO QUE CONLLEVE AUTOINCRIMINACIÓN DEL INCULPADO.[43]

Con base en lo anteriormente señalado, la doctrina constitucional mexicana en materia de tortura pudiera ser contraria a los estándares internacionales aplicables ya que se desestiman los agravios de tortura cuando el inculpado no confesó los hechos, por lo tanto, en esos casos, la SCJN los desecha y no hay nada más que hacer, pues la SCJN es la última instancia en el sistema jurídico mexicano.

### 3. *Amparo directo en revisión 6339/2016. La confesión sólo puede darse en sede ministerial*

Otro problema presente en la doctrina constitucional sobre tortura construida por nuestro máximo tribunal es que exige que la confesión se haya dado en sede ministerial, mediante un quebranto de la voluntad antes de declarar ante el ministerio público. En efecto, en la sentencia al amparo directo en revisión 6339/2016,[44] se analizó la situación en la que los inculpados habían confesado su participación dos veces: en la declaración ministerial y en la preparatoria; la primera se excluyó, mientras que la segunda subsistió para fincar responsabilidad penal.

La Primera Sala consideró que la reposición del procedimiento no conduciría a ningún fin práctico porque existía una confesión que impactaba en el proceso, pues los quejosos confesaron su participación en los he-

[43] Jurisprudencia 1a./J. 101/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Libro 48, noviembre de 2017, t. I, p. 323.

[44] Votada el 7 de febrero de 2018.

chos en la declaración preparatoria rendida ante el juez. En otras palabras, la Primera Sala asume que la tortura sólo se configura en la etapa anterior a la declaración ministerial y exige un nexo entre el maltrato ejercido —generalmente por policías—, y la confesión que realiza el inculpado ante el ministerio público.

También asume que la tortura no se puede configurar ante la autoridad jurisdiccional y que por ello la confesión rendida ante ella en la etapa de pre-instrucción es válida. Ante este panorama cabe preguntarse si a la luz de los estándares internacionales, el quebranto de la voluntad de una persona que confesó en sede ministerial por haber sido torturada, puede trascender a otras etapas del proceso de tal forma que dicha persona se vuelva a inculpar ante el juez. Igualmente, surge la pregunta acerca de si la tortura solamente puede configurarse en la etapa ministerial.

### 4. *Amparo directo en revisión 794/2016. La denuncia de tortura sí precluye*

Un tercer problema es el relativo a la preclusión del derecho a alegar tortura. En la sentencia al amparo directo en revisión 794/2016,[45] la Primera Sala de la SCJN se enfrentó a la situación en la que el quejoso alegó tortura, pero en una segunda demanda de amparo, no así en la primera. La Primera Sala indicó que "la demanda inicial de amparo es el momento procesal oportuno para argumentar la inconstitucionalidad de una norma general o para solicitar la interpretación directa de una norma constitucional o de tratados internacionales en materia de derechos humanos".[46] Por tanto, al presentar la primera demanda de amparo, el quejoso tenía la oportunidad de plantear los alegatos sobre tortura, lo cual implica una interpretación del artículo 22 de la Constitución general. De manera que si no lo hizo, la oportunidad para cuestionar dicha constitucionalidad ha precluido.

Dicha decisión es contraria al criterio sostenido en la sentencia al amparo directo en revisión 4530/2014[47] en la que se indicó que por la trascendencia de la violación al derecho humano a la integridad personal por la comisión de actos de tortura, *la denuncia de la misma de ninguna manera puede con-*

[45] Votada el 29 de junio de 2016.

[46] Amparo directo en revisión 794/2016, párrafo 25.

[47] Votado el 30 de septiembre de 2015.

*dicionarse a circunstancias de temporalidad o de oportunidad para alegarla.*[48] *Esto obedece a su carácter de violación a derechos humanos, por lo que no está sujeta a condiciones de preclusión.* La tortura debe investigarse por el Estado, a partir de que se tenga conocimiento de la denuncia o cuando existan razones fundadas para creer que se ha cometido un acto de tortura contra una persona. Lo cual no está sujeto a la decisión discrecional de las autoridades del Estado, sino que se trata de un imperativo de observancia inmediata que tiene sustento en normas jurídicas de fuente internacional y de derecho interno, las cuales han quedado precisadas en el apartado precedente. [49]

En la misma sentencia se agregó que

> la denuncia de la tortura en las vertientes de delito y de violación a derechos humanos cometida presuntamente contra una persona sometida a un procedimiento penal, *no tiene condiciones de preclusión,* por lo que no puede impedirse que se alegue en cualquiera de las etapas de los procedimientos judiciales. De lo contario, se permitiría que el órgano jurisdiccional desestimara la denuncia de haber sufrido tortura, por el solo hecho de que no se haya expresado dentro de un plazo o etapa procedimental.[50]

Derivado de esta decisión, surge la pregunta de si la preclusión en casos de tortura constituye un obstáculo técnico que impide el acceso a la justicia de las personas torturadas. Esto sería contrario al párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución general, que comprende la obligación de todas las autoridades del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos.

### 5. *Amparo en revisión 669/2015. La tortura en el sistema penal acusatorio*

Un quinto problema es el tratamiento de la tortura en el proceso penal acusatorio. En el amparo directo en revisión 669/2015[51] se analizó la forma en la que se abordan las violaciones a derechos humanos cometidas en la fase de investigación bajo el sistema penal acusatorio y se concluyó que en el amparo directo no es posible alegarlas. Dado que una de las finalidades de las etapas preliminar e intermedia es depurar el material probatorio ob-

---

48 Amparo directo en revisión 4530/2014, p. 31.

49 *Idem.*

50 *Ibidem,* p. 35.

51 Votado el 23 de agosto de 2017.

tenido de forma ilícita para que no trascienda al juicio oral, es en dichas etapas en las que el inculpado debe expresar los planteamientos necesarios para combatir alguna violación a sus derechos humanos y solicitar la exclusión probatoria derivada de la misma. En consecuencia, sólo podrán analizarse en amparo directo las violaciones a derechos humanos que se materialicen durante la etapa de juicio oral. Este criterio formó la tesis de jurisprudencia de rubro VIOLACIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES COMETIDAS EN UN PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO. NO SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE EN AMPARO DIRECTO CUANDO OCURREN EN ETAPAS PREVIAS AL JUICIO ORAL.[52]

Es claro que conforme a la jurisprudencia no es posible estudiar en el amparo directo, ni en su revisión, las transgresiones que ocurran en las etapas intermedia o preliminar del proceso penal acusatorio. Dichas transgresiones deberán alegarse antes de la etapa de juicio oral. Esto es particularmente problemático en el caso de tortura porque como ya se mencionó, en México, ésta se materializa principalmente entre el momento de la detención y la puesta a disposición de la persona detenida ante la autoridad ministerial. Bajo los criterios de la SCJN el procesado/a tampoco podrá alegar la tortura ante el juez de juicio oral, porque las partes están obligadas a hacer valer sus planteamientos en el momento o etapa correspondiente, pues de lo contrario se entiende que se ha agotado su derecho a inconformarse.

A la luz de lo anterior, cabe cuestionar si las limitantes expuestas vulneran el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la reparación de las personas que alegan haber sufrido tortura. Lo anterior en transgresión del artículo 1o. constitucional que obliga al Estado mexicano a promover, proteger, garantizar, investigar y reparar las violaciones a derechos humanos.

### 6. *Amparo en revisión 1369/2015. La tortura como acto autónomo o destacado*

Un sexto problema es el relativo a la tortura como acto autónomo. Anteriormente se indicó que la doctrina constitucional de la SCJN en materia de tortura está construida con base en la idea de que la tortura ocurre en la etapa ministerial para obtener una confesión con fines penales. No obstante, en el amparo en revisión 1369/2015,[53] la Primera Sala estudió un asunto

[52] Tesis de jurisprudencia 1a./J.74/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, libro 61, diciembre de 2018, t. I, p. 175.

[53] Votado el 6 de diciembre de 2017.

en el que se promovió una demanda de amparo *indirecto* en contra de actos cometidos por el procurador general de justicia en el estado de Sinaloa y otras autoridades. Dichos actos consistieron en la privación ilegal de la libertad e incomunicación de una mujer, con lo cual se tenía el temor de que estaba siendo sometida a maltratos y torturas.

En este caso, la quejosa fue detenida por agentes policiacos el 10 de julio de 2012 mientras se dirigía al aeropuerto de Culiacán. Fue puesta a disposición del ministerio público local por determinarse su probable responsabilidad en el delito de homicidio agravado por relación familiar en contra de su cónyuge. Durante el tiempo que estuvo detenida, previo a su puesta a disposición, fue incomunicada y torturada física, sexual y psicológicamente por agentes policiacos. La quejosa confesó ese delito debido a la tortura.

Se ejerció acción penal en contra de la quejosa y el 7 de junio de 2016, el Juzgado Quinto de Primera Instancia del Ramo Penal, con residencia en Culiacán, Sinaloa, la absolvió. Mediante demanda de amparo presentada el 13 de julio de 2012, la hermana de la quejosa solicitó el amparo a favor de ella, señalando como actos reclamados la privación de la libertad sin orden de aprehensión ni flagrancia, la detención con incomunicación y con el temor fundado de que sea sometida a maltratos, torturas y que sea obligada a declarar en su perjuicio.

En la sentencia, la Primera Sala indicó que la jueza de distrito *acreditó la tortura en su vertiente de derechos humanos* y, de manera paralela, ordenó a la fiscalía de Sinaloa iniciar la investigación penal sobre el delito de tortura. La sentencia indicó que los efectos de la tortura no habían cesado y podían ser reparados mediante una sentencia de amparo, incluso si ya se había dictado sentencia absolutoria de primera instancia. La reparación implicó la denuncia de los actos de tortura para que sean investigados como delito y sancionados los responsables; así como la exclusión en cualquier procedimiento, administrativo o judicial, del uso de toda información o prueba, obtenida directa o indirectamente del acto de tortura. Por ello, el fiscal de Sinaloa estuvo obligado, por imperativo del propio artículo 1o. constitucional y de la sentencia de amparo, a no usar las pruebas ilícitas en relación con el caso.

El amparo directo en revisión 1369/2015 también señaló que las autoridades judiciales que conocían de la causa penal instruida a la quejosa, en la que se dictó sentencia absolutoria de primera instancia, y que estaba pendiente de resolverse la apelación interpuesta por el ministerio público estatal, también estaban vinculadas por los efectos de la sentencia de amparo, por lo que debían excluir la confesión obtenida directamente de un acto

de tortura, y toda aquella prueba que derive directa o indirectamente de la misma. En este sentido, se prohibió valorar esas pruebas ilícitas, al dictar la sentencia respectiva.

En el caso que se describe, la sentencia absolutoria de primera instancia había sido recurrida, por lo cual, era posible que fuera revocada con base en las pruebas obtenidas del acto de tortura. Por lo tanto, el tribunal de apelación estaba vinculado a resolver el recurso, sin tener en consideración las pruebas obtenidas directa o indirectamente de la tortura de que fue objeto la quejosa.

Esta sentencia marcó un parteaguas en la Primera Sala porque la tortura no se alegó como típicamente se había hecho, es decir, como una violación dentro del procedimiento penal, sino que se alegó como un acto autónomo que sucedió antes de que cualquier procedimiento comenzara. Esto significa que el uso del amparo indirecto se utilizó como un *habeas corpus* puro, pues en un primer momento, la mujer estuvo desaparecida. El amparo indirecto se utilizó como una garantía directa para reparar las violaciones a derechos humanos. Pero cabe preguntarse qué pasa cuando no existe confesión y la tortura se alega como acto destacado.

En el amparo en revisión 906/2016[54] se abordó esta problemática. En este caso, la tortura también se alegó como acto autónomo, no obstante, el inculpado no confesó. La Primera Sala señaló que lo procedente sería ordenar al juez de la causa la apertura de un incidente para realizar la investigación sobre la denuncia de tortura al tenor del Protocolo de Estambul,[55] pero esto no conduciría a ningún fin práctico porque en el caso no hay prueba alguna sobre la que pudiera impactar dicha violación porque en su declaración preparatoria el quejoso no confesó. Cabe cuestionarse si en casos en los que el acto destacado es la tortura (tortura como acto autónomo) es acertado solamente reparar la tortura cuando hay confesión. Esto pareciera ser incorrecto, ya que se da el mismo tratamiento a la tortura como acto autónomo o destacado o como violación pura de derechos humanos, que a la tortura cometida dentro de un proceso como una violación al procedimiento.

Para resolver ambos tipos de casos, la SCJN optó por la confesión como parámetro, no obstante, los escenarios son completamente distintos. En un escenario, la tortura se comete después de la detención, se obtiene la confesión y con ella se comprueba la responsabilidad penal de la parte quejosa, quien en un amparo *directo* en revisión combate la sentencia de segunda ins-

54 Votado el 21 de febrero de 2018.

55 Amparo en Revisión 906/2016, pp. 28 y 29

tancia (ese es el acto reclamado). En su demanda de amparo *directo*, la parte quejosa puede alegar la violación a su derecho a la integridad personal. En esos casos, la tortura no es autónoma, sino que se dio en el transcurso de un proceso penal; el acto reclamado no es la tortura como tal, sino la sentencia de segunda instancia. Como se dijo, si en el caso hay confesión, la Primera Sala ordena reponer el procedimiento; si no hay confesión, entonces desecha la revisión.

En el segundo escenario, la parte quejosa interpone una demanda de amparo *indirecto* cuyo acto reclamado es la tortura como tal (tortura como acto autónomo) para combatir la tortura como violación de derechos humanos. A pesar de que son cuestiones claramente diferentes, la Primera Sala de la SCJN los resuelve igual, mediante el parámetro de si existe o no confesión. Finalmente, cabe destacar que en los casos en los que no hay confesión, la Primera Sala de la SCJN no repara la tortura. A pesar de que ésta se alegue como acto autónomo, solamente se ordena dar vista al ministerio público por el delito de tortura, pero no hay reparación por la tortura como violación a derechos humanos, lo cual podría no ser acorde con los estándares internacionales aplicables.

Ahora bien, una crítica importante al amparo en revisión 1369/2015 es que a pesar de tratarse de la tortura de una mujer, la SCJN es completamente omisa al respecto y no realizó un análisis con perspectiva de género del caso, a pesar de que es posible afirmar que las prohibiciones de tortura y de violencia por razón de género en contra de las mujeres mantienen un carácter de observancia ineludiblemente universal.

En el derecho internacional la prohibición de la tortura guarda el estatus de una norma de *jus cogens*.[56] Además, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer indicó en su Recomendación General 35, que la *opinio juris* y la práctica estatal demuestran que la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer ahora forma parte del derecho internacional consuetudinario.[57] De igual forma, México ha suscrito diversos instrumentos relacionados con la protección de las mujeres tales como la Convención de *Belem do Pará* y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

---

[56] Corte Internacional de Justicia, *Questions Related to the Obligations to Prosecute or Extradite,* Sentencia, Bélgica v. Senegal, 20 de julio de 2012, en *I.C.J. Reports* 2012, párr. 457.

[57] Centro PRODH, *Mujeres con la Frente en Alto. Informe sobre la Tortura Sexual en México y la Respuesta del Estado*, México, 2018, p. 62.

Por su parte, la Corte IDH estableció en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, las cuales comprenden la invasión física del cuerpo humano y pueden incluir actos que no involucren penetración o contacto físico alguno.

En México, la violencia sexual predomina cuando se habla de tortura hacia las mujeres.[58] En efecto, en nuestro país la tortura sexual está presente a través de múltiples formas y viene acompañada de la reproducción de estereotipos y roles de género que conlleva el despliegue de técnicas de humillación diseñadas para aumentar la vulnerabilidad de la víctima por su condición de mujer. Además, el uso recurrente de este tipo de violencia alcanza niveles alarmantes.[59]

Al respecto, Amnistía Internacional asentó en su informe de 2016 "Sobrevivir a la muerte: tortura de mujeres por policías y fuerzas armadas en México" que de los 100 casos de mujeres detenidas que analizó, 72 afirmaron haber sufrido actos de violencia sexual en el momento de su detención o en las horas siguientes y 33 denunciaron haber sido violadas por agentes del Estado.[60] Además, en una encuesta realizada por el Centro de Investigación y Docencia Económicas en 2013 a personas privadas de su libertad, se señaló que el 27.8% de las mujeres encuestadas habían manifestado haber sido víctimas de violencia sexual al momento de su detención.[61]

En múltiples precedentes la Corte IDH ha establecido que la violación sexual puede ser considerada como una forma de tortura.[62] Actualmente existen cuatro sentencias[63] emitidas por la Corte IDH en las que el Estado mexicano fue condenado por hechos relacionados con violencia sexual co-

---

58 Centro PRODH *et al.*, *Tortura Sexual en México. Contexto, prácticas e impactos*, México, 2015, p. 14.

59 Centro PRODH, *Mujeres con la Frente en Alto. Informe sobre la Tortura Sexual en México y la Respuesta del Estado*, *cit.*, p. 26.

60 Amnistía Internacional, *Sobrevivir a la muerte: Tortura de mujeres por policías y fuerzas armadas en México*, *Amnesty International Ltd.*, Reino Unido, 2016, pp. 5, 20 y 22.

61 CIDE, *Resultados de la Encuesta Realizada a la Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social*, México, 2012, p. 63.

62 Montoya Ramos, Isabel, "La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra México", *Revista Penal México*, México, núm. 5, septiembre de 2013-febrero de 2014.

63 Las sentencias son las siguientes: *Caso González y otras ("Campo algodonero") vs. México* excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México,* excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2010; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México,* excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas,

metida en contra de mujeres. Así, en dichas resoluciones se señalaron medidas específicas que todas las autoridades nacionales deben adoptar para asegurar la reparación por estas violaciones y evitar su perpetración.

De igual forma, cabe recordar que la SCJN ha recogido algunas de estas directrices en sus resoluciones y que también ha desarrollado en paralelo su propia doctrina constitucional al respecto. Sin embargo, no en todos los casos que resuelve el alto tribunal se aplican dichos criterios a cabalidad. En particular, en la resolución del amparo en revisión 1369/2015 —ya mencionado anteriormente—, la Primera Sala de la SCJN fue omisa en hacer un análisis diferenciado de la naturaleza e impacto de la tortura sexual alegada por la recurrente adhesiva. Lo anterior, pese a que dicho caso fue emblemático a nivel nacional e internacional precisamente porque constituía un ejemplo de prácticas de tortura sexual perpetrada por agentes estatales en contra de mujeres detenidas.[64]

Esta situación también fue enfatizada por organizaciones de defensa de los derechos humanos, como el Centro PRODH, en su informe *Mujeres con la frente en alto. Informe sobre la tortura sexual en México y la respuesta del Estado.* En ese trabajo, se documentó que el personal jurisdiccional no verificó el alegato de tortura ni atendió de manera diferenciada un alegato de tortura sexual o tortura a una mujer. "En pocos casos se dieron datos sobre la ocurrencia de la sexualización de la tortura y tampoco hubo una respuesta judicial diferenciada en virtud del tipo de denuncia, que habría implicado una atención médica especializada inmediata".[65] También se documentó la falta de juzgamiento con perspectiva de género y la reproducción de estereotipos de género en los procesos penales.[66]

## IV. Conclusiones

En México, la prevención, sanción, reparación y, en general, la erradicación de la tortura es un tema urgente ya que en el país se presentan altos índices de tortura y de impunidad frente a la misma. Todas las autoridades del país

31 de agosto de 2010 y *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México,* excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2018.

64 Centro PRODH *et al.*, *Rompiendo el silencio: la obligación de erradicar la tortura sexual a mujeres en México*, México, 2014.

65 Centro PRODH, *Mujeres con la frente en alto. Informe sobre la Tortura Sexual en México y la Respuesta del Estado*, *cit.,* p.187.

66 *Ibidem,* p. 194.

deben cumplir con la legislación internacional y nacional en materia de la prohibición de la tortura. En ese sentido, la SCJN ha trabajado arduamente para que todos los tribunales del país tengan criterios uniformes para la resolución de los casos que personas cuyo derecho a la integridad personal es transgredido a través de actos de tortura.

No obstante, la doctrina constitucional acerca del derecho a la integridad personal presenta algunas problemáticas y posibles contradicciones, tal y como ha sido evidenciado en este trabajo. En efecto, con la sentencia al amparo directo en revisión 4578/2014, la SCJN generó un criterio que contenía protección amplia a las víctimas de tortura. De esa sentencia preocupa el hecho de que la exclusión probatoria en casos de tortura, no es automática, sino que tiene que mediar la reposición del procedimiento para constatar el acto de tortura mediante la aplicación del Protocolo de Estambul.

Por otro lado, el criterio amplio se ha restringido a través de otras sentencias como la del amparo directo en revisión 6554/2015, que limita el estudio de fondo de los casos en los que se alega tortura, solamente cuando exista confesión en el proceso, pues se considera que la misma sí tiene impacto en el proceso; contrariamente, si la persona no confesó, entonces la tortura no presenta impacto procesal, por lo cual la revisión del amparo directo se desecha.

En el mismo sentido, el precedente del amparo directo en revisión 794/2016 también es restrictivo ya que limitó el momento procesal para denunciar la tortura. Originalmente, la SCJN había determinado que debido a la trascendencia de la tortura, no existía condiciones de oportunidad para su denuncia. No obstante, el amparo directo en revisión 794/2016 determinó que la denuncia de tortura sí precluye y que la parte quejosa debe alegar la tortura a más tardar al presentar la demanda de amparo. De lo contrario, precluye su derecho de argumentarla.

Finalmente, el amparo directo en revisión 669/2015 señala que no es posible estudiar en el amparo directo, ni su revisión, las transgresiones que ocurran en las etapas intermedia o preliminar del proceso penal acusatorio. No obstante, en México, la tortura se materializa, principalmente, entre el momento de la detención y la puesta a disposición de la persona detenida ante la autoridad ministerial, por ello, dicho criterio puede ser contrario al derecho de acceso a la justicia de las personas víctimas de tortura.

## V. Bibliografía

*Libros*


Carmona Cuenca, Encarnación, *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises "La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2012.

Díaz Fernández, Andrés Marcelo *et al.*, *Manual para la defensa de víctimas de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, México, Instituto de Justicia Procesal Penal-Fundar, Centro de Análisis e Investigación, 2017.

Espinosa Lara, Diana, El *reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en Latinoamérica*, México, CNDH, 2015.

García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos,* 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos (estudios),* México, CDHDF-Corte Interamericana, 2006.

García Ramírez, Sergio, *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre control de convencionalidad*, 2a. ed., México, CNDH, 2015.

García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana,* México, Porrúa, 2012.

García Ramírez, Sergio *et al.*, *La reforma constitucional sobre derechos humanos: (2009-2011)*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

García Ramírez, Sergio *et al.*, *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal)*, México, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Formación Profesional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

García Ramírez, Sergio *et al.*, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: decisiones, transformaciones y nuevos desafíos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

González Santos, Gabino, *El rol del PoderJudicial frente a la sanción de la tortura: evolución de los criterios en la SCJN*, México, IFED, 2020.

LEDEZMA CASTRO, Carla *et al.*, *La nueva Ley contra la Tortura y su importancia en la protección de los derechos humanos en México*, México, Tirant lo Blanch, 2018.

LOUISE DOSWALD-BECK, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism,* Gran Bretaña, Oxford University Press, 2011.

LUGO GARFIAS, María Elena, *La prevención y la sanción de la tortura*, 2a. ed., México, CNDH, 2015.

MARTÍN BERISTAÍN, Carlos *et al.*, *Cómo enfrentar la impunidad de violaciones de derechos humanos: lecciones de América Latina,* México, Tirant lo Blanch, 2017.

MURO POLO, Adriana *et al.*, *Arquitectura de la relación entre la prohibición de tortura y el enfoque de género en el sistema interamericano*, México, SCJN-Fontamara, 2018.

NOWAK, Manfred y MCARTHUR, Elizabeth, *The United Nations Convention against torture. A commentary,* Nueva York, 2008.

Open Society Foundations, *Atrocidades innegables. Confrontando crímenes de lesa humanidad en México,* Open Society Foundations, Nueva York, 2016.

RAFECAS, Daniel Eduardo, *El crimen de tortura en el Estado autoritario y en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Didot, 2017.

*Artículos*

CASTILLA JUÁREZ, Karlos, "Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México", *Estudios Constitucionales,* Chile, año 9, núm. 2, 2011, p. 147.

MONTOYA RAMOS, Isabel, "La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra México", *Revista Penal México*, México, núm. 5, septiembre de 2013-febrero de 2014.

SCHARF, Michael P., "Tainted Provenance: When, if Ever, Should Torture Evidence be Admissible?", *Wash and Lee L. Review,* vol. 65, 2008.

THIENEL, Tobias, "The Admissibility of Evidence Obtained by Torture Under International Law", *European Journal of International Law,* vol. 17, núm. 2, 2006.

*Informes*

Amnistía Internacional, *Sobrevivir a la muerte: Tortura de mujeres por policías y fuerzas armadas en México*, *Amnesty International Ltd.*, Reino Unido, 2016.

APT, *Defusing the Ticking Bomb Scenario. Why we Must say No to Torture, Always*, Ginebra, 2007.

Centro PRODH, *Mujeres con la frente en alto. Informe sobre la tortura sexual en México y la respuesta del Estado*, México, 2018.

Centro PRODH *et al.*, *Rompiendo el silencio: La obligación de erradicar la tortura sexual a mujeres en México*, México, 2014.

Centro PRODH *et al.*, *Tortura sexual en México. Contexto, prácticas e impactos*, México, 2015.

CIDE, Resultados de la Encuesta Realizada a la Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social, México, 2012.

Informe de seguimiento del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, emitido el 17 de febrero de 2017, p. 9, disponible en: *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/035/92/PDF/G1703592.pdf?OpenElement* (fecha de consulta: 1o. de diciembre de 2021).

Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas, crueles, inhumanos o degradantes, sobre su misión a México (21 de abril a 2 de mayo de 2014), p. 7, disponible en: *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/252/91/PDF/G1425291.pdf?OpenElement* (fecha de consulta: 1 de diciembre de 2021).

*Artículos de periódico*

"Tortura, práctica endémica y generalizada en México: CAT", *La Jornada*, 25 de abril de 2019, disponible en: *https://www.jornada.com.mx/ultimas/2019/04/25/tortura-practica-endemica-y-generalizada-en-mexico-cat-6155.html.*

# LA NECESIDAD DE UN MODELO NACIONAL DE PROCURACIÓN DE JUSTICIA PENAL

Roberto A. Ochoa Romero*

Sumario: I. *Agradecimiento*. II. *Introducción*. III. *La unificación legislativa (procesal penal) y los retos para su consolidación*. IV. *De la rigidez a la rigidez relativa del principio de legalidad*. V. *La necesidad de un modelo nacional de procuración de justicia penal*. VI. *A modo de conclusión*.

## I. Agradecimiento

Acudo con especial satisfacción y orgullo a la invitación tan gentil y honrosa que me concedieron la doctora María Elisa Franco Martín del Campo, y los doctores Guillermo Zepeda Lecuona y Pedro Salazar Ugarte —coordinadores de este esfuerzo— para participar en la obra colectiva que ha sido diseñada para rendir un homenaje, sumamente merecido, al doctor Sergio García Ramírez.

El tema que he seleccionado para desarrollar y proponer como parte del tomo sobre derecho penal de la obra homenaje, se localiza dentro del marco de la conocida reforma constitucional en materia de seguridad y justicia del año 2008; una reforma que, como muchas otras cuestiones de interés nacional, ha sido abordada, analizada y expuesta magistralmente en diversos foros por nuestro homenajeado.

En su obra sobre la reforma penal constitucional de 2007-2008,[1] el doctor García Ramírez identifica y expone, tan detallada como profundamente, los claroscuros de una reforma constitucional que marcó un antes y un después en el sistema de justicia de nuestro país; una reforma que modificó,

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

[1] García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008), ¿Democracia o autoritarismo?*, 4a. ed., México, Porrúa, 2010.

ni más ni menos, el sistema procesal penal de toda la República mexicana. Que haya sido el doctor García Ramírez quien se haya ocupado, como siempre lo hace, de analizar un aspecto trascendental para la vida del país como lo es el del sistema de justicia penal, es un alivio. Lo es por muchas razones. Pero deben bastar su indiscutible experiencia en la materia —tanto en lo académico como en lo práctico— y su admirable objetividad.

Don Sergio, como muchos solemos dirigirnos con mucho respeto hacia él, es para mí un referente; un referente en lo profesional, sin ninguna duda, pero especialmente, es un referente en lo personal. Su trayectoria de vida, intachable, es un ejemplo para quienes deseamos dejar, como lo ha hecho él, una huella de entereza en todos los espacios y en todas las personas con quienes convivimos.

Yo soy, de todo ello, un testimonio vivo. Porque de don Sergio nunca he recibido nada más que cosas buenas. Dejo aquí un par de ellas: poco tiempo después de mi llegada al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el doctor García Ramírez me invitó, personalmente, para participar en las ya tradicionales Jornadas de Justicia Penal. Aquello no pudo ser sino motivo de orgullo. Unos años después, don Sergio tuvo la disposición y la gentileza de dar respuesta a mi discurso de ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales,[2] corporación en la que tengo el orgullo de participar y de ser su compañero. Su bonhomía es un ejemplo de vida.

Volviendo al tema que se expone en este trabajo, es evidente que conecta con una de tantas de las etapas de la vida profesional del doctor García Ramírez, todas brillantes: la de procuración de justicia penal.

Concretamente, la exposición trata de ilustrar la necesidad de homologar las estructuras y los procesos de operación de las procuradurías y fiscalías generales de justicia de todo México, sobre todo, porque la no tan reciente unificación y consecuente nacionalización de diversos aspectos del sistema de justicia penal, así lo requiere.

Como más adelante se expondrá, la propuesta busca justificar la necesidad de identificar y plasmar en un modelo nacional de operación los aspectos materiales básicos del servicio público de procuración de justicia; por ejemplo, el presupuesto, la formación inicial, la profesionalización, el servicio de carrera, la justicia para adolescentes y los mecanismos alternativos de solución de controversias. Identificar y homologar los presupuestos para el adecuado funcionamiento institucional y, en particular, para el diseño y puesta

[2] La respuesta del doctor García Ramírez fue publicada con el título "Un tema persistente: la unificación de la Ley Penal", *Criminalia*, México, enero-abril 2019, pp. 171-180.

en marcha de un verdadero plan de persecución penal (también homologado[3]), permitirá hacer realidad los fines de política criminal que se siguieron —y se mantienen pendientes— con la reforma constitucional de 2008.

Así, la iniciativa que aquí se plasma se concentra en brindar un mejor servicio de procuración de justicia penal en todo el país, algo que el doctor García Ramírez conoce, y conoce muy bien, dada su experiencia probada en la materia como procurador general de la República, durante los años 1982 a 1988.

Espero que esta aportación a la obra colectiva en homenaje al doctor Sergio García Ramírez sea de su agrado, y que se reciba como muestra pública de mi amistad y profundo agradecimiento personal.

## II. Introducción

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (*DOF*) un decreto, a través del cual se dio a conocer un importante paquete de reformas que impactaron diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Se trató de una reforma que se concentró —de forma especialmente relevante, pero no exclusivamente— en la parte dogmática de la CPEUM.

Las diferentes propuestas que finalmente se convirtieron en reformas constitucionales, provocaron la modificación y, en ciertos casos, la adición de diversos artículos de la carta magna que tuvieron (y tienen) como denominador común la finalidad de articular —de manera directa o indirecta— el sistema nacional de seguridad pública y justicia penal.

Se trató, sin duda, de una reforma constitucional sin precedentes que vino a transformar, de manera radical, la forma de entender (y comprender) la justicia penal en nuestro país. La incorporación, por ejemplo, de los criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal —*ex* artículo 21, párrafo séptimo, CPEUM— abrió la puerta para que los agentes del Ministerio Público de todo el país pudieran tener en cuenta —en los casos taxativamente señalados por la ley— ciertas alternativas para resolver el conflicto penal sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial para iniciar un proceso, o bien, sin necesidad de llevarlo hasta la etapa de juicio.

[3] No se trata de pasar por alto las necesidades particulares de protección penal que cada Estado de la República presenta; muy por el contrario. En dicho modelo habrían de reconocerse y tratarse con especial cuidado aquellos sectores de la criminalidad que sean de especial interés para cada Estado o región del país.

Para entender de mejor manera el estado actual de la cuestión, dado que ha transcurrido de sobra el plazo dispuesto para la *vacatio legis* de la reforma,[4] es importante destacar que, originalmente, la llamada *reforma constitucional en materia de seguridad y justicia* no supuso la unificación del tratamiento legislativo del sistema penal a nivel nacional y, dentro de éste, de forma particular, de dos cuestiones fundamentales: *a)* los delitos y sus penas,[5] y *b)* el proceso penal.

En su momento, la reforma incorporó una serie de principios y, en definitiva, de instituciones de carácter procesal penal que habrían de informar la creación de los nuevos códigos de procedimientos penales en todo el país; no obstante, nada se leía sobre la (actual) unificación legislativa en diversos órdenes.

Tuvo que venir, tiempo después, otra reforma constitucional —acaso complementaria— que por la vía de una adición al artículo 73, fracción XXI, de la CPEUM, sentó las bases para la señalada unificación legislativa, concretamente, en cuatro materias que se hallan formal y naturalmente imbricadas.

En efecto, la reforma del 8 de octubre de 2013 le asignó al Congreso de la Unión la facultad para expedir la "legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común". De tal suerte que la tradicional pluralidad normativa que persistía en el país en tales materias —pero de manera muy significativa en materia procesal penal y que, paradójicamente, se acentuó a pesar de la reforma de 2008—, desaparecería el 5 de marzo de 2014 cuando se publicara en el *DOF* el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).

Como se puede ver, la estrategia de unificación legislativa fue más allá de lo estrictamente procesal penal. Así, a partir de la entrada en vigor del modelo procesal penal acusatorio en todo el país —en junio de 2016—, también se empezaron a poner en práctica los diversos procedimientos que habilitan las otras tres piezas legislativas que, de forma complementaria o conjunta con el CNPP, permiten la resolución de cualquier conflicto

[4] Véase el artículo transitorio segundo, párrafo primero, del Decreto de reforma constitucional del 18 de junio del 2008.

[5] A la fecha, esta cuestión sigue en manos de los congresos estatales y del Congreso de la Unión, por tanto, se mantiene en el ámbito de la pluralidad normativa.

de orden penal *de la misma manera* —o cuando menos bajo los mismos textos legales— en todo el país.

La importancia de aquella cuestión no es menor pues, en principio, a pesar del fuero o de la institución de que se trate, tales procedimientos debieran desarrollarse (materialmente) bajo las mismas premisas a nivel nacional. Además, no hay que olvidar que durante la *vacatio legis* de la citada reforma de 2008, se produjo otra no menos importante que potencializó su contenido. Se trata de la reforma constitucional en materia de derechos humanos (2011[6]) lo cual fortaleció aquella de seguridad y justicia y que, al tiempo, elevó los estándares de calidad que deben orientar y alinear la actuación de todas las autoridades involucradas en el sistema penal.

Sin duda, en todas y cada una de las etapas de la investigación del delito, del proceso penal, de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal y de la ejecución penal, tienen participación las procuradurías y fiscalías generales de justicia de todo el país. Sobre estas instituciones recaen, de manera especialmente marcada, las exigencias que se desprenden de las señaladas reformas constitucionales en el ámbito del debido proceso. Y es precisamente ahí, en la unificación legislativa de estas cuatro asignaturas, en donde la procuración de justicia de nuestro país encuentra su reto más inmediato.

El reto consiste, básicamente, en generar un modelo de operación, administración y resolución de las controversias penales que, desde las premisas dispuestas por el marco legal que organiza la procuración de justicia penal a nivel nacional, permita hacer realidad los propósitos de las reformas constitucionales de 2008 y 2011: lograr una justicia penal pronta, completa, e imparcial, en términos de igualdad para todos los ciudadanos, con absoluto respeto a sus derechos humanos.

## III. La unificación legislativa (procesal penal) y los retos para su consolidación

En nuestro país, tanto en el ámbito local como en el federal, el llamado *sistema penal* se compone, en términos generales, de tres grandes apartados. El primero se forma con el conjunto de las reglas generales sobre la responsabilidad criminal, los delitos, y las penas que por su realización se pueden imponer; el segundo, regula los momentos, las formas y los actores del proceso penal,

[6] Publicada en el *DOF* el 10 de junio de 2011.

esto es, el cómo definir (y decidir) si se ha cometido un delito y si, en consecuencia, debe imponerse a una persona la pena que para aquél señale previamente la ley, y, el tercero, se compone por las reglas bajo las cuales han de ejecutarse las penas y medidas de seguridad impuestas previamente por un juez o tribunal. A estos tres grandes apartados pueden sumarse los llamados procedimientos penales especiales, entre los que destaca el previsto en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que, a pesar de contar con reglas concretas, sobre todo en el ámbito de la investigación, no deja de echar mano de las disposiciones comunes que norman los tres grandes bloques del sistema penal.

En ese orden, tradicionalmente han sido los estados de la República y, por su parte, la Federación, los encargados de seleccionar y establecer en sus respectivos códigos penales las conductas que pueden producir responsabilidad criminal, las penas que por éstas pueden imponerse, los procedimientos para establecer si una persona debe responder por su realización, así como la forma y la orientación que ha de tomar la ejecución penal. En otras palabras, las entidades federativas y la Federación, a través de sus respectivos órganos legislativos, eran las encargadas de dictar su código penal —facultad que se mantiene intocada— y su código de procedimientos penales.

En este contexto, el hecho de que cada Estado —lo mismo que la Federación— tuviera la capacidad para legislar sobre la materia penal, ha venido generando un buen número de problemas en la práctica, puntualmente, para quienes se veían, de una u otra manera, envueltos en un conflicto de carácter penal. Por ejemplo: la regulación de un delito no es la misma en todos los Estados del país; un mismo delito puede tener penas diferentes en cada Estado[7] y, por supuesto, las formas de investigación, procesamiento y sanción de los delitos variaban sensiblemente —hasta antes de la aparición del CNPP— de un lugar a otro.

Ahora bien, ya se dijo que el apartado de los delitos y las penas que pueden imponerse por su realización, esto es, el del diseño de los códigos penales, sigue estando en manos de los congresos estatales y, en materia federal, del Congreso de la Unión. Por ello, el catálogo de los delitos y las penas se mantiene en el orden de la pluralidad normativa y, con ésta, subsisten las diferencias en cuanto al tratamiento de los delitos (y las penas) de estado

[7] Véase, ámpliamente, Islas de González Mariscal, Olga, "La unificación de la legislación penal", en García Ramírez, Sergio/Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *Evolución del Sistema penal en México. Tres curtos de siglo*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 61 y ss.

a estado. Quizá, para evitar los problemas interpretativos que son obvios en este escenario y, en consecuencia, como dice García Ramírez, facilitar "la buena marcha de la justicia penal",[8] este sea el mejor momento para reflexionar sobre la posibilidad de diseñar y, en su caso, implementar un código penal nacional.[9]

Pero al margen de la pluralidad normativa que, como se ha dicho, subsiste en el ámbito del derecho penal sustantivo, debe reconocerse que hoy en día, sobre todo después de la reforma de octubre de 2013, se han dado importantes pasos en el ámbito de los procedimientos penales.

Para ilustrar de forma práctica y sencilla las ventajas que trajo consigo la reforma constitucional —de forma conjunta, como se decía, con la reforma complementaria del 2013— en el orden de la unificación legislativa en materia procesal penal, solo hace falta recordar la problemática que generaba la existencia de 33 códigos de procedimientos penales que, en su día, estuvieron vigentes y fueron aplicables en las entidades federativas y a nivel federal. Al respecto, puede imaginarse una persona jurídica que posee representaciones o unidades de ventas en dos o más estados de la República. Si se cometía un delito en contra de una de tales representaciones en un estado, y otro delito (que podría ser el mismo) en la oficina del estado vecino, la forma de atender esos delitos desde la perspectiva de las instituciones de procuración de justicia involucradas habría sido totalmente distinta de un Estado a otro, con las dificultades que ello producía para la defensa de los intereses del afectado que, dicho sea de paso, es único.

Pues bien, como ya fue referido *ut supra*, la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia del año 2008 modificó varios artículos de la carta magna nacional con el propósito de implantar los principios y las reglas que permitirían generar una legislación de procedimientos penales más homogénea y, sobre todo, más respetuosa de las exigencias dimanantes de la dignidad humana. Así fue como se sentaron las bases del ya conocido *sistema procesal penal acusatorio*.

La idea original de la reforma constitucional era que, tanto en los estados de la República como en la Federación, se diseñaran nuevas leyes de pro-

---

[8] García Ramírez, Sergio, "Comentario sobre el «paradigma procesal penal» en una socidad democrática", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 374.

[9] Sobre las razones y los presupuestos constitucionales de la propuesta, véase Ochoa Romero, Roberto A., "Ensayo sobre la unificación penal sustantiva en México", *Criminalia*, México, enero-abril de 2019, pp. 149-169.

cedimientos penales que se ajustaran a los principios y a las reglas que novedosamente recogía la Constitución general de la República. Sin embargo, eso no sucedió en el corto plazo. Muy por el contrario. La pluralidad normativa en la materia se acentuó por la influencia legislativa (y práctica) que ejercieron diversas organizaciones y experiencias continentales —y de otras latitudes— sobre el contenido, los alcances y la puesta en marcha de las leyes de rito procesal penal que, en los dos ámbitos, se venían diseñando en el país para atender las exigencias de la reforma constitucional.

Por eso es que el verdadero impacto de la reforma de 2008 —en el orden legislativo— no llegó sino hasta que se produjo aquella otra de 2013. Quizá se trató de una reforma emergente, pero necesaria. Y es que a pesar de que la Constitución ya recogía los principios capitales del proceso penal acusatorio y oral, los cuales deberían producir de manera natural una homologación legislativa en la materia, tales principios y reglas venían siendo interpretados y plasmados en diversos códigos de rito procesal penal de forma heterogénea en todo el país. Así, la pluralidad normativa se hacía cada vez más aguda. Por tanto, para terminar con esa problemática, la reforma que modificó el artículo 73, fracción XXI, de la CPEUM declaró la unificación legislativa no solo en materia procesal penal, sino, igualmente, en otras tres asignaturas: mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal; justicia penal para adolescentes, y ejecución penal.

Por todo ello, el CNPP (2014) constituyó un gran avance en el ámbito de la seguridad y certeza jurídica, en la medida en que prevé y articula —con vocación nacional— los distintos momentos que componen el proceso penal mexicano. Lo mismo sucedió, como ya se dijo, en otras tres materias. De forma que el conjunto y la comunicabilidad de estas cuatro piezas legislativas habilita, de buena manera, el propósito original del cambio constitucional de 2008.

Por lo demás, hay que reconocer que la implementación del sistema procesal penal acusatorio no ha estado exenta de sinsabores. Y es que uno de los principales retos que deben asumirse y enfrentarse es, precisamente, el del cambio cultural que supone entender la justicia penal (y sus procedimientos) de otra manera. Las resistencias que se han evidenciado frente a los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, o en torno a los procedimientos abreviados, son solo un par de ejemplos que ilustran de buena manera el reto cultural que se mantiene vigente en todo el país.

Para identificar cuáles son las cortapisas y, en consecuencia, las alternativas que pueden ofrecerse para la consolidación del proceso penal acu-

satorio, es importante recordar que la reforma constitucional de 2008 representó una apuesta absolutamente cargada de sentido político criminal que, en términos generales, favorece la resolución de los conflictos penales con los menores costos (de todo tipo); tanto en lo público como en lo privado. Por eso se habilitan nuevas formas de resolución de los conflictos en las que ni siquiera hace falta la intervención del órgano jurisdiccional. Ahora el Ministerio Público puede tomar la decisión de no ejercitar la acción penal sobre la base de criterios, llamados de oportunidad,[10] que no son sino alternativas a las que puede acudir el órgano de la acusación oficial para favorecer la investigación de delitos más graves, privilegiar la reinserción social, o bien, responder a las exigencias del principio de intervención mínima, poniendo paulatinamente en desuso aquellos delitos que, acaso sea por su ausencia de valor formal (actualmente visto), escasa lesividad o dañosidad social, o baja penalidad, comprometen las exigencias del carácter fragmentario del derecho penal y del aforismo *nullum crimen sine injuria*.[11]

En realidad, aquellos criterios, los de oportunidad, son solo una muestra de dicha apuesta legislativa que permite graduar la importancia de los delitos sobre la base de presupuestos puramente sustantivos. Y son esos mismos presupuestos los que habrán de dar sustento a un plan de persecución penal que eleve la eficiencia y la eficacia de las procuradurías y fiscalías generales de justicia del país. De suerte tal que las estrategias que se adopten para superar los obstáculos que enfrenta el proceso penal acusatorio actualmente no pueden ser vistas, una vez más, a través de nuevas reformas constitucionales o del CNPP. Debe ponerse especial atención en el marco normativo ya existente pero, en especial, en los modelos de gestión institucional y en su consecuente plan de persecución penal.

No ha sido fácil transitar de un modelo de justicia criminal basado en un criterio de legalidad estricto, con una inclinación y operación claramente inquisitiva y, sobre todo, cimentado en la pena de prisión como

---

[10] Véase, *in extenso*, Merino Herrera, Joaquín y Ochoa Romero, Roberto A., *Fundamento y sentido de los criterios de oportunidad*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2015. También, Islas de González Mariscal, Olga, "Criterios de Oportunidad", en García Ramírez, Sergio y Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 107 y ss.; García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)...*, *cit.*, pp. 38 y ss.

[11] Sobre esta cuestión véase Cobo del Rosal, Manuel y Quintanar Díez, Manuel, *Instituciones de Derecho penal español*, Madrid, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2004, pp. 50 y ss.; Rodriguez Ramos, Luis, *Compendio de Derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 106 y 107.

reacción estatal (favorita) frente al delito, para dar paso gradualmente al sistema acusatorio. Pero si la CPEUM ya habilita nuevas formas de resolución de los conflictos penales con basamento sustantivo y procesal que, además, radican en leyes de aplicación nacional, no debe haber obstáculo para que la marcha del proceso penal acusatorio se comprometa. Lo que sigue es, sin duda, diseñar un modelo nacional de operación de las instituciones de procuración de justicia.

Frente a la unificación legislativa en la materia, resulta ilógico mantener las diferencias operativas de las procuradurías y fiscalías de justicia de la República.

## IV. De la rigidez a la rigidez relativa del principio de legalidad

Ya se ha dejado entrever que los beneficios que trae consigo el CNPP como ley única reguladora de los momentos, los actores y los procedimientos del orden penal, son enormes. Por principio de cuentas, el marco legal dentro del cual se desarrollan todos los actos que de forma conjunta dan vida al proceso penal, es el mismo en todo el territorio nacional. Por ejemplo: los plazos o términos, las formas de detención, los actos de investigación del Ministerio público, los jueces que están involucrados en cada uno de los momentos del proceso penal, son los mismos a nivel nacional, tanto en el orden estatal (o común) como en el federal. En este contexto legislativo, volviendo al ejemplo de la persona jurídica que tiene representaciones o unidades de ventas en dos o más estados de la República y que es afectada por la comisión de un delito en dos entidades federativas distintas, el representante de la víctima u ofendido debe tener la posibilidad de hacer valer sus derechos de la misma forma (y bajo los mismos procedimientos) en cualquier lugar de la República mexicana; en cualquier institución de procuración de justicia del país.

En esta nueva realidad legislativa, las víctimas u ofendidos por el delito, los imputados, los jueces, los agentes del Ministerio Público, los defensores (públicos y privados) y la policía, interactúan bajo las mismas reglas del rito procesal penal. Ya no sucede —como antes— que el proceso penal se comportaba de forma distinta según el lugar en donde se había cometido el delito (baste con señalar las diferencias clásicas en el orden de los plazos y los recursos), lo que hacía necesario que, en el caso de los defensores, fue-

ra indispensable analizar la legislación correspondiente, caso por caso, para poder patrocinar un asunto.

Sin duda, los beneficios del sistema procesal penal actualmente vigente en nuestro país se desenvuelven en muchos sentidos. Por ejemplo, la estandarización de los actos de investigación y de las alternativas a la judicialización, los criterios de oportunidad, así como la posibilidad de reparar el daño mediante procedimientos de atención temprana. No obstante, hay que reconocer que uno de los obstáculos que por pura inercia ha venido ralentizando el funcionamiento (y los beneficios) de tales procedimientos y la consecuente consolidación del proceso penal acusatorio es, precisamente, la idea tradicional sobre la rigidez del binomio delito/pena en todos los casos o, si se quiere, del mandato legal que asocia el delito a la necesidad de un proceso en sentido estricto y a la indefectible imposición de la pena con la que el legislador conmina su realización. Y si a ello se suman los altos índices de impunidad, las exigencias sociales de justicia se convierten en ánimos de venganza, lo cual entorpece, por decir lo menos, la marcha del nuevo sistema procesal penal y, en particular, de los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Así es, volviendo a la reforma constitucional del año 2008, la aparición de nuevas estrategias para la resolución de los conflictos penales hace necesaria una reflexión sobre el significado y alcances de dicho mandato, sobre todo en el escenario procesal penal que trajo consigo la reforma. Y es que, tal y como ya se dijo, la citada reforma presenta un componente de política criminal muy importante.

Esta reforma abrió la puerta para la resolución de los conflictos penales a través de mecanismos alternativos como la conciliación, la mediación o la junta restaurativa; permite tener en cuenta criterios de oportunidad para valorar el ejercicio de la acción penal;[12] faculta a la autoridad ministerial para imputar la comisión de un hecho que la ley señale como delito sobre la base de datos de prueba; autoriza la reclasificación jurídica del hecho aún durante la celebración del juicio oral, entre otras cuestiones que, sin duda, suponen una reconfiguración o relativización de las exigencias de legalidad en el orden sustantivo que, como es natural, tienen su correlato en el ámbito del proceso. Cuestiones que, actualmente, son vistas como el fracaso del citado binomio delito/pena.

---

[12] Sobre el debate entre legalidad y oportunidad, véase García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)...*, *cit.*, pp. 38-41.

En este sentido, es indispensable afrontar el reto cultural que la reforma constitucional mantiene pendiente. La superación de este reto cultural permitirá entender que, bajo las reglas del proceso penal acusatorio, no todos los conflictos de orden penal han de resolverse mediante un proceso en sentido estricto y, en consecuencia —en la mayoría de los casos—, imponiendo al responsable una pena de prisión.

La existencia de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, por ejemplo, permite concluir los conflictos penales a través de procedimientos distintos. Se trata de alternativas de solución que incentivan la participación (voluntaria) de las partes para lograr, las más de las veces, la reparación del daño (material) causado por el hecho delictivo.

Pero no han faltado las voces que se han alzado en contra de estos mecanismos, sobre todo por entender que pueden comprometer la imposición de la pena legal, esto es, el sentido más riguroso —y también autoritario— de la máxima *nullum crimen sine poena*, asociado a un concepto moderno de impunidad.[13] Tal posición parte de la idea de que, a través de la celebración de alguno de estos procedimientos, se hace a un lado la posibilidad de que se imponga al responsable la pena dispuesta por la ley para el delito que se le atribuye. Así, el sistema de mecanismos alternativos generaría una sensación de mayor impunidad y a la pena un efecto puramente retributivo.[14]

Sin embargo, esta significación del concepto de impunidad —y de los mecanismos alternativos— está asociada a una concepción autoritaria del derecho penal; a una idea generalizada sobre el sistema de justicia penal que solo pareciera funcionar —bajo esa concepción— cuando por la comisión de un delito se impone, a pesar de los límites del debido proceso, la pena dispuesta en la ley para ese particular supuesto.

En realidad, como parte del reto cultural que enfrenta el sistema acusatorio en nuestro país, debe redimensionarse o reconfigurarse el concepto

---

[13] De esta cuestión se ha ocupado con gran profundidad Silva Sánchez, Jesús-María, en un trabajo interesantísimo que, aunque se halla situado en el contexto internacional y respecto de delitos de lesa humanidad, presenta argumentos que conectan con esta posición en torno a los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal (ver especialmente pp. 162 y 163): "¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor", *Derecho penal y Criminología*, Bogotá, núm. 86-87, 2008, pp. 149-171.

[14] Véase, en este sentido, Silva Sánchez, Jesús-María, *op. cit.*, nota 13, pp. 165 y ss. En general sobre las diferentes propuestas en torno a la función y fin de la pena, véase Ochoa Romero, Roberto Andrés, *La justificación de la pena*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2010.

de impunidad para aceptar que a través de la reparación pronta del daño causado por el delito (*v.gr.* suspensión condicional), que mediante la aplicación de un mecanismo alternativo, o de un procedimiento abreviado, también se resuelven los conflictos penales, tanto como si se hubiera impuesto en juicio una pena de prisión o multa. Estas alternativas suponen, por tanto, nuevas formas de entender la justicia penal y, con éstas, nuevas alternativas para reducir la impunidad y no al contrario.

## V. La necesidad de un modelo nacional de procuración de justicia penal

Otros aspectos que son propios del proceso penal —actualmente vigente— pasan por el régimen para la ejecución de las penas y la justicia penal para adolescentes. En estos sectores existía también una gran diversidad legislativa. Sin embargo, como ya se anticipó, las más recientes reformas constitucionales han permitido contar con leyes (únicas) de aplicación nacional para esos sectores. De esta manera, no solo el proceso penal, con sus inherentes etapas de investigación, procesamiento y juicio, sino, igualmente, la ejecución de las penas, la justicia penal para adolescentes y los mecanismos alternativos de solución de controversias, reciben el mismo tratamiento legislativo en todo el territorio nacional. De tal suerte que el sistema procesal penal, en su integridad, no se entiende ya sin los atributos de ser único y nacional.

Ante tal escenario, queda pendiente rediseñar y homologar la arquitectura institucional de las entidades encargadas de la procuración de justicia. Si ya existen leyes de orden nacional que abarcan los diferentes aspectos del sistema de justicia penal, los procedimientos operativos que les dan cauce debieran estandarizarse. Y es que, en las condiciones actuales, se antoja cuando menos complicado articular los esfuerzos institucionales conforme a las reglas del sistema procesal penal acusatorio, si las estructuras, normas internas, procedimientos y criterios institucionales, son tan diversos y propios, mayoritariamente, del sistema procesal penal anterior.

Debe, por tanto, transitarse hacia un modelo de arquitectura institucional (y de gestión) en materia de procuración de justicia, que permita dar cauce a los beneficios del nuevo régimen procesal penal. Cuestiones como el servicio de carrera, la capacitación y especialización de los operadores jurídicos, la planeación estratégica, la conducción y mando de la investigación penal, la normatividad institucional (que habilite la toma de decisiones conforme al principio de unidad de criterio), entre otras, deben

ser dispuestas de forma distinta a los efectos de fortalecer la independencia técnica y operativa de las procuradurías y fiscalías, al tiempo que se allana el terreno para la obtención de los beneficios que el nuevo sistema de justicia penal promete.

En términos generales, las diferentes propuestas que se han construido (y aplicado) sobre modelos de gestión institucional en materia de procuración de justicia, han sido afectados por prácticas organizacionales vinculadas al sistema procesal penal mixto. O bien, se trata de estrategias que han sido diseñadas y probadas en realidades y contextos diferentes al nuestro.

Así, a pesar de que se han impulsado modelos que han sido trazados sobre esquemas de organización alineados a las exigencias actuales de las fiscalías, en términos de autonomía de gestión, patrimonial y operativa, no dejan de funcionar en la realidad con la inercia del sistema tradicional. Y si a eso hay que sumarle el constante aumento de los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa —que muchas veces congestionan a las instituciones de procuración de justicia—, los beneficios del sistema procesal penal acusatorio siguen quedando pendientes.

Por lo demás, no debe pasar inadvertido que la reforma constitucional de 2008 no se agota en su sentido procesal penal, muy por el contrario. En distintos artículos de la CPEUM fueron incorporados principios de orden penal sustantivo[15] que, como no podría ser de otra manera, han de configurar la base sobre la que se construya un plan de persecución penal, que no es sino la hoja de ruta que permite alinear los esfuerzos institucionales de acuerdo con las prioridades que el Estado mexicano ha marcado desde aquella reforma, en materia de persecución penal. Por ejemplo, la resolución pronta y temprana de asuntos de menor afectación de bienes jurídicos y, por ello, con menor pena, a través de mecanismos alternativos de solución de controversias. Y viceversa: asuntos de mayor importancia en términos de lesividad y, por ello, con mayor pena, a través de un proceso penal en sentido formal. Por tanto, esa parte sustantiva de la reforma no puede soslayarse cuando se trata de diseñar un modelo de operación institucional.

La necesidad de diseñar e implementar un modelo nacional de gestión en materia de procuración de justicia penal es, sencillamente, inaplazable. Se trata, básicamente, de habilitar los espacios y los procesos institucionales a través de los cuales deben transitar los asuntos que son competencia

[15] Véase, sobre este particular, Ochoa Romero, Roberto A., "Ensayo sobre la unificación penal sustantiva en México", *cit.*, pp. 151 y ss.

de las distintas procuradurías y fiscalías de justicia del país, siempre conforme al señalado plan de persecución penal que, a su vez, habrá de diseñarse en régimen de coherencia con los principios constitucionales que permiten organizar y administrar los conflictos penales para solucionarlos de conformidad con las nuevas estrategias.

A diferencia del proceso penal anterior, el descongestionamiento del sistema penal vigente comienza con un modelo gerencial de arquitectura institucional. Un modelo ágil a través del cual se puedan atender grandes volúmenes de asuntos.

La tradicional rigidez del binomio delito/pena, como ya ha sido expuesto, y que implicaba hacer todo lo posible para que ante la comisión de cualquier delito se iniciara un proceso y se impusiera (siempre) la pena dispuesta en la ley, se desplaza por la posibilidad de resolver un mayor número de conflictos penales mediante recursos menos costosos, impidiendo la revictimización y privilegiando la reparación del daño.

En estos momentos deben quedar al margen las discusiones en torno a la conveniencia de adoptar la estrategia de la *oportunidad* en nuestro país. Urge brindar un mejor servicio público de procuración de justicia. Más rápido, más cercano, más eficaz. Hay que dejar a los controles internos y externos sobre la función del Ministerio Público, que son parte fundamental del modelo de operación institucional, el aseguramiento de la procedencia y la transparencia de las decisiones discrecionales que se adopten.

## VI. A modo de conclusión

Al final, que la víctima u ofendido por el delito vea, realmente y de forma pronta y eficaz, reparado el daño producido por el delito, que el inocente se vea amparado por los derechos que le asigna este sistema, y que no haya duda de que las condenas se dictan solo con respecto a quienes resulten —sin injerencias de ningún tipo— culpables de la comisión de un delito, son exigencias que deben satisfacer las instituciones de procuración de justicia.

Un modelo de procuración de justicia que se ajuste a tales objetivos abre la puerta para la generación de protocolos unificados para la atención de los delitos, sobre todo, los de alto impacto; permite crear programas rectores de capacitación, especialización y evaluación; unificar los estándares para la resolución de los conflictos a través de mecanismos alternativos, así como consolidar la estadística de las instituciones y mejorar sus procesos

internos. Sólo así pueden tomarse mejores decisiones de política criminal a nivel nacional.

Las mejoras realmente palpables en torno al sistema de justicia penal nacional, no dependen de nuevas reformas constitucionales o legales; están condicionadas, simplemente, al diseño de un modelo de gestión que, con un plan de persecución penal bien definido, permita la separación y atención más ágil de los casos para su resolución de acuerdo con los nuevos procedimientos.

En definitiva, el diseño de un modelo nacional de procuración de justicia criminal, con su correspondiente plan de persecución penal ajustado a las exigencias del sistema procesal penal acusatorio, es el siguiente paso hacia la consolidación del sistema de justicia penal en México. Se trata, sin más, de privilegiar los principios de igualdad y de acceso a la justicia.

# INTERROGANTES ACERCA DE UNA EVENTUAL TEORÍA GENERAL DE LA INFRACCIÓN JUSHUMANA

E. Raúl ZAFFARONI*

SUMARIO: I. *La ausencia de una teoría general*. II. *Desde lo penal, otear el campo jushumano*. III. *La carencia de normas generales no sería obstáculo*. IV. *Definición formal y conceptual*. V. *Realismo e idealismo*. VI. *Trascendencia de la sanción*. VII. *Trascendencia legal no ilimitada*. VIII. *El sujeto pasivo indemne*. IX. *Necesidad lógica de una fórmula de descripción de lo prohibido*. X. *Del tipo a la norma y de la norma al tipo*. XI. *No es defecto del legislador*. XII. *No habilita la arbitrariedad*. XIII. *Concurrencia ideal*. XIV. *Adecuación política de la conducta*. XV. *No son todas omisiones*. XVI. *Hay infracciones por acción y por omisión*. XVII. *Tipos circunstanciados*. XVIII. *No media infracción sin conducta*. XIX. *Lo imprevisible no es imputable al Estado*. XX. *Nexos de causación y de evitación*. XXI. *Los falsos conflictos de deberes*. XXII. *Imputación subjetiva*. XXIII. *Error de hecho invencible*. XXIV. *¿Puede el error juris ser eximente?*. XXV. *Los problemas de justificación*. XXVI. *La defensa del orden jurídico*. XXVII. *No confundir atipicidad con justificación*. XXVIII. *Funciones indelegables*. XXIX. *Defensa del Estado y del orden y la seguridad públicos*. XXX. *Posible fórmula única de justificación jushumana*. XXXI. *Precisar el concepto de necesidad*. XXXII. *Provocación intencional*. XXXIII. *Provocación negligente o imprudente*. XXXIV. *Problemas de reprochabilidad*. XXXV. *La necesidad exculpante*. XXXVI. *El caso límite*.

## I. LA AUSENCIA DE UNA TEORÍA GENERAL

Las violaciones a derechos humanos o *infracciones jushumanas* afectan normas establecidas en tratados internacionales y configuran una categoría particu-

* Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires. Ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

lar de lesiones al orden jurídico, que son sancionadas por órganos jurisdiccionales.

Hasta el momento no se elaboró dogmáticamente un sistema o *teoría general de la infracción jushumana* que ordene sistemáticamente sus caracteres y sus posibles ausencias, a diferencia de otras ramas de las ciencias jurídicas que consideraron necesaria esa construcción para potenciar la previsibilidad y la completividad lógica y reducir el riesgo de arbitrariedad.

Pese a la íntima relación del derecho jushumano con el internacional, la infracción jushumana merecería una teoría general propia, porque su particularidad se finca en que el *sujeto pasivo* no es otro estado, sino seres humanos. Nos inclinamos a creer que su ausencia se debe a la extrema juventud de esta rama jurídica en comparación con las tradicionales y que su elaboración será tarea de una futura generación de investigadores.

## II. Desde lo penal, otear el campo jushumano

No obstante, en especial en una obra dedicada a homenajear al querido Sergio García Ramírez, amigo desde tiempos lejanos, eximio penalista y procesalista, pero que como juez aportó conceptos fundamentales a la jurisprudencia jushumana, no resistimos la tentación de formular algunas consideraciones —harto elementales y no sólo por obvias razones de espacio— oteando desde el derecho penal el eventual auxilio que podrían prestar a los futuros teóricos los niveles analíticos de la construcción dogmática de la teoría del delito con su largo trabajo de filigrana. Por ende, sólo tratamos de apuntar, en forma de *lluvia de ideas,* los principales problemas que tal vez debiera resolver esa futura empresa teórica.

## III. La carencia de normas generales no sería obstáculo

Se podría objetar que un primer inconveniente se ofrece porque tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) —que para simplificar tomamos como base legislativa para una posible construcción dogmática—, al igual que en los otros instrumentos internacionales, no se contiene una parte general ni un elenco de eximentes.

No creemos que esto importa una dificultad y menos aún una imposibilidad, pues la experiencia milenaria muestra que todo el *derecho común* europeo previo a la codificación tampoco disponía de esas normas y sus teorías generales fueron construidas por la doctrina y la jurisprudencia en la

forma que subsiste hoy en el *common law* de tradición anglosajona, lo que no respondió a un mero afán de sistematización ni de estética jurídica, sino a una demanda práctica de coherencia y no contradicción en la aplicación de las leyes.

## IV. Definición formal y conceptual

En consecuencia, en principio nada obstaría a proponer una definición que supere la meramente formal de *infracción sancionada por la CADH*, para pasar a otra conceptual que exprese la estratificación analítica como, por ejemplo: *infracción jushumana es todo hacer o no hacer estatal convencionalmente prohibido, antijurídico y reprochable.*

El penalista que se asome al derecho jushumano tendrá en cuenta ante todo que en el derecho penal, por mucho que se quiera superar el *universitas delinquere non potest*, el sujeto activo sigue siendo un ser humano, mientras que en la infracción jushumana siempre es un estado, pero tampoco le podrá pasar por alto que la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad no se originó en la doctrina penal, sino que ésta la adoptó de Rudolf von Jhering, quien la había formulado en el derecho privado, donde también las personas jurídicas son sujetos activos de infracciones.

## V. Realismo e idealismo

Por importantes y *sui generis* que sean los estados, son personas jurídicas y, por ende, toda teorización debería comenzar por decidirse entre las dos tradicionales teorías a su respecto, es decir, la de la *ficción* y la de la *realidad*, lo que a su vez dependerá de la teoría del conocimiento que se adopte, según sea *realista* (privilegio de la *cosa o del mundo*, que lleva a concebir a la persona jurídica como *ficción*) o *idealista* (privilegio de la *idea de la cosa o del mundo*, que lleva a la teoría de la *realidad* de la persona jurídica).

## VI. Trascendencia de la sanción

En el mundo real no puede dejar de señalarse que toda sanción a un Estado recae inevitablemente sobre toda su población, aunque la infracción la hayan decidido sólo sus *funcionarios/órganos*, o sea, que siempre trasciende a quienes no tomaron la decisión antijurídica.

La tesis idealista de la *realidad* de la persona jurídica oculta este hecho, en tanto que la realista, al considerarla una *ficción*, lo pone de manifiesto. Creemos que sería conveniente que los teóricos del futuro se inclinasen por la última, por su mayor idoneidad para limitar la inevitable trascendencia de la sanción.

El Estado, si bien es una persona jurídica, reviste características muy particulares debido a su carácter *necesario*, pues en la actualidad todo ser humano es ciudadano de un Estado o habita en su territorio, siendo la población y el territorio elementos de todo Estado. Por ende, nadie puede dejar de ser parte de ese elemento *necesario* porque en algún territorio habita y, en consecuencia, no podría alegar que es del todo ajeno al Estado. Pero, de cualquier manera, no puede negarse que hay una cierta trascendencia, porque el ciudadano o habitante no sólo no tomó la decisión, sino que incluso puede repudiarla, no obstante lo cual, hasta una simple reparación pecuniaria recae sobre el erario público, al que contribuyen todos.

## VII. Trascendencia legal no ilimitada

La teoría realista o de la ficción, al poner de manifiesto que inevitablemente la sanción jushumana es en alguna medida trascendente por el mero hecho de que los habitantes del territorio deben cargar con las consecuencias de las decisiones de sus funcionarios/órganos, es más idónea para señalar los límites de esta trascendencia, que siempre deberá ceñirse estrictamente a los establecidos para la sanción en la propia CADH.

Por el contrario, la teoría idealista o de la realidad de la persona jurídica hace coincidir por completo la sanción con el sujeto infractor (el Estado como persona real), lo que puede dar lugar más fácilmente a los discursos legitimantes de excesos, como por ejemplo las represalias contra la población de un Estado agresor, la toma de rehenes para disuadir de ataques o el más común, consistente en tomar medidas económicas contra un Estado infractor que infieran padecimientos graves a toda su población.

## VIII. El sujeto pasivo indemne

Otra característica particular de la infracción jushumana es que su sujeto pasivo, por ser un ser humano, se halla en una desigual posición de poder frente al Estado infractor. Por esta razón, al entrar en contacto con la jurisdicción jushumana sus actos procesales se revisten de *indemnidad*, extendida a los testigos y peritos, o sea que pasan a ser atípicos para el derecho penal del Estado

denunciado (artículo 53 del Reglamento de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos [Corte IDH]). No se trata de una mera *inmunidad procesal*, sino de una *indemnidad penal*, por lo que, conforme al principio de accesoriedad de la participación criminal, resta tipicidad también a las conductas de los cooperadores en los actos procesales del sujeto pasivo y de quienes actúan en el proceso jushumano.

## IX. Necesidad lógica de una fórmula de descripción de lo prohibido

Ningún tribunal puede establecer si una conducta es o no prohibida sin una previa imagen conceptual abstracta de la materia prohibida, sea que la provea el legislador, la jurisprudencia o incluso que la deban construir los propios jueces.

Estas descripciones lógicamente necesarias son las que el derecho penal llama *tipos o supuestos de hecho*, que en esa materia son previstos por el legislador conforme al requerimiento de legalidad estricta que rige en esa materia.

## X. Del tipo a la norma y de la norma al tipo

La ley penal describe las conductas prohibidas, lo que permite deducir la norma prohibitiva (*el que matare será penado* permite deducir la norma *no matarás* o *prohibido matar*). La ley jushumana (CADH) procede en forma inversa, porque por lo general establece las normas prohibitivas y el tribunal debe construir el tipo (del *no matarás* debe construir la descripción de la conducta prohibida, *el que matare a otro*). *Mientras en el derecho penal la regla es que del tipo se deduzca la norma, en el derecho jushumano opera la regla inversa: desde la norma se debe construir el tipo.*

Algunas normas prohibitivas legales son más estrictas (8.4, 8.5) y otras son mucho más amplias (11.1), o sea que los tipos de la infracción jushumana se construyen o perfeccionan por los jueces conforme a normas que les otorgan menor o mayor amplitud de creación (la del 8.4 la limita en extremo; la del 11.1 es muchísimo más amplia).

## XI. No es defecto del legislador

Esto no es una falencia del legislador jushumano, sino una necesidad impuesta por la naturaleza de la materia, pues todo casuismo sería infructuoso,

dado que jamás agotaría la descripción de todas las particulares infracciones jushumanas con las circunstancias propias que la hacen prohibida en los casos concretos.

Dado que al legislador jushumano le resulta imposible completar su tarea como lo hace el penal que, a partir de la norma (no matarás) elabora el tipo que entrega a los jueces, no tiene más remedio —al menos en la gran mayoría de los casos— que entregar a los jueces la norma y transferirles la culminación de su tarea, o sea, la elaboración de los tipos.

## XII. No habilita la arbitrariedad

No obstante, la inviabilidad de la legalidad estricta en esta materia no habilita la arbitrariedad judicial, dado que los tipos judiciales se crean mediante precedentes jurisprudenciales emanados de las diferentes jurisdicciones jushumanas que se alimentan entre sí en forma de *red*, lo que va configurando un interesante y nutrido patrimonio de *derecho común jushumano universal* de creación judicial y de fuente *interjurisdiccional*, al que también contribuyen los estándares de la jurisprudencia de los tribunales de los países partes, los objetivos señalados en el Preámbulo de la CADH y los elementos provistos por otros tratados internacionales universales y regionales sobre materias particulares. Este conjunto suple la imposibilidad de la estricta legalidad y ofrece un marco de previsibilidad de las decisiones.

## XIII. Concurrencia ideal

Por otra parte, por lo general existe una circunstancia fáctica que también opera indirectamente como reductora del espacio de arbitrio judicial, pues en la jurisprudencia internacional se verifica que es muy poco usual que una infracción jushumana no sea pluriofensiva, es decir, que la misma conducta por la que se responsabiliza a un Estado no encuadre simultáneamente en dos o más tipos de prohibición, dando lugar a lo que en derecho penal es un *concurso ideal*. Esta circunstancia de hecho hace que eventualmente sea discutible alguna de las calificaciones, pero nunca todas ellas.

## XIV. Adecuación política de la conducta

Aunque no se lo mencione en forma expresa, en la construcción de los tipos la jurisprudencia observa siempre una limitación racional que es la *adecuación*

*política de la conducta*, es decir, el respeto al ámbito de gobierno de la *polis*, atendiendo a que prácticamente no hay decisión política que en alguna medida no limite el ejercicio de algún derecho. La propia CADH contiene claros indicadores al respecto (6,3,c; 12,3; 13,2,j; 15; 16,3; 22,1; etcétera) que no son supuestos de justificación, sino directamente de límites racionales a la prohibición jushumana, puesto que se trata de reglas mediante las que se le señala a la jurisdicción internacional el deber de respetar el espacio propio de los funcionarios/órganos de los estados para su normal acción política de gobierno de la *polis*.

Quizá podría decirse que el criterio valorativo para la delimitación de este espacio sería la *racionalidad*, en especial en forma de *proporcionalidad*, como también la verificación del estándar democrático en comparación con otras acciones de gobierno usuales y corrientes en todos los Estados. Al elaborarse en el futuro una teoría general, debería particularizarse la investigación de un posible estándar orientador de moderación más preciso.

## XV. No son todas omisiones

Dado que las normas de la CADH imponen a los Estados el deber de hacer efectivos los derechos humanos, en el futuro podría intentarse la elaboración de una teoría general de la infracción jushumana como omisión, atendiendo a esa *posición de garante* que la CADH impone a cada Estado.

Sin duda que cuando se intente la elaboración de una teoría general, no se resistirá la tentación de optar por esta vía, habida cuenta de que poco importa que algunos preceptos de la CADH se formulen en forma prohibitiva (artículo 9o., por ejemplo), porque desde la lógica, todo enunciado prohibitivo puede convertirse en preceptivo. Una construcción de la teoría general de la infracción jushumana elaborada sobre base omisiva la definiría como *toda omisión estatal inconvencional antijurídica y reprochable*.

## XVI. Hay infracciones por acción y por omisión

Aquí se plantea nuevamente la cuestión de la realidad y de la ficción, pues desde la posición idealista (teoría de la realidad) sería admisible reducir todas las infracciones a omisiones estatales, pero desde el realismo (teoría de la ficción) no puede ignorarse que las infracciones no pueden menos que tener por base real las acciones u omisiones de los *funcionarios/órganos* de los Esta-

dos, sin contar que no resulta razonable —al menos para el común de las personas— considerar que conductas tales como ejecuciones extrajudiciales o privaciones ilegales de libertad configuran omisiones.

Si desde el realismo es la conducta de estos funcionarios lo que permite responsabilizar al Estado como sujeto activo de la infracción, la tipicidad jushumana podría configurarse *(a)* en forma *activa* por acción directa u orden de éstos (disponen detenciones ilegales), pero también *(b)* en forma *omisiva*, cuando estos funcionarios realicen una conducta diferente (*aliud agere*) de impedir acciones de funcionarios menores (mientras su policía tortura, extorsiona, etcétera) o de *no funcionarios* (mientras grupos civiles cometen linchamientos u otros delitos, etcétera) o de interrumpir un proceso causal lesivo (mientras se producen muertes por hambre, frío, enfermedades, etcétera).

## XVII. Tipos circunstanciados

En el derecho penal todos los tipos omisivos son circunstanciados, en tanto que algunos activos también lo son. Dado que el ejercicio de cualquier derecho admite limitaciones conforme a cierto *estándar de realización*, en el derecho jushumano la gran mayoría de sus tipos —y no sólo los omisivos señalados antes— son *circunstanciados*, salvo unos pocos emergentes de prohibiciones legales muy precisas (artículo 8.4, por ejemplo) y los que se cometan mediante la comisión de delitos del derecho penal internacional.

Esto se debe a que para la elaboración judicial de los tipos resultan fundamentales los datos concretos o *circunstancias del caso* que configuran su contexto (legal, institucional, político, social, económico, etcétera), que no sólo son relevantes para la prueba, sino que también importan para la delimitación misma de la materia prohibida, que en muchísimos casos es tal en esas circunstancias, pero no en otras diferentes.

## XVIII. No media infracción sin conducta

Dado que desde una perspectiva realista el Estado siempre es responsable en razón de las conductas humanas (acciones u omisiones) de sus funcionarios/órganos, no existirá ninguna infracción jushumana cuando no hubiesen mediado conductas de éstos, es decir, cuando se tratase de procesos meramente causales (terremotos, inundaciones, etcétera). Frente a estos procesos sólo podrán serlo las conductas activas u omisivas que los precipiten, po-

tencien sus efectos o no los eviten o atenúen, pero la responsabilidad estatal nunca podría fundarse en el proceso causal mismo.

## XIX. Lo imprevisible no es imputable al Estado

En ninguna rama del derecho se admite que se impute a un sujeto un resultado imprevisible conforme al conocimiento disponible, pues se le considera un *caso fortuito*, atendiendo a que inevitablemente siempre es limitada la posibilidad de previsión de la causalidad.

Tratándose de fenómenos naturales, el conocimiento es progresivo, por lo que la previsibilidad deberá establecerse de conformidad con el grado de conocimiento alcanzado por el saber humano en el momento del hecho. Por ende, no serían verdaderos supuestos de caso fortuito, aquellos en que la imprevisión fuese atribuible a la propia torpeza de la conducta (activa u omisiva) de los funcionarios/órganos del Estado, como la negligencia en la provisión de los medios o en la formulación de las consultas técnicas que hubiesen hecho previsible el resultado y permitido neutralizarlo o reducirlo.

## XX. Nexos de causación y de evitación

En los casos de infracciones típicamente activas, se verifica la causalidad cuando mentalmente se suprime la acción y desaparece el resultado, afirmándose que media un *nexo de causación*. En las típicamente omisivas se interpone mentalmente la acción debida y se verifica que hubiese interrumpido el curso causal, o sea que media un *nexo de evitación.* Los futuros teóricos no tendrían necesidad de alterar estas reglas que rigen en materia penal, puesto que, si bien ninguno de los dos nexos es suficiente para una imputación jurídica, ambos son condición indispensable de ésta.

La verificación del *nexo de evitación* en el caso de las omisiones responde al principio general del derecho conforme al cual a nadie se le puede imputar un resultado imposible de evitar. Por otra parte, no sería admisible que se considerase típica en esta materia la omisión de acciones inútiles, como alguna opinión postula en el derecho penal, puesto que, por ejemplo, no puede considere una violación a los derechos humanos la omisión de las obras indicadas por los técnicos, cuando se probara que igualmente hubiesen sido inútiles para evitar una catástrofe.

Por supuesto que la ausencia del *nexo de evitación* eximiría de responsabilidad en la medida en que la imposibilidad en el caso concreto no sea atribuible a los propios funcionarios/órganos del Estado, como puede ser una deficiencia general de su sistema sanitario, de prevención de catástrofes, de seguridad pública, de control de sus funcionarios inferiores, etcétera.

## XXI. Los falsos conflictos de deberes

En las tipicidades omisivas muchas veces se plantean como conflictos de deberes supuestos que en verdad son de imposibilidad de conducta y que con seguridad serán considerados por los futuros teóricos.

Se trata de los casos, por lo general referidos al derecho a la vida —aunque pueden serlo a otros—, en que los funcionarios/órganos no tienen más opción que intervenir selectivamente, cuando sin que medien carencias imputables a negligencias previas y por circunstancias imprevisibles, deban salvar los derechos de algunos, pero les resulte imposible salvar todos los que se hallasen en peligro.

En realidad, se trata de un caso de atipicidad omisiva, porque el Estado tiene el deber de garantizar todos los derechos que *puede* pero, como es obvio, no los que *no puede*, a condición de que proceda según un criterio de selección racional y no arbitrario, que no lesione el principio de igualdad.

El Estado no incurriría en infracción si procediese como el capitán de una nave, quien cumple con su deber en la medida en que ordena el salvataje conforme a las reglas de prioridades racionales establecidas para esa situación. Sin llegar a extremos tan dramáticos, la propia distribución de limitado número de vacunas disponibles en una epidemia conforme a la prioridad por vulnerabilidad de las diferentes capas etarias o con morbilidades previas sería un caso de atipicidad omisiva.

## XXII. Imputación subjetiva

Conforme a la posición realista, según la cual son las conductas de los funcionarios/órganos las que generan la responsabilidad jushumana del Estado, para configurar la infracción es suficiente con que éstos hayan actuado con negligencia, aunque con frecuencia la infracción se basa en una pluralidad de acciones en que unos actúan dolosamente y otros por negligencia.

La relevancia del actuar doloso de los funcionarios/órganos se limitaría a las *medidas de no repetición* que corresponda disponer y al deber estatal

de promover las acciones penales en caso de configurar delitos, pero no parece que para una futura elaboración teórica le deba asignar mayor significación en cuanto a la responsabilidad misma del Estado.

Los teóricos futuros deberán cuidarse también de no confundir las conductas culposas de los fucionarios/órganos con omisiones, porque si bien en la negligencia siempre se omite el deber de cuidado, no siempre éste impone la realización de la conducta con cuidado, sino la omisión de ésta cuando resulta imposible llevarla a cabo con el cuidado debido, es decir, que el estado se abstenga de conductas osadas innecesarias.

## XXIII. Error de hecho invencible

Cuando los funcionarios/órganos hubiesen actuado con la debida diligencia, pero ésta no les evitase caer en un error de hecho, debería excluirse la responsabilidad del Estado.

Si bien este género de errores invencibles no parece ser frecuente, tampoco puede descartarse, en particular cuando los funcionarios hubiesen seguido lo indicado por los científicos o técnicos, por ser la opinión dominante en el momento, pero que más tarde se descarte por errónea. La ciencia y la técnica avanzan a medida que va superando errores, de modo que, si en verdad se tratara de conductas conforme a la opinión generalizada y no de tesis peregrinas o aventuradas, la negligencia quedaría eliminada y con ella la responsabilidad estatal.

## XXIV. ¿Puede el error *juris* ser eximente?

Creemos que la teorización futura no podría descartar por completo la relevancia eximente de un posible error invencible sobre la prohibición. La judicialidad de los tipos y la inevitable y deseada progresividad de la jurisprudencia internacional que hace que sus estándares sean dinámicos en pos de una mejor y más eficaz protección de derechos, podría dar lugar a algunos supuestos de esta naturaleza. Tal sería el caso de determinadas acciones u omisiones que los órganos jurisdiccionales internacionales no hubiesen considerado violatorias de las normas jushumanas, pero que una posterior sentencia las considerase típicas.

Tratándose de acciones u omisiones más o menos corrientes o generalizadas y que hasta ese momento no hubiesen sido observadas, que ni siquiera

hubiesen dado motivo para requerir una opinión consultiva, o sea, que realmente se trate de una jurisprudencia innovadora por parte de la jurisdicción, no hay motivo para no excluir la responsabilidad estatal por este error insuperable, sin perjuicio de que los jueces adviertan al estado en cuanto a su conducta futura, señalándole los necesarios cambios de política o legislación en su caso.

## XXV. Los problemas de justificación

La justificación y la exculpación del Estado deberá ser materia de profundo análisis y reflexión por parte de quienes elaboren en el futuro una teoría general de la infracción jushumana, habida cuenta de que la necesidad es el argumento que históricamente se ha esgrimido para legitimar no sólo estas infracciones, sino incluso los más aberrantes crímenes internacionales.

Los párrafos siguientes, por ende, sólo tendrán el muy limitado valor de indicar las precauciones y aspectos que imaginamos que deberán profundizar y meditar los futuros teóricos, tarea que no corresponde a quien de momento sólo otea el terreno desde el atalaya de la metodología dogmática penal.

## XXVI. La defensa del orden jurídico

Será indispensable que una teoría general de la infracción jushumana distinga meticulosamente entre la defensa del orden jurídico y la del Estado y de su seguridad general, puesto que, en cuanto a la primera, cada orden jurídico se protege con el sistema legal de sanciones que observen los límites que le marca la propia CADH. Toda conducta de sus funcionarios/órganos, fuera de estos límites o ejercida por terceros, deberá ser considerada una infracción jushumana.

La única defensa del orden jurídico de un Estado es la que lleva adelante conforme al propio orden jurídico, en particular conforme a su legislación penal, procesal penal y administrativa de policía, siempre que sus normas no incurran en alguna de las prohibiciones de la CADH.

## XXVII. No confundir atipicidad con justificación

Creemos obvio que la protección del orden jurídico del Estado en el marco de una legalidad nacional observante de las garantías de la CADH, no es

una justificación, puesto que ésta siempre presupone la violación de una prohibición y, por cierto, por ejemplo, la imposición de una pena proporcionada, no cruel, inhumana ni degradante a un delincuente, como la imposición de una sanción racional por una falta administrativa, de ningún modo pueden considerarse supuestos de tipicidad jushumana, es decir, que, directamente se trata de atipicidades y no del juego de una norma prohibitiva con un precepto justificante.

Esta atipicidad es tan manifiesta que, en muchos casos se trata de deberes que debe cumplir el Estado, puesto que si omitiese la persecución de ciertos delitos incurriría en injustos jushumanos.

## XXVIII. Funciones indelegables

Ningún estado puede permitir que no funcionarios se atribuyan un pretendido derecho de supuesta defensa del orden jurídico (*justicieros, parapoliciales,* grupos de autodefensa), pues de no considerar delictivas y omitir la represión de esas actividades le hace incurrir en una infracción jushumana.

Los no funcionarios sólo pueden actuar conforme al derecho en los casos especialmente previstos en la ley y que son tradicionales, en defensa o salvaguarda de sus derechos personales o de terceros en inminente riesgo o cooperando con los funcionarios cuando le es permitido o exigido, pero no les puede ser permitido que cualquier persona o grupo asuma las funciones de policía y jurisdiccionales alegando una supuesta defensa autónoma del orden jurídico como tal.

Por supuesto —y nada tiene que ver con lo anterior— que cualquier habitante puede defender legítimamente la propiedad privada tanto como la estatal, en los términos de todas las leyes penales usuales, e incluso también la integridad del propio Estado frente a una agresión extranjera, pero nunca atribuirse la del Estado como estructura de poder jurídico, es decir, asumir la pretendida defensa de la eficacia de las normas del derecho estatal.

## XXIX. Defensa del Estado y del orden y la seguridad públicos

Fuera de situaciones bélicas, en que rige el derecho internacional humanitario, la cuestión que se planteará a quienes elaboren una teoría de la infracción jushumana será la posibilidad de justificación en situaciones de conmo-

ción interna, rebeliones para deponer autoridades y de especial peligro para la seguridad de los habitantes. En estas situaciones el Estado puede apelar a la suspensión de garantías (artículo 27), con las formalidades y limitaciones del caso.

Entendemos que toda conducta que exceda ese marco legal normativo deberá considerarse violatoria de la CADH, e incluso la misma suspensión de garantías no admite la suspensión de todos los derechos ni ampara lo que no resulte estrictamente necesario según la ponderación entre los derechos limitados o afectados y los que se quieren preservar.

Será cuestión también de reflexionar acerca de si en esas situaciones es posible trasladar al derecho jushumano el concepto penal de legítima defensa o mejor solamente el de estado de necesidad o bien ambos.

La legítima defensa penal, si bien requiere necesidad estricta, al menos en principio no exige proporcionalidad, dado que se dirige contra un agresor, por lo que sería bueno en su momento que los teóricos reflexionen acerca de la posibilidad de trasladar únicamente la justificación de estado de necesidad, que siempre impone la proporcionalidad (causar un mal menor).

## XXX. Posible fórmula única de justificación jushumana

Quizá sea menester que el futuro teórico prescinda de los conceptos penales de legítima defensa e incluso del estado de necesidad justificante en la forma en que lo perfila el derecho penal, para construir una necesidad justificante propia del derecho jushumano, que exija la proporcionalidad y que construya un concepto de *desproporción abusiva*, entendiendo por tal la que puede ser aprovechada o manipulada para otros objetivos, como la persecución política y, sobre todo, que prescriba la reparación a terceros ajenos a toda agresión o a la producción de la situación de necesidad.

Este será, sin duda, uno de los aspectos más delicados con que se enfrentarán los teóricos a la hora de construir la justificación en su teoría general. Sin duda que será menester que al elaborar la teoría se separen las lesiones a la vida y a otros derechos, porque nunca se justificaría el sacrificio de vidas humanas fuera de los límites de la legítima defensa penal, o sea, de quienes no sean agresores ni hayan generado la situación de necesidad que, en último caso y con la prudencia debida, sólo podrían en algunos supuestos muy especiales dar lugar a injustos jushumanos no reprochables.

## XXXI. Precisar el concepto de necesidad

Pocas dudas caben acerca de que una de las tareas más complejas e indispensables que deberían llevar a cabo los futuros teóricos es perfilar con mucha claridad el concepto de *necesidad* en el campo del derecho jushumano, pues incluso para derechos diferentes del derecho a la vida siempre deberá ser la amenaza de un mal de entidad considerable, como también que recalque su condición de *estricta*, o sea que no exista otro recurso menos limitador de derechos. Seguramente se alegará siempre que cualquier otro recurso alternativo no tendría la misma eficacia y seguridad, argumento que debe responderse en la teorización, quizá por la vía de que no resulte viable comparando probabilidades de eficacia o constatando un parejo grado de probabilidad en límite con certeza.

En cualquier caso, nunca en el derecho jushumano la necesidad puede ser el puro y exclusivo límite de la justificación, o sea, el principio que pretende que la necesidad no conoce ley —que creemos que tampoco es válido en derecho penal— menos aún lo es en esta rama del derecho, pues por ejemplo y sin excepciones, nunca podría alegarse para cometer crímenes internacionales, como la tortura física o psíquica.

## XXXII. Provocación intencional

El Estado no puede pretender justificar su infracción en la necesidad cuando sus funcionarios/órganos hubiesen provocado intencional o dolosamente la agresión o la necesidad. En principio, estas justificantes requieren la falta de provocación y la ajenidad a la fuente de la necesidad, criterio que creemos que los teóricos debieran trasladar intocado al derecho jushumano.

La provocación intencional de un conflicto para generar una necesidad que legitime la reducción o cancelación de derechos configuraría una *actio ilícita in causa* que no podría dar lugar a ninguna justificación.

## XXXIII. Provocación negligente o imprudente

Difícil es saber si el Estado podría actuar justificadamente frente a la necesidad provocada negligente o imprudentemente por sus propios funcionarios/órganos. Por supuesto que se descartaría la justificación cuando las conductas que provocaron la necesidad fuesen infracciones jushumanas, como en el

supuesto de causar una situación de miseria extendida o de hambruna, pero puede que sean groseros errores políticos no tan extremos, aunque de cualquier modo afecten el derecho al desarrollo progresivo en forma notoria, como una conducción política claramente ruinosa o la afectación o desbaratamiento de la previsión social o de la legislación laboral.

En estos últimos casos los teóricos futuros deberían indicar que se tome en cuenta el grado de imprudencia con que actuaron los funcionarios/órganos, es decir, si la violación al deber de cuidado que les impone abstenerse de conductas provocadoras de conflictos y agresiones responde a una negligencia o imprudencia más o menos simple o bien altamente temeraria.

## XXXIV. Problemas de reprochabilidad

En múltiples casos de infracciones jushumanas la justificación queda excluida por completo y en otros debería ser cuidadosamente analizada y meditada, en particular cuando el Estado invoca una necesidad que no puede imputársele, pero que afecta a personas que no han hecho nada ilícito contra éste, lo que puede llevar a lesionar al máximo la dignidad humana, en especial cuando se cosifican seres humanos tratándolos como medio para cualquier objetivo.

Así, de ningún modo puede admitirse, por ejemplo, que sea justificada la muerte de una persona ni siquiera para salvar la vida de otras, porque cada vida es un absoluto y en ese caso cada persona tiene el derecho a conservar la propia sin que pueda considerarse mayor o menor la ofensa en razón del número de personas que se sacrifiquen y las que se salven. Las ofensas contra la vida no se evalúan contablemente, de modo que nunca es justificante la acción del Estado que da muerte a una persona que nada ilícito ha hecho para salvar a diez.

## XXXV. La necesidad exculpante

El común acuerdo en la doctrina penal acerca de que una conducta típica y antijurídica bien puede no ser reprochable en el caso y circunstancias concretas, o sea, la diferencia entre lo antijurídico y lo reprochable, no podría dejar indiferentes a los futuros teóricos, puesto que lo que resulta meramente no reprochable no exime de consecuencias para el Estado, como las reparaciones entre otras, dado que el injusto de la infracción se mantiene.

El Estado, en razón de mera necesidad, es decir, fuera de la hipótesis de legítima defensa de terceros, no dispone de ninguna habilitación para matar, y nunca para torturar o cometer delitos de lesa humanidad que, en cualquier caso configurarían una conducta no sólo antijurídica sino también reprochable.

Pero si bien es más que obvio que nunca será exculpable que los funcionarios/órganos del Estado dispongan o toleren la comisión de delitos contra la humanidad, fuera de estos supuestos extremos se plantean situaciones acerca de las cuales los futuros teóricos deberán trabajar muy finamente, porque algunas podrían llevar a que la conducta, pese a ser típica y antijurídica, no le sea reprochable al Estado.

Se trataría de procurar soluciones replanteando en el derecho jushumano la necesidad exculpante del derecho penal, dado que las otras hipótesis de exculpación penal no son admisibles por la naturaleza del sujeto activo y de la materia.

La cuestión de las conductas de Estados que afectan derechos de terceros por necesidad fuera de las hipótesis de legítima defensa tradicionales, plantean justamente el problema de la reprochabilidad. Estos problemas en general no existen cuando se trata de bienes cuantificables y reparables, como sería el caso del derecho de propiedad, pues una menor lesión a un tercero se puede resolver como justificación, sin perjuicio del derecho del afectado a exigir reparación.

## XXXVI. El caso límite

La cuestión más delicada tiene lugar en relación con el derecho a la vida, pues reproduce en el derecho jushumano el conocido caso del guardavía que, viendo avanzar los dos trenes de pasajeros en sentido contrario por la misma vía y a alta velocidad, ante la inminente colisión que provocaría una catástrofe de otro modo no evitable y con seguro resultado de cientos de muertos, desvía uno de los convoyes hacia una vía muerta, pero en la que están trabajando tres obreros que son arrollados. Sobre esto deberán reflexionar muy profundamente quienes ensayen la construcción de una teoría general de la infracción jushumana.

Insistimos en que las consideraciones aquí esbozadas únicamente aspiran a mostrar las principales dificultades que creemos que habrán de afrontar quienes emprendan la tarea de construcción dogmática de esa teoría.

Basta pensar que solamente el último interrogante que dejamos abierto daría lugar para muchas páginas de investigación, debido a la imbricación de cuestiones éticas y jurídicas que implica. En estas cuartillas sólo podemos dimensionar la magnitud de la tarea que con seguridad emprenderán las futuras generaciones de investigadores.

*Aportes de Sergio García Ramírez al derecho penal, volumen I*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir en mayo de 2022 en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor, bajo la dirección de Alejandro Rugama Núñez. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *bond* ahuesado de 90 gramos para los interiores y cartulina couché de 300 gramos para los forros. Su tiraje consta de 600 ejemplares (impresión *offset* digital).

**EL DOCTOR SERGIO GARCÍA RAMÍREZ** es uno de los penalistas mexicanos más sólidos de los últimos cincuenta años. Realizó aportaciones fundamentales para el penitenciarismo mexicano. Desde la doctrina y en la dirección y operación de centros penitenciarios, ha impulsado el humanismo penal y teorías y modelos de vanguardia en favor de la dignidad y los derechos de las personas privadas de su libertad.

Como procesalista excepcional, se ha encargado de la construcción de un proceso penal de equilibrios, único consistente con una sociedad democrática. Como doctrinario y como servidor público —procurador general del Distrito Federal y procurador general de la República (1982-1988)—, dio muestra cabal de su capacidad y congruencia en esta materia. Su *Curso de derecho procesal penal* es un clásico no superado en la materia. Sus libros sobre el proceso penal, la institución del Ministerio Público y las reformas que se han discutido y realizado desde la década de los setenta hasta la fecha han sido una gran aportación y un referente obligado en el debate nacional para la mejora de nuestras instituciones.

En este tomo se dan cita destacados juristas que abordan diversas aristas de las ciencias penales.

ISBN 978-607-30-5974-9
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ISBN 978-607-7822-90-5
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

ISBN 978-607-8831-07-4
EL COLEGIO DE JALISCO